

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 804

(Ano IX)

(03/06/2017)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2017

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

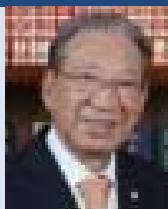
KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

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

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*. Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



29/05/2017 Kiyoshi Harada

» [Sociedade sem ética](#)

ARTIGOS

02/06/2017 Eduardo Guimarães Borges

» [O interrogatório enquanto ultimo ato da instrução processual e a incidência desta regra em procedimentos especiais](#)

02/06/2017 Fábio Caetano Freitas de Lima

» [Análise a respeito da \(não\) obrigatoriedade do cumprimento espontâneo da decisão judicial provisória que reconhece a exigibilidade da obrigação de fazer](#)

02/06/2017 Nívea Maria Arcela de Lima

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

02/06/2017 Raul Cesar Junges Carvalho

» [Das formas de aposentadorias vigentes e possíveis alterações pela PEC 287/2016](#)

02/06/2017 Thiago Alberto Franghani

» [Atuação do compliance na adequação socioambiental](#)

02/06/2017 Raissa Gazeta Gandolphi

» [Medidas cautelares como exceção a prisão - Lei 12.403/11](#)

02/06/2017 Geraldo Uchôa de Amorim Júnior

» [As repercussões do Recurso Extraordinário n.º 848826/DF para o controle da Administração Pública](#)

02/06/2017 José Wilton Florêncio Meneses

» [Análise da contratação direta do serviço de fornecimento de energia elétrica por concessionária detentora de monopólio: dispensa ou inexigibilidade?](#)

02/06/2017 Anna Beatriz Pinheiro de Souza Abreu

» [Lei Maria da Penha e feminicídio: análise da lei, seus efeitos e garantias](#)

02/06/2017 Jessica Mastelari Puiti

» [Aposentadoria por idade dos segurados especiais - aposentadoria por idade rural](#)

01/06/2017 Bárbara Alice Fort dos Santos

» [A ciência do direito analisada pela dogmática Kelseniana.](#)

01/06/2017 Carolina Mattos Goes

» [A \(des\)necessidade da ratificação do Recurso Especial interposto anteriormente ao julgamento dos embargos de declaração](#)

01/06/2017 Raul Cesar Junges Carvalho

» [Desaposentação: da construção doutrinária e jurisprudencial ao Supremo Tribunal Federal](#)

01/06/2017 Priscilla Batista de Albuquerque

» [Terceirização na Administração Pública](#)

01/06/2017 José Wilton Florêncio Meneses

» [Da possibilidade de prorrogação de contrato de obra pública após o termo do prazo fixado](#)

01/06/2017 Ricardo Bavaresco Bongioiolo

» [Definições de organizações criminosas ao longo do tempo no Brasil](#)

01/06/2017 Univaldo Sinhorini

» [Crédito no IPVA pela redução dos crimes e infrações de trânsito](#)

01/06/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Da atuação do Estado no Domínio Econômico: Reflexões sobre o Estado Regulador e as formas de intervenção na economia](#)

01/06/2017 Daniele da Silva

» [A realidade brasileira sobre o tráfico de órgãos.](#)

01/06/2017 Dinamares Fontes de Santana

» [A greve no direito brasileiro](#)

31/05/2017 José Wilton Florêncio Meneses

» [A desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das licitações sem a interveniência do Poder Judiciário](#)

31/05/2017 Priscilla Batista de Albuquerque

» [O uso de algemas e a dignidade da pessoa humana](#)

31/05/2017 Ricardo Bavaresco Bongioiolo

» [Provas na interceptação telefônica](#)

31/05/2017 João Paulo Ferreira Mendes

» [O que é direito e qual a influência desta \(re\)leitura no atuar das instituições essenciais à justiça](#)

31/05/2017 Bruno Freitas Bezerra

» [Serial Killers: perversidade ou insanidade?](#)

31/05/2017 Rafaelle Jhonathas de Sousa Guimaraes

» [O imbróglio "Cracolândia" em São Paulo: questão de saúde ou segurança pública?](#)

31/05/2017 Carolina Mattos Goes

» [O enfrentamento do formalismo excessivo pelo novo Código de Processo Civil](#)

31/05/2017 Gabriela Andrade machado

» [Interferência da Lei no casamento do idoso](#)

30/05/2017 Fábio André Uema Oliveira

» [Usucapião de Bem Público: Breves Comentários ao Acórdão da Apelação Cível Nº 70018233536 do TJRS à luz da Proporcionalidade](#)

30/05/2017 Priscilla Batista de Albuquerque

» [A teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e o Supremo Tribunal Federal](#)

30/05/2017 Ricardo Bavaresco Bongioiolo

» [Interceptação telefônica como forma de combater organizações criminosas](#)

30/05/2017 Carolina Mattos Goes

» [A inafastabilidade do controle jurisdicional na perspectiva do acesso à ordem jurídica justa e efetiva](#)

30/05/2017 Bruno Freitas Bezerra

» [Concubinato e o dever de prestação alimentícia: interpretação sistemática ou gramatical do ordenamento jurídico?](#)

30/05/2017 Lidiane Cristina Santos Miro

» [Direitos garantidos aos estados de gênero](#)

30/05/2017 Priscila Helena Soares Piau

» [Troca internacional de informações tributárias e o direito fundamental ao sigilo bancário: superação jurisprudencial limitada ao âmbito interno](#)

30/05/2017 João Paulo Ferreira Mendes

» [A Lei Maria da Penha enquanto efetivadora de Direitos](#)

29/05/2017 Angélica Maestrello

» [Direito ao esquecimento: direito a memória ou repressão de pensamentos?](#)

29/05/2017 Arthur Marcel Batista Gomes

» [Métodos interpretativos no Direito Processual do Trabalho: uma análise do artigo 769 da CLT à luz da teoria interpretativa Kelseniana](#)

29/05/2017 Eva Bento Gomes

» [Analisar a ausência de normas previdenciárias para tutelar a aposentadoria por idade dos transexuais, segurados do regime geral de previdência.](#)

29/05/2017 Valdeci Bento Ferreira Lima

» [IPTU "verde ou ecológico"](#)

29/05/2017 Daniela Iasmim da Silva Canato

» [Responsabilidade Civil Ambiental](#)

29/05/2017 Lucas Barrientos de Souza

» [A Constitucionalidade do tipo penal de posse de droga para consumo pessoal](#)

MONOGRAFIA

30/05/2017 Danilo Miranda da Fonseca

» [A \(in\) aplicabilidade da relação de consumo nos serviços prestados pelos tabelionatos de protesto](#)

29/05/2017 Barbara de Farias Betemps da Silva

» [Trabalho escravo contemporâneo rural no Brasil: Um estudo entre as relações das vítimas e seus "contratantes"](#)

SOCIEDADE SEM ÉTICA

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Mestrado em Teoria Geral do Processo pela Universidade Paulista(2000). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

Ao coordenar a obra coletiva de 32 capítulos intitulada *Intercâmbio Cultural Brasil-Japão*, escrita por 57 renomados autores do mundo jurídico, acadêmico e empresarial, além de líderes comunitários, deparei-me com o tema “Ética”, escrito pelo Advogado Renato Shimmi que serviu de inspiração para escrever o presente artigo.

O conceito de ética, como diz o referido autor, vincula-se ao agir nas relações entre os seres humanos e entre estes e a natureza, visando sempre ao bem-estar do outro e da coletividade.

Nos dias de hoje falar em ética, na verdade, significa falar em crise ética, em crise de valores, de paradigmas em um mundo dominado pelo materialismo exacerbado e consumismo ilimitado. Mas, nem todos os países do mundo perderam suas tradições culturais. Ao absolverem outras culturas alienígenas cuidaram de manter a raiz de sua cultura. Evoluir, avançar no relacionamento entre as pessoas de diferentes formações, porém, mantendo a raiz de sua tradição.

A ação individualista e egoística corresponde ao agir sem ética. E ao agir sem ética, a pessoa por mais inteligente, culta e competente que seja constrói um mundo sem sentido, um mundo vazio de calor humano; constrói-se um mundo para si próprio, a fim de satisfazer o seu ego, os seus interesses egoísticos. A ação coletivista, ao contrário, corresponde à ação com ética, destinada

a construir um mundo com sentido, um mundo onde reine a paz e harmonia, a segurança, a ordem e o respeito ao próximo.

O agir sem ética corresponde a um aventureiro que, ao contrário do trabalhador que age com ética, elege como norte “colher todos os frutos possíveis sem plantar a árvore”. Iguale-se aos grandes navegadores da idade média que, apesar de sua indiscutível coragem para adentrar pelos mares desconhecidos, somente buscavam riquezas para explorar, extraindo os recursos naturais de forma predatória. Nunca estavam interessados em produzir riquezas. Como resultado, o Brasil ganhou uma parte considerável de seu território transformado em deserto, por ação predatória desses aventureiros sem ética.

O individualismo constrói abismos que separam alguns poucos que vivem como nababos, de uma multidão de famintos que vivem abaixo da linha da pobreza. O coletivismo constrói pontes que ligam as pessoas e estas à natureza.

O homem ético é aquele que, ao invés de buscar o triunfo, a vitória, procura superar as dificuldades, transpor os obstáculos com vistas à construção de um espaço político-social onde impere o respeito, a ordem e a gratidão. Somente com ética é possível construir um mundo humanista onde reina a paz e a harmonia, sem discriminação de qualquer espécie, e nem preconceitos com vistas à exclusão desta ou daquela pessoa, ou deste ou aquele grupo social.

Para agir com ética a pessoa não precisa ser excepcionalmente inteligente, competente e nem erudita. Basta, tão somente, agir sem individualismo, sem egoísmo, sempre de forma desinteressada, isto é, visando apenas o bem-estar da coletividade e respeitando-a em quaisquer circunstâncias. A ética não comporta adjetivação ou relativização. A chamada “ética da conveniência” é, na verdade, falta de ética. Da mesma forma, o aforismo popular “a ocasião faz o ladrão” não deve ser interpretado no sentido de que o ladrão é fruto da ocasião, mas,

que o ladrão aproveita-se de determinada circunstância para cometer a ladroeira que está no seu ser.

No texto que mencionei de início o autor faz um confronto entre a ética no Brasil e a ética no Japão destacando o individualismo de nossa sociedade e o coletivismo da sociedade japonesa, onde existe empatia entre as pessoas e a convivência harmoniosa com a natureza. O autor demonstra a tendência da sociedade global de guiar-se pelo equivocado discurso do “ter”, do “possuir” alavancado pelo consumismo exagerado e sem limites.

O ato incessante de consumir, de ter, estaria suprimindo o vazio das sociedades modernas onde há carência de grandes mitos religiosos e onde há perda gradativa da vida comunitária. O ato de consumir é sempre efêmero, pois a cada avanço tecnológico trazendo novidades desejadas acaba causando um desencanto com aquilo que se tornou ultrapassado. Desta forma, o homem moderno transforma-se em uma vítima de um círculo vicioso na busca pelo “ter”.

Contudo, essa crise ética não atingiu as sociedades em igual intensidade. No Japão, por exemplo, há ainda a empatia entre as pessoas; não há desníveis sociais e econômicos acentuados como no Brasil. Há respeito pelo próximo e pela natureza, expresso por meio de comportamentos e pelas artes, como, por exemplo, a do ikebana. É comum os japoneses se desculpar e fazer um breve agradecimento antes de cada refeição, expressando sentimentos de gratidão pelos animais abatidos e vegetais extraídos da terra, para elaboração de seus alimentos.

Exemplo de individualismo enraizado é a sociedade brasileira dominada pelo “ter” sem limites como bem demonstram as recentes operações da lava jato. Disso resulta governantes individualistas que fingem não enxergar as disparidades econômico-sociais, ou simplesmente não as percebem porque na sua cultura são considerados naturais esses desníveis. Esse comportamento aético acaba refletindo um Estado, igualmente

sem ética, perdulário com seus órgãos e instituições tomados pela corrupção desenfreada, incapaz de construir espaços de igualdade mediante implementação de políticas públicas voltadas para a efetiva universalização de serviços públicos essenciais, a fim de conferir a todos o mínimo de dignidade humana aos milhões de brasileiros que vivem abaixo da linha da miséria.

O INTERROGATÓRIO ENQUANTO ULTIMO ATO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL E A INCIDÊNCIA DESTA REGRA EM PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

EDUARDO GUIMARÃES BORGES:
Especialista em Direitos e Princípios
Constitucionais pela UCAM -
Universidade Cândido Mendes.

RESUMO: O artigo 400 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.719/2008, estabeleceu que o interrogatório tornou-se o ultimo ato da instrução processual. O presente trabalho tem o objetivo de identificar o avanço desta Lei na efetivação da ampla defesa e do contraditório. Busca-se, ainda, tecer críticas à forma seletiva com a qual a jurisprudência do STF e do STJ vem aplicando essa inovação em procedimentos especiais que prevêm o interrogatório no início da instrução: de um lado, aplica-se a novel ao procedimento especial afeto à ação penal originária e ao procedimento especial da justiça castrense, mas, de outro, refuta-se em relação ao procedimento especial da Lei de Drogas, que tem como público alvo pessoas em maior grau de vulnerabilidade – negros e pobres que são estigmatizados.

PALAVRAS-CHAVE: Interrogatório. Meio de Defesa. Procedimentos especiais. Lei de Drogas. Processo penal seletivo.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Desenvolvimento 3. Conclusão 4. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A natureza jurídica do interrogatório é híbrida: trata-se de um importante meio de prova e, também, um meio de defesa. *“Assim, se de um lado potencializamos o caráter de meio de defesa, não negamos que ele também acaba servindo como meio de prova (...)”* (LOPES JR., 2012, p. 635).

Segundo o artigo 400 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.719/2008, o interrogatório passou a ser o último ato da instrução processual, o que reforça seu caráter defensivo.

Tal previsão está em cadência com a Constituição Federal de 1988. Esta, nos termos do artigo 5.º, LIV, consagra o direito ao devido processo legal e, em seu inciso LV, elenca, como consectários lógicos, os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes, o que abrange o direito fundamental do acusado enfrentar, ao final da instrução, as provas produzidas pela acusação.

Insta dizer que a ampla defesa compreende não só a defesa técnica, como também a autodefesa. Esta, por sua vez, é subdividida no direito de audiência e no direito de presença. Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2006, p. 88), assim tratam o tema:

“O primeiro traduz-se na possibilidade do acusado influir sobre a formação do convencimento do juiz mediante o interrogatório. O segundo manifesta-se pela oportunidade de tomar ele posição, a todo momento, perante as alegações e as provas produzidas, pela imediação com o juiz, as razões e as provas.”.

Portanto, ao migrar o interrogatório para o final da instrução processual, o legislador busca conferir efetividade à autodefesa, especificamente em sua dimensão afeta ao direito de presença.

2. Desenvolvimento

Com o objetivo de densificar a autodefesa, a Lei 11.719/2008 deslocou o interrogatório, que antes inaugurava a instrução processual, para o final da fase de conhecimento. Supera-se, assim, um clássico exemplo de resquício inquisitorial no ordenamento jurídico brasileiro. O interrogatório deixa de ser mero meio de prova, passando a constituir um autêntico e importante meio de defesa.

Conforme os ensinamentos de Pupo (2009, p.14-15),

"O interrogatório e, por conseguinte, a autodefesa ganharam ainda mais importância, principalmente porque aquele ato passou a ocupar o derradeiro momento da persecução penal, permitindo, assim, ao réu, apresentar a sua versão dos fatos após ter tido contato pessoal com todas as demais provas produzidas, principalmente as orais. Trata-se, como se percebe, de importante inovação, que confere ao acusado uma maior possibilidade de defender-se, até porque, como se sabe, talvez em razão da falta de investimentos ou, até mesmo, de cultura em investigação, quase sempre os processos criminais são decididos com base nas provas testemunhais colhidas. No entanto, obviamente, para que o réu possa desempenhar sua autodefesa de maneira ampla, é essencial que ele esteja pessoalmente presente durante a realização da audiência de instrução e julgamento e, também, a da tomada de todos os testemunhos que ocorram fora desta. Tal afirmação já era válida na sistemática anterior, com fundamento na CF e, até mesmo, na Lei Adjetiva vigente, mas tornou-se inquestionável doravante, tendo em vista a supramencionada alteração na ordem da colheita das provas e, bem assim, o entendimento do STF quanto à hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Quanto a este último aspecto, cumpre destacar que o Brasil é signatário do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de Nova York, aprovado pelo Dec. Leg. nº 266/1991 e promulgado pelo Dec. nº 592/92, o qual expressamente prevê, como direitos de todos os que sejam acusados criminalmente, "de estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente".

Ainda há, contudo, três procedimentos especiais com previsão legal expressa de que o interrogatório é realizado no início da cognição, quais

sejam: (a) procedimento de competência originária do STJ e STF (art. 7º da Lei 8038/90); (b) procedimento do Código de Processo Penal Militar (art. 302 do CPPM); (c) procedimento especial da Lei de Drogas (art. 57 da Lei 11.343/2006).

Com relação aos dois primeiros, o STF adota o entendimento segundo o qual a inovação trazida pela Lei 11.719/2008, à luz do princípio constitucional da ampla defesa, prevalece sobre a Lei especial, de modo que o interrogatório deve ocorrer ao final da instrução.

O Pretório Excelso, ao negar provimento ao agravo regimental interposto pelo Ministério Público na Ação Penal 528, desloca o interrogatório para o início da instrução, afastando a ordem prevista no artigo 7º da Lei 8038/90. De acordo com o Relator, ministro Ricardo Lewandowski,

“(...) se a nova redação do artigo 400, do CPP, possibilita ao réu exercer de modo mais eficaz a sua defesa, tal dispositivo legal deve suplantar o estatuído no artigo 7º, da Lei 8038, em homenagem aos princípios constitucionais que são aplicáveis à espécie” (STF - AP: 528 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 24/03/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-109 DIVULG 07-06-2011 PUBLIC 08-06-2011 EMENT VOL-02539-01 PP-00001).

Este é, também, o entendimento no âmbito do processo penal militar:

“(...)Por outro lado, o Tribunal entendeu ser mais condizente com o contraditório e a ampla defesa a aplicabilidade da nova redação do art. 400 do CPP ao processo penal militar. Precedentes com o mesmo fundamento apontam a incidência de dispositivos do CPP, quando mais favoráveis ao réu, no que diz respeito ao rito da Lei 8.038/1990. (...)” [HC 127900/AM, rel. Min. Dias Toffoli, 3.3.2016. \(HC-127900\)](#).

O STJ segue o entendimento sugerido pela Corte Suprema, *in verbis*:

“(...) 3. Em conformidade com o direcionamento atual do Supremo Tribunal Federal, se a nova redação do art. 400 da legislação processual penal ordinária possibilita ao réu o exercício de sua defesa de modo mais eficaz, certo é que **tal dispositivo haverá de suplantiar o estatuído na norma castrense**, como meio de se garantir ao acusado a plenitude de valores próprios do Estado Democrático de Direito, mormente em se tratando de hipótese em que os atos processuais ainda não se findaram (...) (AgRg no RHC 69110. Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Sexta Turma. Data do Julgamento: 02/02/2017. DJe 09/02/2017)” (grifos nossos).

Paradoxalmente, quando se trata do procedimento especial da Lei de Drogas, o STF adota, *permissa venia*, posição um tanto quanto conservadora, mitigando o princípio constitucional da ampla defesa, tendo como fundamento a especialidade (art. 57 da Lei 11.343/2006), impondo que o interrogatório ocorra no início da instrução, cerceando o exercício da autodefesa. Precedentes: ARE 823822 AgR, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 12/08/2014;” (HC 125094 AgR / MG - MINAS GERAIS AG. REG. NO HABEAS CORPUS Relator (a): Min. Luiz Fux, julgado em 10.02.2015).

Ora, não me parece razoável tal distinção. Soa, *data venia*, que esta contradição potencializa um processo penal seletivo, discriminador e estigmatizante. Enquanto a autodefesa é viabilizada em procedimentos que têm como alvo aqueles que gozam de foro por prerrogativa de função ou agentes sujeitos à justiça castrense, é cerceada à população altamente vulnerável sujeita ao procedimento previsto na Lei de Drogas.

Segundo Zaffaroni (2001, p.27), “(...) o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente aos setores vulneráveis (...)”.

Manter o interrogatório no início da instrução é mais um instrumento de discriminação institucional contra os destinatários da denominada “guerra às drogas” – jovens e negros das áreas mais pobres das cidades. Cacicedo e Shimizu, explicam:

“(...) a guerra às drogas tem se mostrado como um dos principais combustíveis para o processo de encarceramento em massa levado a efeito no Brasil nos últimos anos. De acordo com dados do Infopen, em 2014, 27% da população prisional total encontrava-se presa por crimes de drogas. Em relação às mulheres, o relatório demonstra que 63% das encarceradas no Brasil estavam presas como traficantes.(2)

Tanto o extermínio quanto o encarceramento massivo tiveram como alvo uma parcela da população específica: os jovens negros das áreas mais pobres das cidades (...).”

3. Conclusão

Com fulcro no princípio da isonomia, e na perspectiva de efetivar a ampla defesa e o contraditório para todos, inclusive para os segmentos mais vulneráveis – negros e pobres que são perseguidos pelas agências estatais nas periferias por ocasião dos crimes previstos na Lei de Drogas (Lei 11343/06), é necessário que o STF e o STJ consagrem, também em relação ao procedimento especial da Lei de Drogas, que o interrogatório seja o último ato processual. Busca-se, desta forma, avançar na superação de um modelo seletivo e estigmatizante.

4. Referências Bibliográficas

CACICEDO, Patrick e SHIMIZU, Bruno. *Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal.* Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5826-Critica-a-estipulacao-de-criterios-quantitativos-objetivos-para-diferenciacao-entre-trafficantes-e-usuarios-de-drogas-reflexoes-a-partir-da-perversidade-do-sistema-penal-em-uma-realidade-marginal. Acesso em 27/05/2017.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, pág. 635).

GRINOVER, Ada Pellegrine; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio. *As Nulidades no Processo Penal*, 9ª Ed., RT, 2006, p. 88.

PUPO, Matheus Silveira. *Uma nova leitura da autodefesa*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 196, p. 14-15, mar. 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001, pág.27.

ANÁLISE A RESPEITO DA (NÃO) OBRIGATORIEDADE DO CUMPRIMENTO ESPONTÂNEO DA DECISÃO JUDICIAL PROVISÓRIA QUE RECONHECE A EXIGIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO DE FAZER

FÁBIO CAETANO FREITAS DE LIMA:

bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Atuou como advogado do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, na área de licitações e contratos administrativos. É Advogado da União desde 2010. Atualmente, trabalha na representação judicial da União perante o Supremo Tribunal Federal.

Resumo: O objeto do presente artigo consiste em analisar a obrigatoriedade do cumprimento da condenação prevista em decisão judicial que reconhece a exigibilidade da obrigação de fazer enquanto o recurso interposto (desprovido de efeito suspensivo) estiver pendente de apreciação.

Palavras-chave: Processo Civil. Decisão. Condenação. Obrigação de fazer. Recurso sem efeito suspensivo. Cumprimento espontâneo.

Sumário: Introdução. 1 – Da decisão judicial provisória que reconhece a exigibilidade da obrigação de fazer. Análise a respeito da obrigatoriedade do seu cumprimento (espontâneo). 2 - Do cumprimento fundado em decisão provisória. Breves reflexões. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

O presente artigo se propõe a analisar a obrigatoriedade do cumprimento da condenação prevista em decisão judicial que reconhece a exigibilidade da obrigação de fazer enquanto o recurso interposto – não dotado de efeito suspensivo - estiver pendente de apreciação.

Para exemplificar a questão, imagine a seguinte situação hipotética: em determinada ação de conhecimento sob o rito ordinário, o Ministro Relator do Supremo Tribunal Federal, monocraticamente, dá provimento

ao recurso extraordinário para condenar o réu (ora recorrido) ao cumprimento de obrigação de fazer (sem, todavia, antecipar os efeitos da tutela recursal). Em face dessa decisão, o réu interpõe agravo interno (recurso que é destituído de efeito suspensivo).

Diante deste cenário, surge o seguinte questionamento: enquanto o recurso (sem efeito suspensivo) estiver pendente de apreciação, o réu deverá cumprir espontaneamente a obrigação de fazer ou será necessário que o autor, caso possua interesse, promova o cumprimento fundado em decisão provisória?

Esta questão, apesar de grande importância prática, tem sido pouco explorada pela doutrina especializada, motivo pelo qual será analisada neste artigo.

1. Da decisão judicial provisória que reconhece a exigibilidade da obrigação de fazer. Análise a respeito da obrigatoriedade do seu cumprimento (espontâneo).

O artigo 995, *caput*, do Código de Processo Civil prevê que, salvo quando houver disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso, o recurso não impede a geração de efeitos da decisão impugnada.^[1]

Assim, caso o recurso previsto em lei não tenha previsão de efeito suspensivo, a decisão surge no mundo jurídico com a sua publicação, imediatamente gerando efeitos, independentemente de se ainda estar em trâmite o prazo recursal^[2].

Desta forma, caso seja interposto recurso sem efeito suspensivo em face da decisão judicial que reconhece a exigibilidade da obrigação de fazer (sem, todavia, antecipar os efeitos da tutela), caberá ao “vencido” promover o cumprimento (espontâneo) da condenação enquanto o recurso estiver pendente de apreciação?

Apesar de o assunto ser bastante recorrente, percebe-se que a doutrina especializada não tem se aprofundado no estudo do tema. No entanto, é possível encontrar alguns (esparsos) posicionamentos que podem auxiliar o intérprete na resolução da questão.

O processualista Humberto Theodoro Júnior, ao se pronunciar sobre a (in)exigibilidade da multa, prevista no art. 475-J do antigo Código de Processo Civil, nas execuções provisórias, apresenta as seguintes considerações:

*“A multa em questão é própria da execução definitiva, pelo que pressupõe sentença transitada em julgado. **Durante o recurso sem efeito suspensivo, é possível a execução provisória, como faculdade do credor, mas inexistente, ainda, a obrigação de cumprir espontaneamente a condenação para o devedor.** Por isso não se pode penalizá-lo com a multa pelo atraso naquele cumprimento. Convém lembrar que o direito de recorrer integra a garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, inciso LV), pelo que o litigante não poderá ser multado por se utilizar, adequadamente e sem abuso, desse remédio processual legítimo.”*^[3] (grifos acrescentados)

No mesmo sentido, convém trazer à baila as elucidativas observações feitas por Elpídio Donizetti:

*“A execução provisória far-se-á do mesmo modo que a definitiva distinguindo-se desta em dois aspectos: naqueles previstos no art. 475-O e com relação à incidência da multa do art. 475-J. Vejamos: (...). Quanto à multa de 10% prevista no art. 475-J, não há que se cogitar da incidência de tal penalidade à execução provisória. A multa pressupõe o trânsito em julgado da decisão, **não se podendo exigir do devedor o cumprimento voluntário de preceito judicial ainda pendente de definitividade.**”*^[4] (grifos acrescentados)

Na mesma esteira, transcreve-se o entendimento de Bernardo Câmara e Alexandre Varela de Oliveira:

“O legítimo dever de cumprimento da obrigação, por sua vez, só é plenamente exigível (sem que seja uma simples técnica de antecipação do resultado útil do processo – como é a execução provisória) quando a decisão condenatória transitar em julgado (única ocasião em que, de forma indiscutível, nasce o dever de cumprimento obrigatório por parte de devedor). Enquanto o devedor ainda se insurge contra a obrigação através do seu legítimo direito de recorrer (se ainda cabível recurso), tornando possível a modificação do título executivo (mesmo que remotamente), há manifesta situação de incerteza e instabilidade do título executivo que, por sua vez, torna incompatível a incidência de um acréscimo patrimonial ao que já lhe foi imposto em condenação.”^[5] (grifos acrescentados)

É possível extrair raciocínio semelhante na doutrina de Cássio Scarpinella Bueno:

“(...) o devedor tem de pagar a quantia identificada na sentença, assim que ela estiver liquidada e não pender qualquer condição suspensiva, isto é, assim que ela tiver aptidão de produzir seus regulares efeitos. De forma bem direta: desde que a sentença tenha transitado em julgado ou desde que o credor requeira sua 'execução provisória', o devedor tem de pagar. E tem 15 dias para fazê-lo, sob pena de terem início as providências descritas nos parágrafos do art. 475-J, atividades executivas propriamente ditas.”^[6] (grifos acrescentados)

Em que pese as referidas citações doutrinárias sejam referentes à discussão sobre a possibilidade de aplicação da multa nas execuções

provisórias (e tenham sido feitas à luz do Código de Processo Civil de 1973), a premissa pode ser aqui utilizada.

Conforme se infere, esta parcela da doutrina entende que (i) durante a análise do recurso sem efeito suspensivo, inexistente, ainda, a obrigação de cumprir a condenação para o devedor; (ii) enquanto o devedor ainda se insurge em face da obrigação, por meio do recurso sem efeito suspensivo, é possível a modificação do título executivo, o que demonstra a situação de incerteza e instabilidade; (iii) não se pode exigir do devedor o cumprimento voluntário de preceito judicial ainda pendente de definitividade e (iv) o legítimo dever de cumprimento da obrigação só é plenamente exigível quando a decisão condenatória transitar em julgado.

Nada impede, porém, que o devedor (ora “vencido”), caso entenda conveniente e oportuno, opte por cumprir a decisão judicial ainda não transitada em julgado.

No entanto, ressalte-se que o cumprimento espontâneo da decisão não transitada em julgado – sem aguardar a iniciativa da parte autora em promover o cumprimento da decisão provisória -, pode, eventualmente, ensejar discussão sobre a ocorrência de aquiescência/aceitação da decisão e, por conseguinte, a prática de ato incompatível com a vontade de recorrer, na forma do que dispõe o artigo 1.000, parágrafo único, do Código de Processo Civil^[7].

A respeito da aquiescência/aceitação da decisão judicial, é oportuno transcrever as observações feitas por Fredie Didier Jr:

“A aceitação é o ato por que alguém manifesta a vontade de conformar-se com a decisão proferida. Pode ser expressa ou tácita. A aceitação tácita consiste na prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer (CPC, artigo 1.000, parágrafo único), p. ex, pedido de prazo para cumprir a condenação ou o cumprimento espontâneo de sentença ainda não exequível. Não se configura como aceitação o cumprimento forçado de uma

decisão liminar, o que não impede o direito de interpor o recurso adequado (agravo de instrumento, p.ex), justamente porque a parte tem o dever de cumprir, com exatidão, as decisões judiciais, finais ou provisórias, e não criar embaraços à sua efetivação (CPC, art. 77, IV).”[8]

Ao se pronunciar especificamente sobre o cumprimento espontâneo da decisão antes da “execução provisória”, José Carlos Barbosa Moreira tece as seguintes considerações:

*“Do ponto de vista temporal, a aquiescência pode ser manifestada desde o momento em que o órgão judicial se pronuncia até aquele em que o julgado começa a produzir efeitos quanto à pessoa que se está considerando. Assim, por exemplo, **se a decisão é impugnada mediante recurso sem efeito suspensivo, de modo que já cabe a execução provisória, não se deve entender como aceitação o pagamento feito pelo condenado. É preciso que o ato seja espontâneo para configurar aquiescência. Com essa ressalva, parece-nos que tanto se concebe a aceitação antes como depois de interposto recurso.”[9]** (grifos acrescentados)*

Assim, na ótica do eminente processualista, o cumprimento da decisão judicial – nas hipóteses em que a decisão é impugnada por meio de recurso sem efeito suspensivo - não configura ato incompatível com a vontade de recorrer.

Em sentido contrário, Marcela Melo Perez, ao analisar o posicionamento de José Carlos Barbosa Moreira, apresenta as seguintes críticas:

“A luz do regime do CPC73, Barbosa Moreira afirma que “Do ponto de vista temporal, a aquiescência pode ser manifestada desde o momento em que o órgão judicial se pronuncia até

*aquele em que o julgado comece a produzir efeitos quanto à pessoa que se está considerando. Assim, por exemplo, se a decisão é impugnada mediante recurso sem efeito suspensivo, de modo que já cabe a execução provisória, não se deve entender como aceitação o pagamento feito pelo condenado” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V: arts. 476 a 565, 13ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 347). **Apesar de concordarmos com os requisitos apresentados por Barbosa Moreira, entendemos que o exemplo da execução provisória exigiria, para não implicar em concordância da parte com o pronunciamento judicial, que a execução tivesse sido iniciada pelo credor. Sem tal requerimento, em que pese a decisão ser impugnável por recurso desprovido de efeito suspensivo, não parece haver prejuízo iminente para a parte ou situação clara de desvantagem para esta, que tornasse despicienda a ressalva do art. 1.000, parágrafo único, do CPC/15. Veja que o CPC/15, em seu art. 520, parágrafo terceiro, traz previsão expressa de que o depósito em execução provisória não implica em ato incompatível com recurso. Entretanto, a nossa opinião é a de que a execução aqui, para a incidência desse disposto, deve ter sido iniciada pelo credor.”[10]** (grifos acrescidos)*

Apesar de não enfrentar especificamente essa questão, é possível vislumbrar raciocínio similar nas obras de Humberto Theodoro Júnior e Fredie Didier Júnior:

“(...) se o devedor vencido no processo de conhecimento cumprisse voluntariamente a condenação, ficaria inibido de recorrer, conforme a previsão do art. 503, segundo a qual “a parte que

aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou decisão não poderá recorrer. Dessa maneira, há na própria sistemática do direito processual uma inviabilidade de punir-se o devedor por não cumprir a sentença contra a qual interpôs regular recurso. A execução provisória é mera faculdade do credor, que haverá de exercitá-la, segundo suas conveniências pessoais e sempre por sua conta e risco (art. 475-O, inciso I). Há quem defenda a aplicação da multa na execução provisória sob o argumento de que ela teria a função de impedir o uso protelatório do recurso, já que sem ela o executado teria um meio fácil e econômico de impedir a ulatimação do processo executivo. Observe-se, no entanto, que a multa do art. 475-J não tem caráter repressivo de litigância de má-fé. (...)."^[11] (grifos acrescidos)

*“Sucede que a norma inserta na primeira parte do caput do art. 475-J visa a que o devedor cumpra, sem mais delongas, o comando judicial, de modo a impedir a incidência da multa; exige-se, pois, o pagamento, que remeta à ideia de extinção da obrigação. O problema é que, uma vez provocado o reexame da matéria mediante a interposição de recurso, ainda que sem efeito suspensivo, a obrigação, ainda não está revestida de certeza jurídica, não podendo funcionar a multa como instrumento para coagir o devedor a extingui-la, mediante o cumprimento voluntário da prestação pecuniária certificada na decisão exequenda. **Ocorrendo pagamento, não há como subsistir o recurso interposto. É forçosa a usa inadmissibilidade. Não mais existe obrigação a discutir.** Reconheceu-se a procedência do pedido (art. 269, II, do CPC)."*^[12] (grifos acrescidos)

Desta forma, percebe-se que o cumprimento espontâneo da decisão judicial – apesar do respeitável posicionamento de José Carlos Barbosa Moreira em sentido contrário – é encarado por alguns como aceitação tácita da decisão, o que, em tese, pode ensejar questionamentos na esfera judicial.

No entanto, a par da discussão a respeito da (não) obrigatoriedade do cumprimento espontâneo da decisão provisória, nada impede que o credor, caso entenda conveniente, promova o seu cumprimento. Este instituto é conhecido como “*execução provisória*”, “*cumprimento fundado em decisão provisória*” e “*cumprimento provisório da sentença*”, e será explorado, brevemente, no próximo capítulo.

2. Do cumprimento fundado em decisão provisória. Breves reflexões.

Como é sabido, não havendo atribuição de efeito suspensivo a obstar a eficácia do *decisum*, tem-se que é cabível, em tese, o cumprimento fundado em decisão provisória, na forma do que dispõe o artigo 520, do Código de Processo Civil[13].

O cumprimento fundado em decisão provisória é compreendido como a possibilidade de se iniciar atos executivos voltados para a satisfação do direito do credor, quando a decisão for impugnada por recurso não recebido no efeito suspensivo[14].

Conforme se infere do art. 520, I, do Código de Processo Civil, o cumprimento da decisão provisória, fundado em título de natureza precária e revogável, se dá por iniciativa e responsabilidade de quem a requer, sendo certo que a sua revogação acarreta efeito *ex tunc*.

Não se trata de ônus do executado, mas, sim, de faculdade concedida ao credor como vantagem para a obtenção imediata da obrigação imposta ao devedor, se assim desejar, e preenchido alguns requisitos legais, mesmo que ainda exista recurso aguardando julgamento definitivo por parte dos Tribunais Superiores[15].

Como a “*execução provisória*” corre por iniciativa do exequente, o doutrinador Leonardo Greco adverte que isso “*afasta qualquer possibilidade de instauração dessa fase executória por iniciativa do próprio juiz*”^[16].

Assim, repita-se, o cumprimento provisório é mera faculdade do credor, que haverá de exercitá-la, segundo suas conveniências pessoais e sempre por sua conta e risco. Tanto é assim que o exequente se obriga, independentemente de culpa, a reparar os danos que o executado haja sofrido em caso de reforma da decisão. A responsabilidade, nesta hipótese, é objetiva.

Ao discorrer sobre a responsabilidade objetiva do exequente, Daniel Amorim Assumpção Neves assim preleciona:

“Prevê o art. 520, I, do Novo CPC que a execução provisória corre por conta e responsabilidade do exequente, em nítida aplicação da teoria do risco-proveito. Significa dizer que a execução provisória é uma opção benéfica ao exequente, já que permite, senão a sua satisfação, ao menos o adiantamento da prática de atos executivos. Mas os riscos de tal adiantamento são totalmente carregados ao exequente, que estará obrigado a ressarcir o executado de todos os danos (materiais, morais, processuais) advindos da execução provisória, na hipótese de a sentença ser reformada ou anulada pelo recurso pendente de julgamento. A responsabilidade, nesse caso, é objetiva, de forma que o elemento “culpa” é irrelevante para a sua configuração, bastando ao executado provar a efetiva ocorrência de danos em razão da execução provisória”.^[17] (grifos acrescentados)

Em sentido semelhante, Araken de Assis, ao analisar o instituto à luz do Código de Processo Civil de 1973, apresenta os seguintes esclarecimentos:

*“Esse expediente tutela o interesse do vitorioso, compensando a possibilidade de o vencido recorrer, e, ao mesmo tempo, busca desestimular a interposição de recursos com o propósito de protelar a execução. (...) **Reconhece o art. 475-O, I, o princípio qui sentit commoda, et incommoda sentire debet: à vantagem produzida pela execução provisional em suas expectativas processuais correspondem, simetricamente, a responsabilidade objetiva do credor pelo dano, por ele criado, na esfera jurídica do executado. Por isso, estabelece que a execução provisória corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, obrigado a reparar os danos provocados pela reforma do julgado**”.* [18] (grifos acrescentados)

Por fim, destaca-se que, caso a parte autora tenha interesse em propor o cumprimento provisório da decisão, deverá protocolar petição escrita na origem, instruída com os documentos e cópias de peças dos autos principais, bem como por aqueles que o credor julgar necessário para a eficácia prática do cumprimento da decisão provisória, na forma do que dispõe o artigo 522 do Código de Processo Civil[19].

Conclusão

O presente artigo analisou a discussão a respeito da (não) obrigatoriedade do cumprimento da condenação prevista em decisão judicial que reconhece a exigibilidade da obrigação de fazer enquanto o recurso interposto - não dotado de efeito suspensivo - estiver pendente de apreciação.

Conforme relatado neste artigo, há quem defenda que (i) durante a análise do recurso sem efeito suspensivo, inexistente, ainda, a obrigação de cumprir a condenação para o devedor; (ii) enquanto o devedor ainda se insurge em face da obrigação, por meio do recurso sem efeito suspensivo, é possível a modificação do título executivo, o que demonstra a situação de incerteza e instabilidade; (iii) não se pode exigir do devedor

o cumprimento voluntário de preceito judicial ainda pendente de definitividade e (iv) o legítimo dever de cumprimento da obrigação só é plenamente exigível quando a decisão condenatória transitar em julgado.

Este entendimento parece estar alinhado com a sistemática do Código de Processo Civil.

É bem verdade que a provisoriedade da decisão judicial se liga à sua imutabilidade e não à sua eficácia. No entanto, enquanto o devedor ainda discute a decisão judicial por via recursal, não se revela razoável que seja obrigado a promover o cumprimento do comando judicial condenatório, tendo em vista que a decisão não antecipou os efeitos da tutela; é precária (passível de ser reformada/anulada), e é provisória (não transitou em julgado).

Caso contrário, estar-se-ia atribuindo ao devedor a iniciativa de cumprir voluntariamente a condenação provisória, cuja cognição ainda não é definitiva, mesmo sem ter ciência do exercício ou não, pelo credor, da faculdade de promover o cumprimento da decisão provisória.

Aliás, caso o devedor fosse obrigado a cumprir espontaneamente a decisão judicial provisória, qual seria o sentido da existência do instituto do “*cumprimento provisório da sentença*”?

Bastaria que o credor, ao invés de seguir o rito previsto nos artigos 520-522 do Código Processo Civil – que prevê, dentre outros, que o exequente (i) deverá requerer o cumprimento por petição dirigida ao juízo competente; (ii) se obriga, se a decisão for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; (iii) apresente, em determinadas hipóteses, caução suficiente e idônea -, permaneça inerte e aguarde o cumprimento da decisão provisória por parte do devedor.

Ademais, conforme demonstrado neste artigo, o cumprimento espontâneo da decisão judicial não transitada em julgado – sem aguardar a iniciativa do credor em promover o cumprimento da decisão provisória -, pode, eventualmente, ensejar discussão sobre a aquiescência/aceitação da decisão e, por conseguinte, na prática de ato incompatível com a vontade de recorrer.

Referências Bibliográficas

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*, vol. I. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Volume II. 15ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CÂMARA, Bernardo e DE OLIVEIRA, Alexandre Varela de. *A incompatibilidade da Incidência da Multa do Artigo 475-J do Código de Processo Civil em sede de execução provisória: reflexão doutrinária e jurisprudencial*. Pós em Revista do Centro Universitário Newton Paiva 2012/2 - Edição 6 - ISSN 2176 7785. p. 83. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/pos/wp-content/uploads/2013/04/PDF-E6-D08.pdf>>. Acesso em 25 de maio de 2017.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Processo Civil*. 2ª edição, Salvador: Juspodivm, 2010, v. 5.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*/Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha – 13. ed. reform. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

FLEXA, Alexandre. *Novo Código de Processo Civil: temas inéditos, mudanças e supressões*/ Alexandre Flexa, Daniel Macedo, Fabrício Bastos – 2 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

GRECO, Leonardo. *Primeiros Comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei nº 11.232/2005*. Disponível em <<http://fdc.br/Arquivos/Revista/5/01.pdf>>. Acesso em 25 de maio de 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual de processo de conhecimento*/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart – 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565/José Carlos Barbosa Moreira – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*/ Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa e Luis Guilherme A. Bondioli; com a colaboração de João Francisco Naves da Fonseca. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*/ Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery – 12. ed. rev. ampl. e atual. Até 13 de julho de 2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* – volume único/Daniel Amorim Assumpção Neves – 8. Ed – Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

PEREZ, Marcela Melo. *A recorribilidade diferida das decisões interlocutórias no CPC/15 e preclusão lógica*. Disponível em <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/342797352/a-e-corribilidade-diferida-das-decisoes-interlocutorias-no-cpc-15-e-preclusao-logica>>. Acesso em 25 de maio de 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*/ Humberto Theodoro Júnior: colaboradores, Humberto Theodoro Neto, Adriana Mandim Theodoro de Mello, Ana Vitoria Mandim Theodoro. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

[1] “Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.” (Brasil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em <<https://www.planalto.gov.br/>>. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16/03/2015. Acesso em 25.05.2017)

[2] SCARPINELLA BUENO *apud* NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* – volume único/Daniel Amorim Assumpção Neves – 8. Ed – Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 1470.

[3] JÚNIOR. Humberto Theodoro *apud* CÂMARA, Bernardo e DE OLIVEIRA, Alexandre Varela de. *A incompatibilidade da Incidência da Multa do Artigo 475-J do Código de Processo Civil em sede de execução provisória: reflexão doutrinária e jurisprudencial*. Pós em Revista do Centro Universitário Newton Paiva 2012/2 - Edição 6 - ISSN 2176 7785. p. 83. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/pos/wp-content/uploads/2013/04/PDF-E6-D08.pdf>>. Acesso em 25 de maio de 2017, p. 74/75.

[4] DONIZETTI, Elpídio *apud* CÂMARA, Bernardo e DE OLIVEIRA, Alexandre Varela de. Op. cit., p. 76.

[5] CÂMARA, Bernardo e DE OLIVEIRA, Alexandre Varela de. Op. cit. p. 83.

[6] BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*, vol. I. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 83.

[7] “Art. 1.000. A parte que aceitar expressa ou tacitamente a decisão não poderá recorrer.

Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem nenhuma reserva, de ato incompatível com a vontade de recorrer.” (Brasil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em <<https://www.planalto.gov.br/>>. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16/03/2015. Acesso em 25.05.2017)

[8] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*/Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha – 13. ed. reform. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, fls. 104/105.

[9] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565/José Carlos Barbosa Moreira – Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 347.

[10] PEREZ, Marcela Melo. *A recorribilidade diferida das decisões interlocutórias no CPC/15 e preclusão lógica*. Disponível em <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/342797352/a-e-corribilidade-diferida-das-decisoes-interlocutorias-no-cpc-15-e-preclusao-logica>>. Acesso em 25 de maio de 2017.

[11] JÚNIOR. Humberto Theodoro *apud* CÂMARA, Bernardo e DE OLIVEIRA, Alexandre Varela de. Op. cit., p. 75.

[12] DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Processo Civil*. 2ª edição, Salvador: Juspodivm, 2010, v. 5, p. 524.

[13] “Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II - fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos;

III - se a sentença objeto de cumprimento provisório for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução;

IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

§ 1º No cumprimento provisório da sentença, o executado poderá apresentar impugnação, se quiser, nos termos do [art. 525](#).

§ 2º A multa e os honorários a que se refere o [§ 1º do art. 523](#) são devidos no cumprimento provisório de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa.

§ 3º Se o executado comparecer tempestivamente e depositar o valor, com a finalidade de isentar-se da multa, o ato não será havido como incompatível com o recurso por ele interposto.

§ 4º A restituição ao estado anterior a que se refere o inciso II não implica o desfazimento da transferência de posse ou da alienação de propriedade ou de outro direito real eventualmente já realizada, ressalvado, sempre, o direito à reparação dos prejuízos causados ao executado.

§ 5º Ao cumprimento provisório de sentença que reconheça obrigação de fazer, de não fazer ou de dar coisa aplica-se, no que couber, o disposto neste Capítulo. (Brasil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de

Processo Civil. Disponível em <<https://www.planalto.gov.br/>>. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16/03/2015. Acesso em 25.05.2017)

[14] Em sentido semelhante, DONIZETTI, Elpídio *apud* CÂMARA, Bernardo e DE OLIVEIRA, Alexandre Varela de. Op. cit., p. 71.

[15] CÂMARA, Bernardo e DE OLIVEIRA, Alexandre Varela de. Op. cit., p. 82/83.

[16] GRECO, Leonardo. *Primeiros Comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei nº 11.232/2005*. Disponível em <<http://fdc.br/Arquivos/Revista/5/01.pdf>>. Acesso em 25 de maio de 2017.

[17] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 1090/1091.

[18] ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 312-317.

[19] “Art. 522. O cumprimento provisório da sentença será requerido por petição dirigida ao juízo competente.

Parágrafo único. Não sendo eletrônicos os autos, a petição será acompanhada de cópias das seguintes peças do processo, cuja autenticidade poderá ser certificada pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal:

- I - decisão exequenda;
- II - certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo;
- III - procurações outorgadas pelas partes;
- IV - decisão de habilitação, se for o caso;
- V - facultativamente, outras peças processuais consideradas necessárias para demonstrar a existência do crédito.” (Brasil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em <<https://www.planalto.gov.br/>>. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16/03/2015. Acesso em 25.05.2017)

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 inculpada 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 cristaliza 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.

DAS FORMAS DE APOSENTADORIAS VIGENTES E POSSÍVEIS ALTERAÇÕES PELA PEC 287/2016

RAUL CESAR JUNGES CARVALHO: formado na Universidade Federal de Santa Maria - UFSM, advogado, pós-graduado em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, ex-servidor público do Instituto Nacional de Serviço Social - INSS.

Resumo: No presente trabalho, diante do cenário atual de déficit na previdência social, buscaremos esclarecer as formas de aposentadorias vigentes no Brasil. Nesse sentido, há quatro formas de aposentadorias em nosso ordenamento jurídico, a saber, a aposentadoria por tempo de contribuição, invalidez, por idade e especial. Diante da conjectura de crise econômica, traremos os números de benefícios concedidos e mantidos pela previdência em cada uma das formas de aposentadoria. Por fim, teceremos breves comentários, uma vez que será objeto de trabalho futuro, às possíveis principais alterações que a proposta de emenda à constituição - PEC 287/2016 – poderá provocar nas aposentadorias por idade e por tempo de contribuição e, em menor escala, na aposentadoria especial.

Palavras-Chaves: aposentadoria; beneficiário; PEC 287/2016.

Sumário: 1 Introdução. 2 Aposentadorias do Regime Geral de Previdência Social. 2.1 Noções dos regimes previdenciários. 2.2 Aposentadoria por invalidez. 2.3 Aposentadoria por idade. 2.4 Aposentadoria por tempo de contribuição. 2.5 Aposentadoria especial. 3 Breves comentários às principais alterações nas aposentadorias do RGPS pela PEC 287/2016. 4 Conclusão. 5 Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A previdência social, integrante do sistema da seguridade social, possui caráter contributivo para o ingresso do cidadão, ou seja, apenas os segurados contribuintes fazem jus as prestações previdenciárias disponíveis pelo sistema.

Entre as prestações previdenciárias disponíveis, temos a aposentadoria que pode ser por idade, tempo de contribuição, invalidez ou especial. No presente trabalho, analisaremos apenas as aposentadorias do Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

Nesse sentido, o segurado que exercer atividade econômica privada será filiado ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), salvo a existência de Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) específico ao trabalho desenvolvido, devendo efetuar, mensalmente, o desconto em seu salário destinado ao pagamento das contribuições sociais devidas a previdência social.

Trataremos das formas de aposentadoria vigentes, atualmente, em nossa legislação previdenciária. Incluiremos exemplos e dados estatísticos a fim de vincular a legislação vigente com a realidade social atual.

Por fim, teceremos comentários acerca da proposta de emenda constitucional 287/2016 que busca alterar alguns requisitos nas formas de aposentadoria.

2 APOSENTADORIAS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

2.1 Noções dos regimes previdenciários

Os direitos sociais estão estabelecidos no artigo 6º, da Constituição Federal, *in verbis*: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Em respeito ao direito à previdência social foram criados diferentes regimes previdenciários. Regime previdenciário é o conjunto de normas e princípios harmônicos que informam e regem a disciplina previdenciária de determinado grupo de pessoas. [1]

O Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) é integrado pelos servidores públicos titulares de cargos efetivos da União, dos Estados e

dos Municípios que optaram por criar seu estatuto próprio, sendo chamados de servidores estatutários. A maioria dos Estados brasileiros e o Distrito Federal possuem regime próprio, porém a situação é diferente nos Municípios, os quais, a maioria, não possui, sendo seus segurados filiados ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Um regime próprio para ser criado deve respeitar e garantir todos os benefícios da Constituição, bem como não pode criar novos benefícios não existentes no RGPS, salvo se dotados de ingresso voluntário e custeio específico. Dessa forma, conforme brilhante síntese:

Por Regime Próprio de Previdência Social devemos entender o sistema de previdência, estabelecido no âmbito de cada ente federativo, que assegure, por lei, a servidor titular do cargo efetivo, pelo menos os benefícios de aposentadoria e pensão previstos no art. 40 da Constituição Federal. [2]

Ademais, é salutar trazer ao cenário as palavras proferidas pelo doutrinador Hermes Arrais Alencar acerca do Regime Próprio de Previdência Social:

Considerado como regime diferenciado de previdência, constitucionalmente previsto nos artigos 40 e 42, o regime especial é aquele que, uma vez instituído pela pessoa jurídica de direito público interno, torna-se, à exata semelhança do Regime Geral, de natureza obrigatória, vinculando o ingresso de todos os servidores públicos, civis e militares, do respectivo ente federado, inclusive os servidores das respectivas autarquias e fundações.

[...] Como é cediço, instaura-se o regime de previdência dos servidores nas três esferas de governo exclusivamente por meio de lei do respectivo ente público. De mais a mais, para ser válida, deve a lei instituidora assegurar ao menos os benefícios de aposentadoria e pensão por morte previstos no art. 40 da Constituição Federal. [3]

O rol de prestações previdenciárias do RPPS é semelhante ao RGPS, “com benefícios programados e imprevisíveis para os segurado e os seus dependentes: licença, invalidez, idade, compulsória, tempo de contribuição (art. 40, § 1º, I/III).” [\[4\]](#)

O Regime Complementar Previdenciário é previsto no artigo 202, da Constituição Federal, possuindo caráter complementar, ingresso facultativo e suas contribuições recolhidas são administrados sob a forma de regime de capitalização. Podendo ser de dois tipos: Regime de Previdência Complementar dos Servidores Públicos; e Regime de Previdência Privada Complementar.

A Lei Complementar 109/01 regulamenta a previdência complementar no âmbito privado, em regime aberto ou fechado, e a Lei Complementar 108/91 é utilizada no regime complementar de empregados públicos da Administração Pública.

O objetivo da previdência complementar é tratado com absurda clareza por Fábio Zambitte Ibrahim:

A previdência social visa a manter os meios necessários para a manutenção do trabalhador e de sua família, mas não o padrão de vida do mesmo, adquirido na ativa. [...] Daí resulta a lógica da previdência complementar – sistema securitário privado e facultativo, almejando atender as pessoas que desejam gozar a velhice com maior conforto, tendo ingressos superiores ao teto do RGPS. [\[5\]](#)

O sistema complementar ao RGPS será de natureza privada, porém o complementar ao RPPS possuirá natureza pública, o que não significa ingresso obrigatório, sendo em ambas o ingresso voluntário.

O Regime de Previdência Privada Complementar pode ser dividido em duas categorias: Previdência Complementar Aberta – EAPC e Previdência Complementar Fechada – EFPC, sendo as primeiras fiscalizadas pela Superintendência de Seguros Privados, SUSEP, subordinada ao Ministério da Fazenda, possuindo sua constituição e funcionamento dependentes de

prévia autorização deste órgão fiscalizados. Já as EFPC são fiscalizadas pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, devendo possuir prévia autorização para constituição e funcionamento deste órgão.

Conforme Fábio Zambitte

As entidades abertas são constituídas sob a forma de sociedades anônimas e têm por objetivo instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário, concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas.

As entidades fechadas de previdência complementar – EFPC, ao contrário das abertas, são somente acessíveis aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios, ou aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial.^[6]

Relevante distinção entre as EAPC e as EFPC é o fato de somente as primeiras visarem o lucro.

O Regime Geral de Previdência Social é composto por trabalhadores que exercem atividade no setor privado, empregados públicos, comissionados sem vínculo efetivo com o poder público, servidores públicos efetivos que não estão filiados a regime próprio de previdência social, e por não trabalhadores optantes pela filiação no RGPS.

Conforme observamos pelas definições dos diferentes regimes previdenciários, visualizamos que o critério que os diferencia é o subjetivo, ou seja, quem são os sujeitos que fazem parte dos respectivos regimes. Nesse sentido, o doutrinador Daniel Pulino:

Opera-se, aqui, quando confrontamos uma e outra espécie de regimes previdenciários, verdadeira

exclusão, que se dá, sobretudo, em atenção aos beneficiários. Separa-se, pois, o regime geral dos regimes próprios, sobretudo em virtude dos sujeitos, da clientela a atender em matéria previdenciária.^[7]

Conforme o artigo 201, da Constituição Federal, o RGPS possui caráter contributivo e filiação obrigatória, sempre respeitando o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, sendo regulamentado pelas Leis 8.212/91 e 8.213/91, as quais, respectivamente, disciplinam o seu sistema de custeio e os benefícios previdenciários. Ademais, tais leis são complementadas pelo Decreto 3.048/99, Regulamento da Previdência Social.

O Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, autarquia federal, é o responsável pela administração do RGPS, sendo dotado de personalidade jurídica de direito público, vinculada ao Ministério da Previdência Social – MPS.

Os beneficiários do RGPS são os segurados (obrigatórios e facultativos) e seus dependentes. Os segurados obrigatórios são vinculados obrigatoriamente ao regime previdenciário, não havendo possibilidade de exclusão voluntária. Estes são divididos em cinco classes: empregados; empregados avulsos; contribuinte individual; empregado doméstico; e segurado especial. Os segurados facultativos são a exceção ao princípio da compulsoriedade de filiação que impera na previdência social. Estes, atendendo ao princípio da universalidade de participação do regime previdenciário, possuem sua filiação decorrente exclusivamente de ato de vontade do interessado^[8].

Acerca dos segurados obrigatórios e facultativos, colacionamos as palavras de Hermes Arrais Alencar:

De caráter cogente, a relação jurídica de benefício e serviços no Regime Geral de Previdência Social é entabulada, de um lado, pelos segurados obrigatórios, revestidos da roupagem de sujeito ativo, e, na outra extremidade, pela Previdência Social, simbolizada pelo INSS, na qualidade de sujeito

passivo. Dessa relação jurídica decorre em prol do sujeito ativo o direito público subjetivo de exigir do INSS amparo previdenciário sempre que comprovada a situação de necessidade contemplada na lei, que repercute, como regra, na redução (ou perda) de rendimentos ou aumento das despesas no seio familiar.

[...] A legislação permite a filiação facultativa das pessoas não enquadradas na norma previdenciária como segurado obrigatório do Regime Geral, desde que não estejam cobertos por nenhum Regime Próprio de Servidor Público. Os segurados facultativos, como regra, são os que desenvolvem atividade prestada de forma gratuita ou voluntária.^[9]

A *filiação* é o vínculo jurídico criado entre o segurado e o RGPS, que acontece automaticamente com o exercício de atividade remunerada. Entretanto, atividade deve ser lícita, uma vez que atividades ilegais não geram vínculo com a previdência social.

Ademais, devemos distinguir o conceito de filiação e inscrição ao regime previdenciário. A inscrição é um ato meramente formal, pelo qual os segurados fornecem seus dados pessoais à autarquia federal para realizar a sua identificação. Para os segurados obrigatórios, o momento da filiação é, normalmente, anterior a sua inscrição, porém, para os segurados facultativos, essa ordem é inversa.

As prestações beneficiárias são divididas em benefícios, pagos em pecúnia, e os serviços, os quais são, atualmente, à habilitação e reabilitação profissional e o serviço social. Sendo os benefícios criados pelo legislador para proteger o segurado de determinados riscos sociais, como, por exemplo, a maternidade, velhice, doença, acidente. Tais riscos geraram cerca de dez benefícios oferecidos pelo RGPS, a saber: auxílio doença; auxílio acidente; auxílio reclusão; salário maternidade; salário família; pensão por morte; e as aposentadorias por idade, tempo de contribuição, invalidez e especial.

2.2 Aposentadoria por invalidez

O segurado acometido por doença ou acidente que o torne incapaz de forma permanente para exercer sua atividade laborativa, sendo impossível sua reabilitação para o exercício de alguma atividade que garanta sua sobrevivência econômica, fará jus ao benefício da *aposentadoria por invalidez*, a qual é tratada nos artigos 42 a 47, da Lei 8.213/91, e nos artigos 43 a 50, do Decreto 3.048/99.

Na visão de Wladimir Novaes Martinez

Aposentadoria por invalidez é benefício substituidor dos salários, de pagamento continuado, provisório ou definitivo, pouco reeditável, devido a segurado incapaz para o seu trabalho e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade garantidora da subsistência.^[10]

Para a concessão da aposentadoria por invalidez é necessário que um perito médico a serviço do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS conceda um laudo pericial atestando sua incapacidade laborativa permanente. Ressalta-se que se a invalidez do segurado decorrer de doença preexistente a filiação ao RGPS, este não fará jus ao benefício em análise. Porém, se a atividade laborativa desenvolvida pelo segurado acentuar o caráter debilitante de sua doença terá direito a aposentadoria. Caberá a perícia médica determinar esta situação.

A renda mensal inicial desta prestação é equivalente a 100% do salário de benefício, sem a aplicação do fator previdenciário. O salário de benefício corresponde à soma de todos os salários de contribuição do período contributivo dividido pelo número de meses de contribuição, para os segurados com menos de 144 (cento e quarenta e quatro) contribuições mensais no período contributivo. Para os segurados que tenham 144 (cento e quarenta e quatro) ou mais contribuições mensais no período contributivo, será considerado como salário de benefício à média aritmética simples dos 80% (oitenta por cento) maiores salários de contribuição.

Destarte, o valor da aposentadoria por invalidez poderá sofrer um acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), independentemente de superar o teto previdenciário, se o segurado necessitar da assistência permanente de um terceiro. Este acréscimo cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporado ao valor da pensão por morte. As situações que dão direito a esse adicional estão disciplinadas no Anexo I do Regulamento da Previdência Social.

A carência da aposentadoria por invalidez, recolhimento de um número mínimo de contribuições mensais para ter direito a um benefício, corresponde a 12 (doze) contribuições mensais. Porém, conforme o artigo 30, inciso III, do Decreto 3.048/99, o segurado não necessitará cumprir a carência quando a incapacidade for gerada por acidente de qualquer natureza ou causa, ou decorra de doenças específicas, ainda que não geradas pelo trabalho, constantes na Portaria Interministerial, como, por exemplo, tuberculose ativa, hanseníase, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, etc.

A data de início do benefício – DIB é disciplina no artigo 44, § 1º, inciso I e II, do Decreto n.º 3.048/99, *in verbis*:

Artigo 44. [...]

§ 1º. Concluindo a perícia médica inicial pela existência de incapacidade total e definitiva para o trabalho, a aposentadoria por invalidez será devida: I-ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade ou a partir da data da entrada do requerimento, se entre o afastamento e a entrada do requerimento decorrerem mais de trinta dias; e

II-ao segurado empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso, especial ou facultativo, a contar da data do início da incapacidade ou da data da entrada do requerimento, se entre essas datas decorrerem mais de trinta dias.

Dessa forma, conforme a análise do supramencionado artigo, verifica-se que no caso de empregado, a empresa efetuará o pagamento dos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento consecutivos da atividade por motivo de invalidez.

O aposentado por invalidez é obrigado a realizar exame médico a cargo da previdência social, a qualquer tempo, independente de sua idade e sob pena de suspensão de seu benefício, para verificar a inalterabilidade de seu quadro clínico de invalidez e manutenção de seu benefício. Ainda, deve se submeter a processo de reabilitação profissional e tratamento médico a fim de recuperar sua capacidade laboral. Contudo, não é obrigado a se submeter a transfusão de sangue ou intervenção cirúrgica, bem como a qualquer outro tratamento que coloque em risco sua vida, conforme o artigo 15 do Código Civil, *in verbis*: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

No caso do aposentado por invalidez verificar que possui condições de retornar ao mercado de trabalho deverá solicitar uma avaliação médica junto à autarquia federal da previdência. Porém, não procedendo dessa maneira, e retornando imediatamente a suas atividades, terá seu benefício cassado de imediato. Além do mais, se o segurado respeitar o procedimento de retorno a atividade laborativa receberá do INSS o que a doutrina chama de mensalidades de recuperação. Estas estão disciplinadas no artigo 49, do Decreto n.º 3.048/99, *in verbis*:

Art.49. Verificada a recuperação da capacidade de trabalho do aposentado por invalidez, excetuando-se a situação prevista no art. 48, serão observadas as normas seguintes:

I - quando a recuperação for total e ocorrer dentro de cinco anos contados da data do início da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a antecedeu sem interrupção, o benefício cessará:
a) de imediato, para o segurado empregado que tiver direito a retornar à função que desempenhava na empresa ao se aposentar, na forma da legislação trabalhista, valendo como documento, para tal fim, o

certificado de capacidade fornecido pela previdência social; ou

b) após tantos meses quantos forem os anos de duração do auxílio-doença e da aposentadoria por invalidez, para os demais segurados; e II - quando a recuperação for parcial ou ocorrer após o período previsto no inciso I o ainda quando o segurado for declarado apto para o exercício de trabalho diverso do qual habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo da volta à atividade:

a) pelo seu valor integral, durante seis meses contados da data em que for verificada recuperação da capacidade;

b) com redução de cinquenta por cento, no período seguinte de seis meses; e

c) com redução de setenta e cinco por cento, também por igual período de seis meses, ao término do qual cessará definitivamente.

Exemplificando: Se um gerente de uma empresa, foi acometido por doença mental que o tornou inválido para o trabalho e, após quatro anos de tratamento médico, recuperou parcialmente sua capacidade laborativa, retornando a sua empresa, para exercer atividade diversa da anterior, terá direito a 18 meses de mensalidades, pois sua recuperação foi parcial, incidindo a regra do inciso II, artigo 49, do Decreto 3.048/99.

Na maioria das vezes os segurados de baixa renda exercem mais de uma atividade laborativa. Nesse caso, para ter direito a aposentadoria por invalidez deve ser comprometida de forma permanente a capacidade de trabalho em todas as atividades desenvolvidas, sob pena de ter apenas o direito ao auxílio-doença.

Atualmente, o Instituto Nacional de Seguro Social administra cerca de 3.238.945 (três milhões, duzentas e trinta e oito mil, novecentos e quarenta e cinco) aposentadorias por invalidez, número que corresponde a 9,57% de todas as formas de aposentadorias emitidas. Destas, temos 2.780.254

(dois milhões, setecentos e oitenta mil, duzentos e cinquenta e quatro) pertencentes à clientela urbana, enquanto 458.691 (quatrocentos e cinquenta e oito mil, seiscentos e noventa e um) são destinadas aos segurados rurais. O valor médio total deste benefício é de R\$ 1.167,58 (um mil, cento e sessenta e sete reais, cinquenta e oito centavos).^[11]

As aposentadorias por invalidez decorrentes de acidentes emitidas pelo INSS correspondem a 206.963 (duzentos e seis mil, novecentos e sessenta e três), sendo seu valor médio total de R\$ 1.437,19 (Um mil, quatrocentos e trinta e sete reais, e dezenove centavos).^[12]

2.3 Aposentadoria por idade

A *aposentadoria por idade* é um benefício concedido pela previdência social cujo risco social protegido é a idade avançada, a qual possivelmente irá impossibilitar o segurado de continuar em sua atividade laboral. Este benefício era chamado de *aposentadoria por velhice* até o advento da Lei 8.213/91, em uma tentativa de diminuir a discriminação com os idosos. Sua normatização é prevista nos artigos 48 a 51, da Lei 8.213/91, e nos artigos 51 a 55, do Decreto n.º 3.048/99.

A aposentadoria por idade possui dois requisitos para ser concedida: 1) Idade mínima de 65 e 60 anos, respectivamente, para os homens e mulheres; 2) Carência de 180 (cento e oitenta) contribuições mensais. O requisito da idade mínima é reduzido em 5 (cinco) anos para os trabalhadores rurais de ambos os sexos, bem como para o produtor rural, garimpeiro e pescador artesanal que exerça suas atividades em regime de economia familiar. Já a carência de 180 (cento e oitenta) contribuições mensais é exigível para os segurados filiados ao RGPS após 24 de julho de 1991, data da promulgação da Lei n.º 8.213/91. Para os segurados filiados em data anterior deve ser seguida a regra de transição da carência disposta no artigo 142 desta Lei.

Ressalta-se que os requisitos de idade e carência não precisam ser alcançados de maneira simultânea^[13]. Por exemplo: o segurado trabalhou dos 25 anos aos 40 anos de idade (cumpriu a carência exigida) e após esse lapso temporal ficar desempregado até os 65 anos de idade, momento em que poderá requerer a aposentadoria por idade.

A renda mensal inicial da aposentadoria por idade corresponde a 70% (setenta por cento) do salário de benefício, mais 1% (um por cento) a cada grupo de 12 (doze) contribuições mensais, até o máximo de 30% (trinta por cento), totalizando 100% (cem por cento). Neste tipo de aposentadoria o fator previdenciário é aplicado de forma facultativa.

A data do início do benefício – DIB é disciplinada no artigo 49, do Decreto 3.048/99, conforme o mesmo:

Art. 49. A aposentadoria por idade será devida:

I - ao segurado empregado, inclusive o doméstico, a partir:

a) da data do desligamento do emprego, quando requerida até essa data ou até 90 (noventa) dias depois dela; ou

b) da data do requerimento, quando não houver desligamento do emprego ou quando for requerida após o prazo previsto na alínea "a";

II - para os demais segurados, da data da entrada do requerimento.

No RGPS existe a possibilidade da aposentadoria compulsória para os segurados que completaram 70 (setenta) anos de idade, se homem, e 65 (sessenta e cinco) anos, se mulher. Porém, diverge da aposentadoria compulsória do RPPS, pois nesta o empregado é obrigatoriamente afastado de suas atividades do cargo exercido, enquanto naquela só ocorrerá a compulsória a pedido do empregador, desde que o empregado tenha cumprido a carência, devendo pagar todas as verbas indenizatórias trabalhistas no ato da rescisão do contrato de trabalho.

Atualmente, o Instituto Nacional de Seguro Social administra 10.174.759 (dez milhões, cento e setenta e quatro mil, setecentos e cinquenta e nove) aposentadorias por idade, número que corresponde a 30.06% de todas as aposentadorias emitidas. Destas, temos 3.840.995 (três milhões, oitocentos e quarenta mil, novecentos e noventa e cinco) pertencentes à clientela urbana, enquanto 6.333.764 (seis milhões, trezentos e trinta e três mil, setecentos e sessenta e quatro) são destinadas aos segurados rurais. Destarte, o valor médio deste benefício

corresponde a R\$ 950,79 (novecentos e cinquenta reais, e setenta e nove centavos).^[14]

2.4 Aposentadoria por tempo de contribuição

A *aposentadoria por tempo de contribuição* é a forma de aposentadoria que produz as maiores discussões na doutrina. Há forte resistência em sua aceitação, uma vez que não há risco social sendo protegido, pois não há a presunção de incapacidade para o trabalho, sendo considerado um benefício previdenciário atípico. Já, outra corrente é favorável a sua existência, afirmando que ela permite uma rápida renovação dos trabalhadores no mercado.

A referida discussão doutrinária nas palavras de Wladimir Novaes Martinez:

A prestação mais polêmica da legislação previdenciária e a mais desejada pelos brasileiros é a aposentadoria por tempo de contribuição. Originária do serviço público, denominada ordinária na Lei Eloy Chaves, provocou discussões e dissensões no ambiente político, científico e técnico nos anos 1992/1998, estando possivelmente condenada ao desaparecimento em razão de suas distorções (v.g. falta de fonte específica, ausência de limite etário pessoal, freqüente volta do trabalho, dúvida sobre a existência de risco, acumulação com outros benefícios, adoção de regime de repartição simples etc.). Enseja respeitável crítica de abalizados estudiosos, mas vai-se mantendo enquanto não criado seguro-desemprego compatível.^[15]

A aposentadoria por tempo de contribuição recebeu essa denominação com a EC 20/98, pois, anteriormente, era chamada de aposentadoria por tempo de serviço. Ademais, possui seu conteúdo normativo disciplinado nos artigos 52 a 56, da Lei 8.213/91, e nos artigos 56 a 63, do Decreto 3.048/99.

Para a sua concessão é necessário o preenchimento de certos requisitos: 1) 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem, e 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher; 2) Carência de 180 (cento e oitenta) contribuições mensais para os segurados que ingressaram após julho de 1991. Porém, quem ingressou no RGPS antes deste marco deverá observar os prazos de carência inseridos na tabela do artigo 182, do Decreto 3.048/99.

O artigo 59, do Decreto 3.048/99, define tempo de contribuição, *in verbis*:

Considera-se tempo de contribuição o tempo, contado de data a data, desde o início até a data do requerimento ou do desligamento de atividade abrangida pela previdência social, descontados os períodos legalmente estabelecidos como de suspensão de contrato de trabalho, de interrupção de exercício e de desligamento da atividade.

Ressalta-se que o tempo de contribuição utilizado para a concessão de qualquer aposentadoria do RGPS ou de outro regime previdenciário não será mais computado como tempo de contribuição a fim de viabilizar outra aposentadoria.

Os professores possuem seu período de contribuição reduzido em 05 (cinco) anos, caso comprovem, exclusivamente, tempo de efetivo exercício em função de magistério na Educação Infantil, no Ensino Fundamental ou no Ensino Médio. Ademais, atualmente, através na Lei 11.301/06, as atividades executadas na direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico também permitem redução de 05 (cinco) anos. Destarte, a justificativa para essa aposentadoria diferenciada para o professor foi criada em virtude do desgaste provocado pela função desempenhada.

A renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição é equivalente a 100% (cem por cento) do salário de benefício, com a aplicação obrigatória do fator previdenciário. Este consiste em um índice calculado com base em elementos que dizem respeito à vida do segurado e à expectativa de sobrevivência do povo brasileiro no momento da aposentadoria.

Exemplificando: Um segurado que tenha 35 (trinta e cinco) anos de tempo de contribuição, 65 (sessenta e cinco) anos de idade e expectativa de sobrevida de 18,3 anos possuirá um fator previdenciário de aproximadamente 1,043. Dessa forma, sendo o fator maior que 1, o segurado terá um incremento no valor da renda mensal inicial de sua aposentadoria.

A data do início do benefício – DIB segue a mesma regra da aposentadoria por idade.

Em 2015, a Lei 13.135, acresceu o artigo 29-C à Lei 8.213-91, criando a regra conhecida como “85/95” que permite a segurado mulher que completar 85 pontos (soma da idade + tempo de contribuição) optar pela não incidência do fator previdenciário. No mesmo, sentido, no caso do segurado homem que atingir 95 pontos, conforme artigo 29-C, *in verbis*:

Art. 29-C. O segurado que preencher o requisito para a aposentadoria por tempo de contribuição poderá optar pela não incidência do fator previdenciário no cálculo de sua aposentadoria, quando o total resultante da soma de sua idade e de seu tempo de contribuição, incluídas as frações, na data de requerimento da aposentadoria, for:

I - igual ou superior a noventa e cinco pontos, se homem, observando o tempo mínimo de contribuição de trinta e cinco anos; ou

II - igual ou superior a oitenta e cinco pontos, se mulher, observado o tempo mínimo de contribuição de trinta anos.

§ 1º Para os fins do disposto no caput, serão somadas as frações em meses completos de tempo de contribuição e idade.

§ 2º As somas de idade e de tempo de contribuição previstas no caput serão **majoradas em um ponto em:**

- I - 31 de dezembro de 2018;
- II - 31 de dezembro de 2020;
- III - 31 de dezembro de 2022;
- IV - 31 de dezembro de 2024; e
- V - 31 de dezembro de 2026.

Os contribuintes individuais e facultativos podem renunciar a aposentadoria por tempo de contribuição e recolher suas contribuições sob a alíquota de 11% (onze por cento) sobre o valor do salário mínimo (limite mínimo mensal do salário de contribuição). Porém, posteriormente, caso pretendam obter a referida aposentadoria poderão complementar a contribuição mensal mediante o recolhimento de mais 9% (nove por cento), acrescido de juros moratórios.

Ademais, os segurados especiais não possuem direito a aposentadoria por tempo de contribuição, salvo se utilizarem a faculdade de contribuir como segurado individual, não sendo considerado como período de carência o tempo de atividade rural não contributivo.

Atualmente, o Instituto Nacional de Seguro Social administra 5.795.455 (cinco milhões, setecentos e noventa e cinco, quatrocentos e cinquenta e cinco) aposentadorias por tempo de contribuição^[16], número que corresponde a 17,12% de todas as aposentadorias emitidas. Destas, temos 5.773.628 (cinco milhões, setecentos e setenta e três, seiscentos e vinte e oito) pertencentes à clientela urbana, enquanto 21.827 (vinte e um mil, oitocentos e vinte e sete) são destinadas aos segurados rurais. Destarte, este benefício possui valor médio de R\$ 1.944,07 (um mil, novecentos e quarenta e quatro reais, e sete centavos).^[17]

2.5 Aposentadoria especial

O trabalhador que exerce suas atividades laborativas durante 15, 20 ou 25 anos, em um ambiente exposto, de forma não eventual, nem intermitente, a agentes nocivos (físicos, químicos ou biológicos) que prejudique a sua saúde ou a integridade física, independentemente de seu sexo, terá direito a *aposentadoria especial*. Esta é regulamentada nos artigos 57 e 58, da Lei 8.213/91, e artigos 64 a 70, do Regulamento da

Previdência Social. Sendo seu atual regramento legal delineado pela Lei 9.032/95.

A natureza jurídica da aposentadoria especial é fonte de divergência na doutrina, pois conforme Fábio Zambitte Ibrahim:

Para alguns, este benefício seria uma espécie de aposentadoria por invalidez antecipada, na medida em que proporciona a aposentação antes do segurado ser efetivamente incapacitado pelos agentes nocivos a que está exposto. Outros, a definem como espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, qualificada em razão da nocividade da atividade desenvolvida. Por fim, há quem veja uma nova espécie de aposentadoria, a par das já existentes.[\[18\]](#)

Ainda, acerca da natureza jurídica, Wladimir Novaes Martinez:

A aposentadoria especial é direito subjetivo excepcional de quem preenche os requisitos legais. Espécie do gênero aposentadoria por tempo de contribuição, como são as do professor, anistiado e a aposentadoria por tempo de serviço propriamente dita. Bastando a exposição ao risco, distancia-se da aposentadoria por invalidez.[\[19\]](#)

A concessão da aposentadoria especial dependerá de sua devida comprovação junto ao INSS, a qual é realizada, atualmente, mediante o preenchimento do formulário denominado de *perfil profissiográfico previdenciário – PPP*[\[20\]](#), emitido pela empresa.

A legislação esclarece que apenas o empregado, empregado avulso e contribuinte individual (este somente quando cooperado que filiado a cooperativa de trabalho ou de produção) terão direito a aposentadoria especial. Porém, caso as outras formas de segurados ou outros tipos de contribuintes individuais provarem, através do PPP, as condições

insalubres de trabalho poderão ter direito a aposentadoria especial, uma vez que, se assim não fosse, estaríamos violando o princípio da isonomia.

O Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP é tratado por Ivan Kertezman:

O PPP é o documento histórico-laboral do trabalhador, segundo modelo instituído pelo INSS que entre outras informações deve conter registros ambientais, resultantes de monitoramento e todos os períodos de exposição a agentes nocivos do trabalhador. Deve ser fornecida ao trabalhador, quando da rescisão do contrato de trabalho ou do desligamento do cooperado, cópia autêntica deste documento.[\[21\]](#)

O benefício de aposentadoria especial possui renda mensal inicial de 100% do salário de benefício, não havendo a incidência do fator previdenciário. Ademais, a data de início - DIB do pagamento é fixada pelas mesmas regras da aposentadoria por idade.

O segurado beneficiado com a aposentadoria especial poderá retornar ao trabalho apenas em atividades onde não há a exposição a agentes nocivos a sua saúde ou a integridade física, pois se retornar a exercer alguma atividade em ambiente insalubre terá sua aposentadoria especial suspensa. Ademais, retornará a receber o benefício assim que cessada as atividades, uma vez que já possui direito adquirido.

O tempo de trabalho exercido sob condições especiais poderá ser convertido em tempo de serviço especial, quando houver variação entre os graus de nocividade nas atividades exercidas, ou comum. Porém, atualmente, com o advento da Lei 9.032/95, é vedada a conversão de tempo comum em especial.

O segurado que durante sua vida exerceu sucessivamente mais de uma atividade enquadrada como nociva a sua saúde, sem completar em qualquer uma delas os requisitos para a aposentadoria especial, poderá converter o tempo da atividade com menor lapso temporal para a atividade

de maior lapso temporal a fim de somando os prazos completar os requisitos necessários para a aposentadoria especial.

Exemplificando: um segurado trabalhando exposto ao arsênio e seus componentes (atividade de 25 anos) por 12 (dez) anos, e anteriormente trabalhou no processamento de rochas amiantíferas (atividade de 20 anos) por 10 (dez) anos, possuirá como tempo total de atividade 24,5 anos (12 anos + 10 x 1,25 anos) na aposentadoria especial, correspondente a 12 anos de atividade preponderante somados aos 12,5 anos de atividade convertida (10 x 1,25 anos).

Exemplificando: um segurado, homem, com 5 (cinco) anos de serviço em atividade cujo ambiente é nocivo por meio de agentes arsênio e seus compostos (atividade especial de 25 anos) e que, atualmente, trabalha em atividade livre da exposição a agentes nocivos, poderá contar como tempo comum 7 anos (5 anos x 1,40).

Ademais, pela visualização da tabela acima verificamos a diferença dos multiplicadores aplicados entre homens e mulheres. Isso ocorre, pois na aposentadoria por tempo de contribuição ou idade, o tempo da mulher é reduzido.

Ressalta-se que o artigo 96, inciso I, da Lei 8.213/91, veda a conversão do tempo de serviço em atividade insalubre para comum no caso de contagem recíproca de tempo entre regimes previdenciários.

3. BREVES COMENTÁRIOS AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NAS APOSENTADORIAS DO RGPS PELA PEC 287/2016.

Um dos diversos desafios que o nosso país atualmente enfrenta é o de manter o equilíbrio nas contas públicas da previdência social a fim de garantir a manutenção do pagamento em dia dos benefícios previdenciários da presente e futura geração. Sendo assim, trâmite no Congresso Nacional a proposta de emenda à constituição federal, PEC 287/2016, que promoverá diversas alterações na legislação na legislação das aposentadorias do regime geral de previdência social.

As despesas do Instituto Nacional do Seguro Social estão em torno de 8% do PIB, com projeções para 2060 de atingir 18%, índice que inviabilizaria a Previdência.^[22] Entre os fatores que provocam esse déficit podemos citar o envelhecimento da população, bem como a redução da fecundidade, o que gera uma alteração na pirâmide populacional entre os ativos e inativos.

Um dos principais pontos das alterações da PEC 287/2016 está o artigo 201, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, que trata da aposentadoria especial, que passará a ter a seguinte redação: *“cujas condições sejam exercidas sob condições especiais que efetivamente prejudiquem a saúde, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação”*.^[23]

A referida alteração visa extinguir a possibilidade de concessão de aposentadoria especial para certas categorias profissionais ou ocupações com riscos inerentes a atividade, porém, sem que estejam efetivamente expostos aos riscos que prejudiquem a saúde.

Além do mais, o artigo 201, da Constituição Federal, sofrerá o acréscimo do § 1-A, com a seguinte redação: *“para os segurados de que tratam os incisos I e II do § 1º, a redução para fins de aposentadoria em relação ao disposto no § 7º será de, no máximo, dez anos no requisito idade e de, no máximo, cinco anos para o tempo de contribuição”*.

Dessa forma, o novo § 1º-A, do artigo 201, da Carta Magna, visa definir os parâmetros que deverão ser observados pela lei complementar, em relação aos quesitos de tempo de contribuição e idade, estabelecidos pelo § 7º^[24], do supramencionado artigo.

Não obstante, o maior ponto de discussão é a proposta de alteração do § 7º, do artigo 201, da Constituição Federal, que terá a seguinte redação *“é assegurada aposentadoria no Regime Geral de Previdência Social àqueles que tiverem completado sessenta e cinco anos de idade e vinte e cinco anos de contribuição, para ambos os sexos.”*

Dessa forma, será imposta uma idade mínima para ambos os sexos em 65 (sessenta e cinco) anos. Referida situação, conforme já explicado

acima, é completamente diferente do atual sistema vigente. Uma vez que, atualmente, através da aposentadoria por tempo de contribuição não se impõe uma idade mínima.

Além do mais, ocorrerá uma equiparação nos requisitos de aposentadoria entre homens e mulheres, os quais, atualmente, ainda são bem diversos de acordo com as peculiaridades de cada gênero.

Nesse sentido, teremos praticamente a extinção da aposentadoria por tempo de contribuição, uma vez que as aposentadorias serão condicionais a idade em 65 anos, bem como ao preenchimento do período contributivo de 25 (vinte e cinco) anos.

Não obstante, ainda trata-se apenas de uma proposta de emenda a constituição que, apesar das várias mudanças radicais propostas, ainda passará por diversas alterações até a sua aprovação final.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho apresentou as diversas formas de aposentadorias vigentes atualmente no nosso ordenamento jurídico. Ademais, tecemos breves comentários acerca dos regimes previdenciários, bem como acerca da PEC 287/2016.

Nesse sentido, vislumbra-se um cenário bem complexo de aposentadoria que vigem no Brasil. Tal cenário precisará passar por diversas mudanças jurídicas para se adaptar a realidade econômica e social atual.

Nesse sentido, o país vive o desafio de adequar as formas de aposentadoria à realidade econômica, uma vez que o déficit da previdência aumenta ano a ano. Isso se deve, entre outros fatores, ao envelhecimento da população devido ao avanço das técnicas médicas, bem como a inversão da tabela populacional, uma vez que a população inativa cada vez mais cresce, enquanto a população ativa diminui.

As mudanças legislativas nas formas de aposentadoria vem ocorrendo gradativamente, podendo citar a inclusão do fator previdenciário, bem como a criação da regra dos “85/95” pontos. Trata-se de um processo necessário que vem ocorrendo em todo o mundo, porém que precisa ser

debatido amplamente para que tenhamos uma reforma justa, evitando que a população menos favorecida seja a única a sofrer as consequências.

5 .REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALECAR, Hermes Arrais. **“Desaposentação” e o instituto da “transformação” de benefícios previdenciários do regime geral de previdência social**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

BALERA, Wagner. **Sistema de seguridade social**. São Paulo: LTr, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15/02/2017.

_____. Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/1999/3048.htm>>. Acesso em: 15/02/2017.

_____. **CÂMARA DOS DEPUTADOS**, disponível em < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=AE510C2054AAACCBA97DC7B00F552949.proposicoesWebExterno1?codteor=1514975&filename=PEC+287/2016>. Acesso em 25/05/2017.

_____. Lei n. 5.890, de 08 de junho de 1973. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/1999/3048.htm>>. Acesso em: 16/02/2017.

_____. Lei n. 8.212, de 24 de junho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em 15/02/2017.

_____. Lei n. 8.213, de 24 de junho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 16/02/2017.

_____. Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso
em: 18/02/2017.

_____. Lei n. 10.097, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10097.htm>. Acesso
em: 18/02/2017.

_____. Lei n. 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11096.htm>. Acesso em: 18/04/2017.

_____. **Previdência Social**. Disponível em:
< <http://www.previdencia.gov.br/reforma/>>. Acesso em: 25/05/2017.

_____. **PREVIDÊNCIA SOCIAL**, *Boletim Estatístico da Previdência social*. Disponível no site: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2017/05/beps17.03.pdf>. Acesso em 25/05/2017.

_____. **PREVIDÊNCIA SOCIAL**, disponível em
< <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2017/03/Comparativo-Legislacao-Atual-e-altera%C3%A7%C3%A3o-proposta-pela-Reforma-vf.pdf>> acesso em 25/05/2017.

BRIGUET, Magadar Rosália Costa; VICTORINO, Maria Cristina Lopes; HORVATH JUNIOR, Miguel. **Previdência social**: aspectos práticos e doutrinários dos regimes jurídicos próprios. São Paulo: Atlas, 2007.

DAL BIANCO, Dânae. **Princípios constitucionais da previdência social**. São Paulo: LTr, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM. 2010.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de direito previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

PULINO, Daniel. **A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001.

NOTAS:

[1] BRIGUET, Magadar Rosália Costa; VICTORINO, Maria Cristina Lopes; HORVATH JUNIOR, Miguel. *Previdência Social: aspectos práticos e doutrinários dos regimes jurídicos próprios*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 13.

[2] *Op. cit.*, p. 13.

[3] ALENCAR, Hermes Arrais. *“Desaposentação” e o Instituto da “Transformação” de Benefícios Previdenciários do Regime Geral de Previdência Social*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 39

[4] MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito previdenciário*. – 5. ed. – São Paulo: LTr, 2011. p. 548

[5] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 757.

[6] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Op. cit.*, p. 762-763 passim.

[7] PULINO, Daniel. *A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001, p. 58.

[8] O Regulamento da Previdência Social em seu artigo 11, § 1º, estabelece algumas hipóteses de segurados facultativos, por exemplo, a dona de casa, o estudante e o estagiário.

[9] ALENCAR, Hermes Arrais. *op. cit.*, p. 45.

[10] MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*. - 4. ed. – São Paulo: LTr, 2011. p. 847.

[11] PREVIDÊNCIA SOCIAL, *Boletim Estatístico da Previdência social*. Disponível no site: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2017/05/beps17.03.pdf>. Acesso em 25/04/2017.

[12] *Ibidem*.

[13] BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Embargos de divergência em Recurso Especial nº 551.997/RS, Relator Ministro Gilson Dipp. DJ 26/07/2004.

[14] PREVIDÊNCIA SOCIAL, *Boletim Estatístico da Previdência social*. Disponível no site: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2017/05/beps17.03.pdf>. Acesso em 25/05/2017.

[15] MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*. - 4. ed. – São Paulo: LTr, 2011. p. 860.

[16] Nesses dados estatísticos inclui-se a aposentadoria especial, a qual é tratada pelos órgãos de controle como uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição. PREVIDÊNCIA SOCIAL, *Boletim Estatístico da Previdência social*. Disponível no site: http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/3_111025-151853-022.pdf <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2017/05/beps17.03.pdf>. Acesso em 20/05/2017.

[17] PREVIDÊNCIA SOCIAL, *Boletim Estatístico da Previdência social*. Disponível no site: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2017/05/beps17.03.pdf>. Acesso em 25/05/2017.

[18] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *op. cit.*, p. 610.

[19] MARTINEZ, Waldimir Novaes. *op. cit.*, p. 855.

[20] A comprovação já foi realizada por diversos formulários distintos, como, por exemplo, SB – 40, DISES BE 5235, DSS 8030 e DIRBEN 8030.

[21] KERTZMAN, Ivan. *Curso Prático de Direito Previdenciário*. - 6. ed. - Salvador: JusPODIVM. 2010, p. 379.

[22] PREVIDÊNCIA SOCIAL. Disponível no site: <http://www.previdencia.gov.br/reforma/>. Acesso em 25/05/2017.

[23] CÂMARA DOS DEPUTADOS, disponível em < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid

[d=AE510C2054AAACCBA97DC7B00F552949.propoesWebExterno1?codteor=1514975&filename=PEC+287/2016](http://www.conteudojuridico.com.br/propoesWebExterno1?codteor=1514975&filename=PEC+287/2016).>. Acesso em 25/05/2017.

[24] PREVIDÊNCIA SOCIAL, disponível em < <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2017/03/Comparativo-Legislacao-Atual-e-altera%C3%A7%C3%A3o-proposta-pela-Reforma-vf.pdf>.> acesso em 25/05/2017.

ATUAÇÃO DO COMPLIANCE NA ADEQUAÇÃO SOCIOAMBIENTAL

THIAGO ALBERTO FRANGHANI:
Bacharelado do curso de Direito da
Universidade Brasil - Fernandópolis.

Prof. Me. **RODRIGO SONCINI DE
OLIVEIRA GUENA** (Orientador)

RESUMO: O presente artigo tem por escopo demonstrar as vantagens em se implantar um sistema de Compliance nas empresas, com enfoque no gerenciamento socioambiental e as vantagens advindas a partir da adoção e implantação deste modelo de gerenciamento empresarial. Para tanto se faz necessário um breve histórico da preocupação mundial em restaurar as áreas degradadas, diminuir os impactos ambientais e garantir que as presentes e futuras gerações tenham acesso ao Meio Ambiente saudável. Para que este conceito ganhasse força as Organizações das Nações Unidas (ONU) reuniu em 1972, na cidade de Estocolmo, Suécia, seus integrantes com finalidade de discutir soluções para este problema. Surgiu então a necessidade de um sistema normativo eficiente e que penalizasse todo aquele que contribuísse para a degradação ambiental. Desta feita o Compliance vem para adequar estas empresas a esta nova realidade normativa. Para desenvolvimento do presente tema foram realizadas pesquisas bibliográficas em livros e consultas a diversos artigos sobre o tema na internet.

Palavras Chave: Compliance, Empresas e Meio Ambiente.

ABSTRACT: The purpose of this article is to demonstrate the advantages of implementing a compliance system in companies, with a focus on socio-environmental management and the advantages derived from the adoption and implementation of this business management model. This requires a brief history of global concern to restore degraded areas, reduce environmental impacts and ensure that present and future generations have access to a healthy environment. For this concept to gain strength, the United Nations (UN) met in 1972 in the city of Stockholm, Sweden, its members to discuss solutions to this problem. The need arises for an efficient regulatory system to penalize anyone who contributes to environmental degradation. This time the Compliance comes to adapt these

companies to this new normative reality. For the development of the present theme, bibliographical research was carried out in books and inquiries to various articles on the subject on the Internet.

Keywords: Compliance, companies, UN and Environment.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA COM A PREOCUPAÇÃO AMBIENTAL. 3. POLÍTICA NACIONAL DE MEIO AMBIENTE. 4. O SURTI MENTO DO COMPLIANCE E ATUAÇÃO NA ADEQUAÇÃO SOCIOAMBIENTAL. 5. BENEFICIOS DO COMPLIANCE. 6. CONCLUSÃO. 7 REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Há tempos sobrevém rumores de que problemas ambientais poderiam ser a causa da degradação humana, porém, as autoridades mundiais não vêm direcionando a atenção devida ao assunto e por vários séculos vem se destruindo desenfreadamente o Meio Ambiente, com o único propósito de aumentar o desenvolvimento econômico sem se preocupar em desenvolver se sustentavelmente, e com o passar do tempo, surgiram problemas como o buraco da camada de ozônio, má qualidade do ar, poluição das águas, etc.

Mas como é natural dos seres humanos, somente foram tomadas atitudes para prevenção da degradação ambiental quando o problema já se encontrava em estado alarmante. Considerado um ramo recente do direito, o Direito Ambiental é a área do conhecimento jurídico que disciplina a relação da sociedade com o Meio Ambiente, e estabelece as bases legais para sua proteção, em prol do desenvolvimento sustentável. A preocupação com o meio ambiente remonta os séculos, porém, somente foram efetivadas providencias a partir da Conferência Nacional das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972 em Estocolmo, na Suécia organizada pela Organização das Nações Unidas (ONU) impulsionada pelo relatório *Meadows "Os limites do crescimento"*, emitido a partir de estudo feito pelo *Massachusetts Institute of Technology (MIT)*, que foi solicitada

pelo intitulado “Clube de Roma”, que apresentou dados alarmantes dos resultados de anos de utilização irresponsável dos recursos naturais disponíveis.

Desde então a preocupação em restituir os danos ao Meio Ambiente e freia-los tornou questão principal dos Países. Em 1992 aconteceu na cidade do Rio de Janeiro a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, desdobramento da Conferência de Estocolmo, intitulada RIO-92 e teve como resultado a Agenda 21, um documento com 40 capítulos que serve de parâmetro para ações globais, nacionais e locais, objetivando a construção de sociedades sustentáveis, conciliando métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica, (NETO, 2013)

Com a crescente preocupação em regular a forma de preservação ambiental, eis que aparece um problema para as empresas: o gerenciamento e adequação destas normas e medidas socioambientais que foram instituídas no ordenamento jurídico brasileiro, e como se desenvolver economicamente, porém de forma sustentável. Para solucionar esta problemática experimentada pelas empresas, e adequá-las às normas de sustentabilidade exigidas foi necessário a adoção de medidas que mantivessem as empresas em conformidade com a legislação e com os parâmetros de preservação aclamados pela sociedade. Surge então o COMPLIANCE, termo originário do verbo inglês “*to compli*” que significa agir de acordo com uma regra, uma instrução interna, um comando ou um pedido. Faz-se referência a um conjunto de normas de caráter organizacional criadas para otimizar as produções das empresas que ainda tinham dificuldades em se adequar ao cumprimento das normas legais e regulamentadoras do Direito Ambiental, cujo papel é estabelecer políticas e diretrizes para as atividades de instituição ou empresa, ou ainda detectar e tratar qualquer desvio ou inconformidade normativa ou mesmo na produção interna e prevenção de riscos.

Com base nas diretrizes adotadas pelo sistema de COMPLIANCE, o presente trabalho tem por escopo trazer à baila seus benefícios que visam um ambiente de trabalho sadio, solidificando através do cumprimento das regras Ambientais estabelecidas uma maior

credibilidade para com a sociedade (consumidor) e ainda demonstrar as vantagens econômicas em se adotar este sistema organizacional inovador.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA COM A PREOCUPAÇÃO AMBIENTAL

A preocupação com a degradação e utilização irresponsável dos recursos naturais disponíveis no Meio Ambiente em que vivemos, teve início a muito tempo, porém sua atenção era desviada e seus objetivos voltados para o campo da individualidade e avanço econômico, sendo que na época a disponibilidade de recursos era bem diversificada e abundante. Especificamente, conforme assevera (Garziera, 2014):

É certo que alguns cuidados com as águas e florestas foram tomados ao longo da história. Mas as finalidades eram outras. Buscava-se a proteção dos direitos de vizinhança e dos valores econômicos da propriedade, sempre de maneira isolada e tópica. Um exemplo a citar consiste nas regras estabelecidas na Península Ibérica no século XVI, relativas ao reflorestamento, para fins de construções de embarcações, ou seja, para fins utilitários e imediatistas.

Nota-se que a preocupação com a degradação Ambiental vem acompanhando o homem na sua incessante busca pelo desenvolvimento econômico, porém, o grande marco dos impactos ambientais causados pelas atividades de exploração dos recursos naturais existentes no Meio Ambiente, se evidenciou a partir da Revolução Industrial que ocorreu no século XVIII, e deixou claro que o desenvolvimento econômico poderia prejudicar a existência das futuras gerações. Segundo (GRANZIERA, 2014):

[...] pode-se assinalar a Revolução Industrial, iniciada no século XVIII, como um marco de forte agravamento dos impactos da atividade humana sobre o meio ambiente e a saúde do homem. A poluição pela fumaça, emitida por fornalhas movidas a carvão, tornou Londres uma cidade insalubre. A

condição de trabalho nas fabricas afrontavam severamente a dignidade humana [...].

Este foi um período marcado por grandes movimentos e dentre eles o movimento ambientalista de proteção à natureza, iniciado nos anos 60 e que tomaria grande proporção e ganharia aderência social e não mais cessaria em virtude das inúmeras irregularidades ambientais e necessidade de adequação para uma reestruturação do meio ambiente. Por volta do ano de 1968 formou se o intitulado “Clube de Roma”, que dentre seus integrantes haviam personalidades da época, interessados em discutir os limites do crescimento econômico e os problemas ambientais advindos destes modelos de crescimento. O “Clube de Roma”, na década de 70, solicitou ao Massachusetts Institute Tecnology (MIT), que efetuasse um estudo sobre os problemas ambientais existentes na época, e a partir de estudos científicos foi publicado o relatório intitulado “Os limites do Crescimento”, que apontava que a atividade humana se desenvolvia muito mais rápido do que a capacidade da Terra leva para regenerar os recursos utilizados e que poderia não mais existir em um determinado tempo, a solução encontrada para o problema foi a desaceleração do desenvolvimento. Os estudos e preocupação se focavam nos fenômenos da aceleração do nível de industrialização, o crescimento da população, a degradação ambiental e a escassez dos recursos naturais não-renováveis. Conforme artigo (Pensamento Verde, 2014):

Em 1968, o empresário italiano Aurelio Peccei, presidente honorário da Fiat, e o cientista escocês Alexander King se juntaram para promover um encontro, no qual seria discutido o futuro das condições humanas no planeta. A ideia era convidar cerca de 20 personalidades da época para avaliar questões de ordem política, econômica e social com relação ao meio ambiente. Hoje, o clube se tornou uma organização não governamental que foca na busca por enxergar problemas, discuti-los e difundi-los entre a população. Seus membros são

acadêmicos, cientistas, políticos, empresários e membros da sociedade civil.

Neste sentido (GODOY):

[...] o grupo de pesquisadores liderado por Dennis L. Meadows publicou o estudo intitulado "Os Limites do crescimento" [...] fazendo uma projeção para cem anos (sem levar em conta o progresso tecnológico e a possibilidade de descoberta de novos materiais) apontou-se que, para atingir a estabilidade econômica e respeitar a finitude dos recursos naturais é necessário congelar o crescimento da população global e do capital industrial.

Este relatório que mencionava a desaceleração do crescimento econômico, levantou dúvidas por parte dos países que ainda não haviam atingido os níveis desejados de Industrialização, e dentre eles se encontrava o Brasil que na época se colocou totalmente desfavorável conjuntamente com outros países, e se mostravam contra qualquer medida que impedisse o desaceleramento do crescimento econômico. O estudo chamou atenção da Organização das Nações Unidas (ONU), que decidiu organizar uma conferência Internacional a realizar se no ano de 1972 para tratar do respectivo tema. Cabe ressaltar que a preocupação com a natureza não teve início neste evento ocorrido em 1972, pois houveram inúmeros outros encontros internacionais anteriores, que objetivavam uma solução para o problema, porém, na maioria das vezes o que se almejava era a preservação dos recursos naturais, visando o aproveitamento econômico ou apenas proteger especificamente determinada espécie. Não se cogitava as inter-relações entre as espécies, os ecossistemas e seus habitats, como bens a serem resguardados pelo Estado, pelo seu valor essencial, por isso dizer que 1972 foi o grande marco ou arrancada para a conscientização da sociedade e adoção de medidas protetivas que garantissem a preservação do Meio Ambiente. A respeito (GRANZIERA, 2014):

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, ocorrida em Estocolmo, Suécia, em 1972 é considerada um marco na história da humanidade, tendo em vista as grandes mudanças havidas a partir deste evento e a origem do Direito Ambiental como é hoje entendida essa matéria.

A ideia na época era tornar mais aparente os problemas ambientais, que ainda não possuíam proporções tão elevadas, mas já revelavam seus perigos em potencial degradante. Duas décadas após ocorreu o desdobramento da 1ª conferência de 1972 em Estocolmo, que foi a ECO 92 (ou Rio 92), sinal de que os problemas ambientais haviam despertado a preocupação dos governantes, haja visto que a nível nacional o ano de 1992 foi criado o Ministério do Meio Ambiente. Com foco na análise dos problemas surgidos e sua possível solução a ECO 92 contribuiu grandemente estabelecendo um conceito de desenvolvimento sustentável, ao deixar claro que no foco das questões ambientais encontravam-se questões centrais da economia. A questão era conciliar o equilíbrio ecológico com o desenvolvimento econômico. Conforme aduz (FRANCISCO):

Diferentemente da Conferência de Estocolmo, a Eco-92 teve um caráter especial em razão da presença maciça de inúmeros chefes de Estado, demonstrando assim a importância da questão ambiental no início dos anos 90. Durante o evento, o presidente Fernando Collor de Mello transferiu temporariamente a capital federal para o Rio de Janeiro. As forças armadas foram convocadas para fazer uma intensa proteção da cidade, sendo responsáveis também pela segurança de todo o evento.

A ECO 92 contou com a participação de 170 países e o resultado desta conferência resultou na proposição de uma agenda para o século XXI, batizada de Agenda 21, que é composta de 40 capítulos com medidas que podem servir como base para que cada país elabore o seu plano de

preservação do meio ambiente, tendo como objetivo o desenvolvimento sustentável. (FRANCISCO):

A agenda 21 consiste em um acordo realizado por 179 países para a elaboração de estratégias que objetivem o alcance do desenvolvimento sustentável. Este documento está estruturado em quatro seções: 1. Dimensões sociais e econômicas; 2. Conservação e gestão dos recursos para o desenvolvimento; 3. Fortalecimento do papel dos principais grupos sociais e 4. Meios de implantação.

Em 2002, uma nova Conferência Mundial do Meio Ambiente, a Rio + 10, ocorreu em Johannesburgo, África do Sul e serviu para constatar os pequenos avanços no combate aos problemas ambientais e para evidenciar que ainda há muito por se fazer, num contexto cada vez mais crítico. Enquanto houver a preocupação com Meio Ambiente saudável há esperança de reestruturação.

3. POLÍTICA NACIONAL DE MEIO AMBIENTE

Como já mencionado o Brasil se posicionou totalmente contra o relatório dos limites do crescimento, pois o desenvolvimento econômico constituía uma grande promessa para tirar o país do estado de subdesenvolvimento e alça-lo à categoria de estado em desenvolvimento. A conferência de Estocolmo 1972 alertou ao mundo dos efeitos da industrialização sem planejamento e deixou claro a necessidade da preservação dos recursos naturais. O Brasil em sua Constituição Federal de 1988 incluiu em seu bojo mais especificamente em seu artigo 225 (BRASIL, 1988), uma composição normativa para tutelar a Preservação Ambiental como instituto autônomo, conforme (FIORILLO, 2009):

Diante desse quadro, a nossa Carta Magna estruturou uma composição para a tutela dos valores ambientais, reconhecendo-lhes características próprias, desvinculadas do instituto da posse e da propriedade, consagrando uma nova concepção

ligada a direitos que muitas vezes transcendem a tradicional ideia dos direitos ortodoxos.

Assim sendo o artigo 225 da Constituição Federal nos traz a seguinte redação (BRASIL, 1988):

“Artigo 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida impondo-se ao poder público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Observa-se que o Brasil na Constituição Federal de 1988, mesmo contrariado o pensamento de desenvolvimento sustentável demonstrava traços de preocupação com o meio ambiente. Em janeiro de 1989, no auge das críticas nacionais e internacionais à gestão ambiental, provocadas principalmente pelas queimadas na Amazônia, o governo cria o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), o que implica uma reforma conceitual-organizacional na definição da problemática ambiental, já que pela primeira vez associa-se a proteção ambiental com o uso conservacionista de alguns recursos naturais.

Com a onda ambientalista brasileira cada vez ganhando mais espaço na mídia e conscientizando vários setores da sociedade, alguns empresários começam a dar um significativo apoio às novas organizações ambientalistas profissionais. Então em 1991 funda-se a Sociedade Brasileira para o Desenvolvimento Sustentável, reunindo empresas que pretendem pautar sua atuação pelo critério da sustentabilidade, um passo importante no desenvolvimento da responsabilidade socioambiental e seus reflexos.

Com o acontecimento da ECO-92 que se realizou na cidade do Rio de Janeiro a proteção ao meio ambiente ganhou força no território nacional que aderiu uma política ambiental mais efetiva organizando meios de fiscalização e formas de preservar os recursos naturais para estas e as futuras gerações. O resultado da ECO-92 foi a Agenda 21 e a partir daí a

legislação ficou mais específica ao sancionar leis internas que aplicavam se tanto as pessoas de direito público quanto as de direito privado que traziam em seu conteúdo punições com aplicação de multas, reparações por danos tanto para área afetada pelos impactos da exploração ambiental quanto para a sociedade. Para tanto se fez necessário pelas empresas, a adoção de medidas que organizassem o ambiente empresarial e colocasse as empresas em conformidade com as legislações ambientais, desta forma as empresas passaram a adotar o COMPLIANCE, como forma de melhorar a imagem das empresas, através de um gerenciamento com enfoque na responsabilidade socioambiental.

4. O SURTI MENTO DO COMPLIANCE E ATUAÇÃO NA ADEQUAÇÃO SOCIOAMBIENTAL

A sociedade moderna está mais atenta ao comportamento das empresas: as pessoas têm preocupações com o meio ambiente, com a segurança e com a qualidade de vida e dos produtos. Qualidade, aliás, é uma das palavras que foi assimilada pelo consumidor e que tem levado as organizações a incorporarem novos valores em seus procedimentos administrativos e operacionais. Para reforçar essa pressão social criou se o Princípio do Poluidor Pagador (PPP), em uma explicação sucinta nos fala (ANTUNES, 2004):

O (PPP), parte da constatação de que os recursos ambientais são escassos e que o seu uso na produção e no consumo acarretam a sua redução e degradação. Ora, se o custo da redução dos recursos naturais não for considerado no sistema de preços, o mercado não será capaz de refletir a escassez.

Muitas empresas, no entanto, não concordam com esta visão da influência do ambiente socioambiental no desempenho no mundo dos negócios. Para que houvesse severidade na punição (FIORILLO, 2009) nos assevera:

O ressarcimento do dano ambiental pode ser feito de duas formas. A primeira delas ocorre com o que se denomina reparação natural ou específica, em que há o ressarcimento “*in natura*”. A segunda é a indenização em dinheiro.

Em meio a necessidade de adequação das empresas com o advento da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013), que foi regulamentada pelo Decreto Federal nº 8.420/2015 (Lei anticorrupção), surge o termo COMPLIANCE que se origina do verbo inglês “to comply”, e traz consigo o significado de obediência as regras, comandos, regulamentos, em resumo seria estar em conformidade com com determinadas regras, ou seja, uma forma de as empresas organizar se internamente para não suportar multas devido a irregularidades de gestão. Conforme (ECONOMISTA, 2016):

No Brasil, a palavra “compliance”, na Lei 12.846/13 e demais diplomas legais que a regulamentaram, foi denominada “programa de integridade”, termo esse que provavelmente será utilizado em substituição ao “compliance”, mas que são sinônimos.

Com relação ao marco inicial do Compliance segundo (YAMADA e LARUCCIA):

[...]o marco inicial ocorreu em 1930 e que concebeu a fundação do BIS – Bank for International Settlements, sediado em Basileia, na Suíça, cujo principal objetivo foi buscar a cooperação entre os bancos centrais.

Em 1960, a “SEC - Securities and Exchange Commission ” passou a insistir na contratação de “Compliance Officers” para criar procedimentos internos de controles, treinar pessoas e monitorar, com o objetivo de auxiliar as áreas de negócios a ter a efetiva supervisão.

Em 1988 se iniciou a era dos controles internos e surge o “Acordo de Basileia”, constituído pelo Comitê de Basileia, no âmbito do BIS, publicando os 13 princípios concernentes à supervisão pelos administradores e cultura/avaliação de Controles Internos, tendo como fundamento a ênfase na necessidade de Controles Internos efetivos e a promoção da estabilidade do Sistema Financeiro Nacional (SFN).

Com a abertura do comércio Internacional em 1990, o Brasil buscou equiparar-se ao mercado mundial e a alta competitividade e antenados os órgãos reguladores implementaram novas regras para as empresas com finalidade de regular o mercado interno em aderência às regras internacionais.

As responsabilidades inerentes ao profissional de Compliance estão em identificar os problemas internos na área de trabalho e proporcionar um ambiente agradável e produtivo, medir as proporções do dano resultante da exploração da atividade empresarial e avaliar os riscos que tal atividade pode gerar tanto para a imagem da empresa quanto para a sociedade, e assim organizar a melhor forma amortizar os impactos negativos. (YAMADA e LARUCCIA):

Uma das responsabilidades da função é identificação, medição e avaliação do risco que está bem definido como “Compliance deve, de maneira proativa, identificar, documentar e avaliar os riscos associados à conformidade das atividades da instituição, ao de criação de novos negócios ou do relacionamento com clientes”.

Deve-se entender que o respeito às normas é fator principal para se evitar punições dos órgãos reguladores, porém, as empresas não devem somente cumprir as normas para evitar sanções, e sim cumpri-las com o ideal de contribuição social e dever cívico para com a sociedade. Dentre as responsabilidades inerentes ao Compliance, incumbe ainda zelar pelo

comportamento ético e pela conduta das pessoas da instituição, (YAMADA e LARUCCIA):

É muito comum que as instituições redijam seu código de ética e conduta sempre visando às missões, valores e visão da empresa ou instituição financeira, devido aos valores morais que cada indivíduo traz consigo e que podem ser prejudiciais.

E como não existe solução que elimine todos os riscos, eles devem ser monitorados objetivando acompanhar a exposição a riscos, mitigá-los e reduzir os seus impactos.

5. BENEFÍCIOS DO COMPLIANCE

Depois de instituído o programa de Compliance pela empresa, esta passa a possuir selos de aprovação dos órgãos reguladores nacionais, como por exemplo o ISSO 14001/2004 (Associação Brasileira de Normas Técnicas), que segundo Antonio (2013), tem por finalidade a certificação de sistemas de gestão ambiental, para empresas de qualquer setor, e tem como finalidade certificar que a empresa utiliza em suas operações o uso racional dos recursos naturais, preservação da biodiversidade, dos recursos hídricos e preservação das florestas.

É correto afirmar que estas dentre muitas certificações ambientais agregam valor nas empresas em relação a sua imagem para com os consumidores, que certamente ao adquirirem um determinado produto optam por compra-lo da empresa que exerce um papel ativo na preservação ambiental, ou seja, que lhe trará algum retorno e em benefício do meio ambiente, além de transparecer uma imagem de ética, conformidade e responsabilidade quanto a sua conduta e de seus funcionários fatores que certamente agregam maior valor.

Outro fator importante e benéfico com a adoção do Compliance, é como requisito de acesso aos mercados financeiros, principalmente nas situações em que a empresa precisa obter empréstimos sejam estes com órgãos públicos ou privados.

É certo que dentro de pouco tempo os programas de Compliance serão fator imprescindível inclusive para o acesso aos mercados de exportação, haja visto que os países desenvolvidos possuem padrões altamente exigentes e com a adoção deste programa certamente as empresas estarão perfeitamente adequadas às exigências dos mercados externos, facilitando assim a probabilidade de bons negócios para os empresários.

Contudo apresentado a respeito do Compliance cabe ressaltar que o principal benefício encontra-se no trabalho social promovido, com objetivo de prevenir a sociedade sobre a necessidade de preservar o meio ambiente para esta e as futuras gerações.

6. CONCLUSÃO

Muitas questões éticas podem envolver o comportamento das empresas quanto ao seu impacto junto ao Meio Ambiente. Parece que as organizações estão percebendo que agir com responsabilidade ambiental é vantajoso para a própria empresa, isso ocorre porque a mudança de enfoque em relação à responsabilidade ambiental pode gerar lucro para a empresa e proporcionar melhorias sociais e fortalecimento da imagem organizacional.

O que move os interesses dos acionistas é o lucro, portanto, as empresas sempre demonstram maior preocupação com a gestão dos aspectos econômicos e financeiros. A ideia de responsabilidade ambiental, esta ligada à sustentabilidade, na qual se percebe que os problemas ambientais interferem nos impactos dos negócios, e quando isso afeta os lucros a questão é repensada, e com isso as organizações empresariais começam a implantar ações ambientais. Além disso, cada vez mais o mercado e a própria legislação, exige as certificações e a responsabilidade ambiental, tanto no mercado nacional quanto internacional. Para tanto, é necessário repensar essas questões e mensurar o resultado das ações das empresas e conseqüentemente garantir uma gestão ambiental eficiente.

O maior objetivo é obter um compromisso e uma política ambiental definida para a organização. É necessário, que a política ambiental esteja espalhada por toda a empresa, ou seja, em todas as áreas administrativas e operativas, devendo estar incorporada em todos os níveis hierárquicos. É de vital importância para a organização, o compromisso em aceitar e cumprir as normas e leis que existem, pois em termos de Gestão Ambiental a adoção de um SGA (Sistema de Gerenciamento Ambiental) é voluntária, portanto nenhuma empresa é obrigada a adotar uma política ambiental ou procedimentos ambientais espontâneos, salvo em casos de requisitos exigidos por lei, como, por exemplo: licenciamento ambiental, controle de emissões, tratamento de resíduos, etc.

O estudo de caso apresentado mostra que ao implantar o programa de Compliance a empresa dá o primeiro passo na busca do desenvolvimento sustentável e da excelência ambiental, tomando as medidas necessárias em relação às questões comerciais, financeiras e jurídicas que podem influenciar na participação da empresa no mercado. Tanto do ponto de vista dos consumidores quanto da empresa, o processo de formação de estratégias ambientais consistentes evolui a cada dia sendo necessário um constante aprendizado organizacional através da qualificação de profissionais através de cursos e seminários pertinentes à área de atuação, o que os torna ainda mais capacitados para as respectivas funções. Um dos maiores desafios associados a este processo é a adaptação às regras organizacionais que tornarão a empresa mais capacitada quanto a implementação de estratégias ambientais. A difícil relação entre o meio ambiente e o mundo dos negócios, requer boas técnicas administrativas e habilidade organizacional para que as empresas alcancem o conhecimento necessário para transformar suas estratégias ambientais em vantagens competitivas e financeiras.

O objetivo maior da gestão ambiental empresarial através do programa de Compliance é a busca constante pela melhoria da qualidade do meio ambiente comum, dos produtos fabricados, dos serviços prestados, ambiente de trabalho, dos projetos sociais de conscientização e do gerenciamento de qualquer organização pública ou privada. A busca

permanente da qualidade ambiental é, portanto, um processo de constante aprimoramento pois de acordo com a política ambiental adotada pela organização e a forma com que os profissionais desenvolverão os trabalhos de gerenciamento através do Compliance é que definirá o sucesso desta, por esta razão se faz necessário o constante aprimoramento dos profissionais para que consigam caminhar em conformidade com as exigências internas e externas.

O presente artigo não pretende pôr fim a discussão do presente tema de relevante valor social, transacional e organizacional ficando passivo de questionamentos a respeito.

7. REFERÊNCIAS

GRANZIERA, Maria Luiza Machado, **Direito Ambiental**, 3º Edição., Revista e Atualizada, São Pulo, Editora Atlas, 2014.

ANTUNES, Paulo de Bessa, **Direito Ambiental**, 7ºEd., Revista, Ampliada e Atualizada, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**, 10º Ed., Revista, Ampliada e Atualizada, São Paulo, Saraiva, 2009.

CLUBE DE ROMA. **Clube de Roma e o relatório "Os limites do crescimento"**,2014
.Disponível em: <http://www.pensamentoverde.com.br/sustentabilidade/clube-roma-relatorio-limites-crescimento-1972/>. Acessado em: 30/04/2017.

FRANCISCO, Wagner de Cerqueira e. "Eco-92"; *Brasil Escola*. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/geografia/eco-92.htm>>. Acesso em: 30 de abril de 2017.

BIOMANIA, portal biológico. **Marcos da questão ambiental no Brasil**. Disponível em: <http://www.biomania.com.br/bio/?pg=artigo&cod=3777>. Acessado em 01/05/2017.

NETO, Prof. Habib J. Fraxe. **Realidade brasileira: Desenvolvimento e meio ambiente. Biomas. Infraestrutura urbana. Matriz energética**, 2013 - em: http://igepp.com.br/uploads/arquivos/igepp_-_gestor_t10_apostila_-realidade_brasileira_-_gestor_2013._meio_ambiente_habib_fraxe_150713.pdf. - 04/3/2017.

GODOY, Amália Maria Goldberg. **O que é o Clube de Roma** - em: <http://www.cmqv.org/website/artigo.asp?cod=1461&idi=1&moe=212&id=17072> - 05/05/2017.

SANTOS, Roberta Dias Sisson. **Responsabilidade Socioambiental Empresarial**, 2012 - em <http://www.autossustentavel.com/2012/03/responsabilidade-socio-ambiental.html> - 08/05/2017.

ECONOMISTA - em: <https://www.oeconomista.com.br/o-que-e-compliance-ou-programa-de-integridade/> - 08/05/2017.

YAMADA e LARUCCIA, Karen Junco e Mauro Maia. **O desenvolvimento sustentável e a gestão de compliance em instituições financeiras** - em: <http://estrategica.fAAP.br/ojs/index.php/estrategica/article/viewfile08/05/2017>.

ANTONIO, Silvio Hedges, professor de Biologia, Assessoria e consultoria em educação ambiental, resíduos sólidos e sustentabilidade empresarial. **Selos Ambientais**, 2013 - em: <https://www.ecodebate.com.br/2013/10/23/selos-ambientais-por-antonio-silvio-hedges/> - 11/05/2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL. LEI Nº 12.846, DE 01 DE AGOSTO DE 2013. **Responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou**

estrangeira. Diário Oficial, Brasília, DF, 02/08/2013 -
em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/lei-12846-2013.htm> -
26/05/2017.

MEDIDAS CAUTELARES COMO EXCEÇÃO A PRISÃO - LEI 12.403/11

RAISSA GAZETA GANDOLPHI: Bacharelanda do curso de Direito da Universidade UniBrasil. Fernandópolis.

Prof. Me **André de Paula VIANA**(Orientador)

RESUMO: A Lei 12.403/11, trouxe para o sistema processual penal a aplicabilidade de medidas cautelares diversas da prisão, tornando a prisão uma exceção e não a regra. A lei se tornou uma maneira de desafogar e tornar mais ágil o sistema judiciário, que recebe muitas críticas por sua lentidão. Entre as medidas previstas temos as prisões cautelares que são elas: a prisão temporária, prisão preventiva (observar o artigo 312 CPP, para se fazer valer) e a prisão em flagrante, como também as medidas cautelares listadas no artigo 319 do CPP. Ao consideramos a implementação da lei, é muito importante que cada caso seja analisado de maneira particular, para que não exista erros e nem se cometa injustiças. A implantação dessas medidas cautelares, vem tornando possível a ressocialização dos acusados, onde eles contam com uma opção que lhes permitem ter uma condenação mostrando ser possível se socializar novamente, ao invés desses já serem submetidos a prisão definitiva, a final é preciso levar em conta o princípio da inocência do indivíduo, onde ninguém é considerado culpado até que se prove o contrário, tendo isso, nenhum inocente deve ter o seu direito de liberdade arrancado de si.

Palavras- chave: medidas cautelares, aplicabilidade, prisão, ressocialização

Sumário: 1. INTRODUÇÃO. 2. LEI 12.403/11 – PORQUE A PRISÃO NÃO DEVE SER REGRA? 3. AS PRISÕES CAUTELARES. 3.1- PRISÃO EM FLAGRANTE. 3.2- PRISÃO PREVENTIVA. 3.3- PRISÃO TEMPORÁRIA. 4. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E SUA IMPORTANCIA. 5. MEDIDAS CAUTELARES E A RESSOCIALIZAÇÃO. 6. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O sistema penitenciário não tem se mostrado muito eficaz, bem como as muitas das penas aplicadas são equivocadas e não cumprem com o seu papel e, a partir disso, surgiu a Lei 12.403/11 que modificou importantes dispositivos do Código de Processo Penal, trouxe consideráveis avanços para o sistema, incluindo as prisões cautelares, e as medidas cautelares, que permitem ao acusado fazer o uso de um recurso diferente da prisão definitiva, havendo grande avanços para a sociedade.

O surgimento dessa lei trouxe consigo uma visão diferente para o indivíduo que pratica determinado delito, mostrou ser possível a capacidade de ressocialização, essa é a real intenção da aplicação das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, porém é algo que está caminhando aos poucos e devagar ganhando força, muitos juízes já aderiram as medidas cautelares como pena, deixando as penas privativas para serem empregadas apenas em casos de extrema importância, ou seja naqueles casos que realmente clamem por uma pena mais severa para garantir a ordem pública, econômica e natural.

O motivo da aparição da lei 12.403/11, e desde então sua utilização é uma consequência do que chamamos presunção de inocência, que nos diz que antes do trânsito julgado de uma sentença penal condenatória, ninguém deve ser remetido a cárcere.

O cárcere é uma medida que deve ser usada em último momento, onde depois de analisar todas as possibilidades e todos os requisitos para que seja efetuada uma prisão pena. Se os requisitos não ficarem nitidamente demonstrados de forma concreta, o indivíduo não deve ter sua liberdade privada.

A aplicação dessas medidas cautelares teve como objetivo além da ressocialização do indivíduo, desafogar o sistema judiciário que vinha sendo alvo de grandes críticas por parte da população, por tratar de seus processos de maneira lenta, essas medidas permitiram, um sistema mais

eficaz e ágil, trazendo grandes vantagens para todos. E com o passar dos tempos a lei será cada vez mais utilizada.

2. LEI 12.403/11 – PORQUE A PRISÃO NÃO DEVE SER REGRA?

A Lei 12.403/11 trouxe grandes avanços quando o assunto é prisão, além de modificar o Código de Processo Penal, a lei destaca a ideia de que a prisão deve ser a exceção, dando preferências às medidas cautelares diversas. Dando ênfase no princípio da presunção de inocência, ou seja, não se tem um culpado até trânsito em julgado.

Entende-se que a perspectiva da Lei, somente após a colheita de provas e demais providências necessárias, deve ser prolatada uma sentença transitada e julgada que deveria ser aplicada a prisão-pena. Porém com em via de regra temos o artigo 312 do Código de Processo Penal, que permite que para assegurar a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou, ainda, a aplicação da lei penal, autoriza-se a prender cautelarmente. Seguindo essa linha de raciocínio Nucci, nos diz que é “em caráter excepcional, buscando-se assegurar o curso do processo, sem qualquer deturpação, além de propiciar, em situações específicas, segurança à sociedade, pode-se decretar a prisão cautelar”(NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. 4. Ed. Rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014).

Outro fator que interfere na ideia de uma prisão provisória é a mídia, tendo em vista que quando o fato é midiático, tomando uma ampla amplitude, atingindo com complexidade a população recorre-se a prisão, visando dar uma rápida, porém falsa resposta a população.

O poder judiciário brasileiro muitas vezes prende para apurar, ao invés de apurar para prender, situação essa que vem sendo objeto de muita crítica.

Para tentar sanar esse problema é que a LEI 12.403/11 trouxe para o legislador as medidas cautelares diversas da prisão, localizadas no artigo 319 do Código de Processo Penal, que diz;

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Sendo assim, só se deveria mandar o acusado para a prisão, quando não fosse possível aplicar nenhuma dessas medidas cautelares, ou seja, em casos de extrema necessidade. Destacando que a prisão é a exceção, tendo como regra a liberdade. Os tribunais têm se mostrado favoráveis a aplicação da Lei 12.403/11, em busca de dar maior efetividade as medidas cautelares.

Assim, confira-se:

Com o advento da Lei 12.403/2011, o poder judiciário passou a contar com mecanismos diversificados para a preservação da ordem pública e da efetividade de suas decisões, traduzidos no elenco de outras medidas cautelares, que podem substituir a ordem prisional, oferecendo soluções mais adequadas ao caso concreto. (HC 0044260-46.2012.8.19.0000-MG, 1ª Câmara Criminal, rel. Antônio Jayme Boente, 27.08.2012).

A prisão cautelar, não tem como objetivo acalmar o desespero da sociedade, muito menos, servir como sinal de eficiência do judiciário. Tal medida deve ser utilizada somente na hipótese de ineficiência das cautelares diversas da prisão, tendo-se como critérios os legais, e jamais o que vem sendo divulgado pela mídia como infelizmente tem-se visto.

Acreditando-se, que a prisão é a exceção, e a liberdade é a regra, só se optará pelo isolamento processual quando as medidas cautelares diversas da prisão não forem o bastante às exigências do caso concreto.

3. AS PRISÕES CAUTELARES

A prisão pena se diferencia da prisão provisória ou cautelar, pelo fato de já ter existido a acusação formal, já houve a produção de provas pelas partes com o pronunciamento do magistrado, através de sua sentença, por assim estarem presentes a autoria e materialidade delitativa, condenando-o o réu ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime inicial fechado e sendo o réu agora submetido às regras e direitos constantes na Lei 7.210/84. Entende-se assim que a prisão pena não é considerada cautelar ou provisória, pois, nasceu de uma sentença penal condenatória.

Com relação à prisão cautelar Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 68) ensina:

“Prisão cautelar, provisória, processual ou sem pena: tem como subespécies a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária. Com a reforma de 2008 (Lei 11.689/2008 e a Lei 11.719/2008), foram expressamente extintas as prisões decorrentes de pronúncia e de sentença condenatória recorrível, outrora prevista como espécies autônomas de prisão cautelar.”

A prisão cautelar deve ser decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória com o objetivo de assegurar a eficácia das investigações e também da ação penal.

O Código de Processo Penal trouxe como prisões cautelares a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária, sendo as duas primeiras decorrentes do próprio Código de Processo Penal em seus artigos 301 e 311 e a última através de legislação especial, Lei 7.960/89.

3.1- PRISÃO EM FLAGRANTE

A expressão flagrante delito quer dizer que o crime está sendo cometido naquele momento, parte da doutrina tem se referido ao flagrante como sendo a certeza visual do crime.

Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 187) a define como sendo uma medida de autodefesa da sociedade, resultante da segregação cautelar daquele que é surpreendido nas hipóteses de flagrância e lembra a

desnecessidade da ordem judicial. O art. 302 do Código de Processo Penal enumera as quatro situações em que ocorre a situação flagrancial:

“Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.”

Os dois primeiros incisos são denominados como flagrante próprio, o terceiro inciso como impróprio e o quarto como presumido. Vale ressaltar que essa modalidade de prisão cautelar, pode ser praticada por qualquer indivíduo da sociedade, conforme prevê o artigo 301 do Código de Processo Penal.

Vejam os exemplos de prisão em flagrante:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO
ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO
ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE
ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE
CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO
FUNDADA NO ART. [312](#) DO [CPP](#). QUANTIDADE E
NATUREZA DA DROGA APREENDIDA.
CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO EM FLAGRANTE.
RISCO DE CONTINUIDADE NA ATIVIDADE
ILÍCITA. PERICULOSIDADE SOCIAL. GARANTIA
DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA
FUNDAMENTADA E NECESSÁRIA. MEDIDAS
CAUTELARES DIVERSAS. INSUFICIÊNCIA.
COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. O Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na [Constituição](#) e na Lei [8.038/90](#), passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso

ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvada a existência de flagrante ilegalidade, a autorizar a possibilidade atuação de ofício.

2. Não há ilegalidade na manutenção da prisão preventiva quando justificada, com base em fatores concretos, na necessidade de preservação da ordem e saúde pública, vulneradas ante a gravidade da conduta incriminada e o risco concreto de continuidade na atividade ilícita.

3. A quantidade, a natureza mais nociva e a forma fracionada como estava acondicionada a cocaína capturada com os acusados - 63 eppendorfs de cocaína -, bem como as circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante - efetivada em local conhecido como ponto de venda de drogas e após certo período de observação policial do movimento típico do narcotráfico realizado pelos réus -, são fatores que indicam a dedicação à traficância e, conseqüentemente, a sua periculosidade efetiva, autorizando a constrição.

4. Não há como, em sede de habeas corpus, concluir que os denunciados serão beneficiados com a aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, ou mesmo com a substituição da pena corporal por restritivas de direito.

5. Concluindo as instâncias ordinárias pela imprescindibilidade da preventiva, a bem da ordem pública, resta clara a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão.

6. Habeas corpus não conhecido.

Nesse caso temos um pedido de Habeas Corpus impetrado em face de uma prisão em Flagrante. O HC, não foi reconhecido pelo fato de não se encontrar ilegalidade na prisão, tendo em vista que é um flagrante de Drogas, convertido em prisão preventiva e por estar presentes os requisitos necessários para a prisão, como: a preservação da ordem e

saúde pública, como também o risco iminente da continuidade da prática do delito, sendo totalmente legal a prisão.

3.2- PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é a mais importante modalidade de prisão cautelar, pois ela trata da necessidade estatal de encarcerar o investigado ou denunciado, através de critérios legais que entende adequado aos casos em concreto.

Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 247) traz o seguinte conceito:

“Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações e processo criminal (nesta hipótese também poderá ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319).”

O artigo 313 do Código de Processo Penal admite a prisão preventiva para crimes que, por sua natureza, quantidade da pena máxima, condições pessoais do agente ou qualidades da vítima, são compatíveis com a custódia cautelar preventiva (Rogério Sanches Cunha - 2011, p. 148).

Os requisitos e pressupostos para a conversão de uma prisão em flagrante em preventiva, bem como para o seu decreto, se encontram presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal:

“Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”

A prisão preventiva se tornou tão importante que o juiz ao proferir sua sentença penal deverá dar ou não ao condenado o direito de apelar em liberdade.

A seguir se tem uma Jurisprudência, do dia vinte e seis de abril de dois mil e sete, julgada pelo STF:

STF - HABEAS CORPUS HC 90862 SP (STF)

Data de publicação: 26/04/2007

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FUNDAMENTOS VINCULADOS A PRESUNÇÕES E CONSIDERAÇÕES SUBJETIVAS. INIDONEIDADE.

A prisão preventiva, como exceção à regra da liberdade, somente pode ser decretada mediante demonstração cabal de sua real necessidade. Presunções e considerações abstratas a respeito do paciente e da gravidade do crime que lhe é imputado não constituem bases empíricas justificadoras da segregação cautelar para garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, nem por conveniência da instrução criminal. Ordem concedida.

O Habeas Corpus em análise foi reconhecido, revogando a prisão preventiva, por esta se embasar apenas em suposições abstratas, não houve um fato concreto para demonstrar a real gravidade do crime, deixando assim de apresentar os requisitos necessário, como por exemplo, conveniência da instrução criminal, ou seja, não tendo os requisitos, a prisão preventiva se torna ilegal, devendo ser concedido o Habeas Corpus.

3.3- PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária encontra-se na Lei 7.960/89, sendo regida pelo princípio da especialidade. Contudo, com o advento da Lei 12.403/11, que alterou vários dispositivos processuais penais, relacionados a prisão, alguns aspectos merecem ser destacados.

Sua finalidade é garantir a investigação preliminar, ou seja, é uma prisão que só pode ser utilizada na fase de inquérito policial.

“A prisão temporária está prevista na Lei 7.960/89 e nasce logo após a promulgação da Constituição de 1988, atendendo à imensa pressão da polícia judiciária brasileira, que teria ficado “enfraquecida” no novo contexto constitucional diante da perda de alguns importantes poderes, entre eles o de prender para “averiguações” ou “identificação” de suspeitos.” (Aury Lopes Jr - 2012, p. 876)

No artigo 1º da referida lei, temos as hipóteses de cabimento da prisão temporária que são elas: quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade e quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal,

Por ser a única prisão que dispõe de um prazo predeterminado para sua manutenção, que é de 5 dias para crimes comuns, e 30 para crimes hediondos voltado à fase preliminar de investigação, no final desse prazo, caso a medida não seja efetivada como prisão preventiva, deverá o indiciado ser colocado em liberdade imediatamente, sob pena de sofrer constrangimento ilegal em seu direito de ir e vir, podendo ser impetrado ordem de habeas corpus, em seu favor por se tratar de coação ilegal e total agressão no seu direito de liberdade.

4. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E SUA IMPORTANCIA

As medidas cautelares são de grande importância, tanto é que o legislador em seu primeiro artigo do Código de Processo Penal que trata das prisões afirmou que as mesmas deverão ser aplicadas:

“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos

expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).”

Observando o artigo, nota-se que a aplicação das medidas cautelares, são importantes no sistema penal e processual penal brasileiro e deixou ao magistrado a função dessa aplicação como deveria ser mesmo, já que cabe a ele a interpretação e análise do caso em concreto.

5. MEDIDAS CAUTELARES E A RESSOCIALIZAÇÃO

A Lei 12.403 de 2011, foi criada para amenizar o problema de superlotação nas penitenciárias brasileiras, em face de solucionar esse problema, ela prevê a pena a pena privativa de liberdade como *ultima ratio*. Com a explicação de que as penas privativas não ressocializam.

Com isso a lei apresenta diversas medidas cautelares, criadas para garantir o devido processo legal, garantindo que a prisão por si só é o suficiente, é só uma maneira de aplicar a pena mais grave que o ordenamento apresenta, seu deferimento deverá preencher um maior número de requisitos e cautelas.

A lei também inovou ao exigir que o juiz ao receber auto de prisão, deverá analisar a necessidade deste indivíduo continuar preso, e provando não ser cabível a aplicação de nenhuma das medidas cautelares. Isso auxiliará para que pequenos delitos, não sejam tratados como os crimes mais graves, evitando assim um abuso de autoridade, e uma injusta pena privativa de liberdade.

As medidas cautelares servem como período de prova, de modo que se forem descumpridas será decretada a prisão, muito mais razoável que as medidas processuais sejam gradativas e diante dos requisitos legais, primeiro seja aplicada a medida mais branda e com ela faz-se a real dosimetria do quantum de restrição que é necessário ao ajustamento da conduta daquele indiciado.

Segundo o Dr. Ali Mazloum:

“A Lei 12.403/2011 constitui, sem dúvida alguma, um avanço e importante instrumento de Justiça. Caberá ao Poder Judiciário traçar estratégias e aplicá-las com vontade e criatividade, para dela extrair o máximo de efetividade. Não se deve aguardar por ações de outros órgãos ou instituições. A nova lei, enfim, poderá mudar a cara e a imagem da Justiça Criminal, que ainda deve à sociedade

presença mais marcante com o fito de desestimular a crescente criminalidade e acabar com o sentimento de impunidade que grassa no país”. (ALI MAZLOUM é juiz federal em São Paulo, especialista em Direito Penal e professor de Direito Constitucional. <http://www.conjur.com.br/2011-jun-13/lei-prisao-cautelar-mudar-feicao-judiciario>).

A ressocialização deve ser preocupação primordial, e o sistema prisional repensado. A evolução social do país deve acompanhar a econômica, acarretando a redução dos índices de marginalidade e violência, os condenados devem ser conscientizados da importância que têm para o país, como mão de obra, como cidadãos e que em nada lhes favorece a vida do crime.

6. CONCLUSÃO

As mudanças feitas pela Lei 12.403/11, vieram na intenção de modificar, reformar o sistema judiciário brasileiro, mudança essa que veio para melhorar.

As medidas cautelares diversas da prisão tem por finalidade a liberdade, onde não se deve manter um acusado sob pena restritiva de liberdade, se nesse caso em concreto puder ser aplicada, umas dessas medidas, que se encontram no artigo 319 do Código de Processo Penal. Sua aplicação deve ser analisada caso a caso.

Além das medidas cautelares, temos as prisões cautelares, que permitem assegurar a ordem pública, econômica entre outros fatores, que podem e devem ser empregadas antes da prisão pena, fazendo com que assim, possa se concluir as investigações, e declarar um culpado, após concluir e apurar os fatos.

São de grande importância pois evita que um inocente seja privado da sua liberdade, os tribunais brasileiros cada vez mais vêm adotando essas medidas como regra, colocando a prisão realmente como um caso de exceção.

REFERÊNCIAS

NUNES, F.M.B., Lei 12.403/11, Liberdade como regra, prisão como exceção, disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=14873

SAIBRO, H., Atenção Juiz: prisão é a exceção, disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/atencao-juiz-prisao-e-a-excecao/>

SANTOS, R.B., As medidas cautelares alternativas a prisão e o fim da bipolaridade prisão-liberdade, disponível em:

http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15917

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 308659 SP 2014/0292807-0. Relator: Ministro Jorge Mussi. São Paulo, SÃO PAULO, 04 de Março de 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178159895/habeas-corporus-hc-308659-sp-2014-0292807-0>

Brasil. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus 90862 SP. Apelante: Ivaldir De Souza, Eugênio Carlo Balliano Malavasi. Apelado: Superior Tribunal De Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. São Paulo, SÃO PAULO, 3 de Abril de 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729099/habeas-corporus-hc-90862-sp>

JOSÉ GIACOMOLLI, Nereu. Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere, São Paulo: Marcial Pons Editora do Brasil LTDA, 2013.

TÁVORA, Nestor, VELHO PACHECO FILHO, Vilmar. Exame de Ordem: Direito Processual Penal. Curitiba: Iesde Brasil S.A, 2011.

AS REPERCUSSÕES DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 848826/DF PARA O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

GERALDO UCHÔA DE AMORIM JÚNIOR: Servidor público do Ministério Público do Estado do Amazonas. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas.

RESUMO: O objeto de análise do presente estudo é a discussão acerca da decisão proferida no Recurso Extraordinário N.º 848826/DF, em que o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que as contas de gestão dos Prefeitos, na qualidade de ordenadores de despesas, estão submetidas ao controle e julgamento da Câmara de Vereadores, discutindo-se se houve indevida violação às competências constitucionais dos Tribunais de Contas. O trabalho inicia com a especificação das atribuições do Poder Executivo, suas competências política e administrativa, a interação entre as funções estatais básicas e dando especial ênfase ao princípio da separação dos poderes adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Esmiúça-se as atribuições dos Tribunais de Contas, as posições doutrinárias sobre a matéria e a evolução na jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre a temática. Aborda-se sobre a diferenciação entre contas de governo e contas de gestão, o entendimento clássico sobre a matéria e posiciona-se criticamente sobre o julgamento do Pretório Excelso.

PALAVRAS-CHAVE: Administrativo. Controle. Gestor. Jurisprudência.

SUMÁRIO: 1 Introdução 2 A definição jurídica de contas de governo e contas de gestão 3 Modificação da decisão do Supremo Tribunal Federal e suas repercussões jurídicas e práticas 4 Considerações Finais 5 Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho almeja proporcionar à comunidade jurídica uma nova visão acerca do controle da Administração Pública em âmbito municipal, ao destacar o resultado do julgamento do Recurso Extraordinário N.º 848826/DF e do RE N.º 729744, ambos com repercussão geral reconhecida que possuíam como objeto a definição do

órgão competente para realizar o julgamento de contas de gestão, ordenamento de despesas, tendo como paciente os prefeitos.

A atuação da Administração Pública, em especial quanto a atos administrativos que utilizem recursos públicos, sofre fiscalização direta do Poder Legislativo auxiliado pelo Tribunal de Contas, conforme determina o art. 70 e 71 da Constituição Federal.

Em regra, o Poder Executivo, em sua função típica de administrar, pode apresentar duas “contas” (resultados a serem apreciados pelo Legislativo), quais sejam, as de governo e as de gestão.

As contas de governo se relacionam diretamente com o desempenho da atuação do chefe do Poder Executivo dentre de sua atuação política, demonstrando, por exemplo, o cumprimento das leis orçamentárias (Lei Orçamentária Anual, Lei de Diretrizes Orçamentária e Plano Plurianual). Mais especificamente há de ser conferida de que forma o chefe do Executivo direcionou a Administração direta, seja na contraposição de matérias orçamentárias, seja na execução de planos de governo, de programas e políticas públicas, demonstrando-se, ao final, a real situação financeira e patrimonial do ente, bem como o cumprimento de metas fiscais.

Através de Cartilha do Tribunal de Contas do Estado do Piauí^[1], é possível elencar alguns dos instrumentos a serem analisados pela Casa Legislativa respectiva: balanços gerais, leis orçamentárias, relatórios, demonstrativos e etc.

Nesta seara prevalece um juízo político de afinidade entre plano de governo e medidas adotadas (atos administrativos em sentido amplo), sendo competente para seu julgamento do respectiva ente legislativo, posteriormente ao parecer (obrigatório e não vinculante) do Tribunal de Contas, conforme determina o art. 71, I, da Constituição Federal.

Na Cartilha supracitada, indicam-se alguns documentos hábeis a comprovar a idoneidade das contas de gestão, ao se apresentar a efetiva utilização de verbas públicas, através de notas de empenho, ordens de pagamento, comprovantes de despesas, processos licitatórios, contratos e atos administrativos, extratos bancários, folhas de pagamento, entre outros.

Enaltece-se justamente a diferença entre os conteúdos analisados para que se perceba o juízo altamente técnico a ser exercido pelo Tribunal de Contas ao se deparar com a malversação de recursos públicos. Emite-se parecer baseado não apenas em aspectos jurídicos, mas se inter-relacionam searas de conhecimentos distintas tais como contabilidade e administração.

As contas de gestão, diferentemente, possuem vínculo com a ordenação de despesas, emprego efetivo dos recursos públicos, em sua feição de administrador público. Não se trata da análise do cumprimento dos limites e metas globais das leis orçamentárias do chefe do Poder Executivo (função política), mas sim dos atos administrativos individualmente discriminados para fins de controle contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial. Destaca-se que há de se perquirir acerca da legalidade do processamento das despesas, a regularidade de atos e contratos administrativos e a economicidade e destinação de tais verbas públicas.

Há que se ressaltar que no âmbito federal, estadual e até mesmo municipal, em capitais de cidades ou centros urbanos estruturados, a discussão sobre as diferenças entre as referidas contas não gera grandes reflexos práticos, haja vista que ocorre uma descentralização de funções, cabendo a secretários municipais atuarem como administradores públicos e ordenadores de despesas (contas de gestão) e ao prefeito a função política de administração do ente (contas de governo).

Porém, uma parcela significativa dos municípios, pequenos centros que dependem majoritariamente do auxílio federal e estadual, ambas as funções são desempenhadas pelos prefeitos. Nestes casos indaga-se sobre o controle administrativo de tais atos, se estariam sujeitos a análise da respectiva Casa Legislativa, em decorrência da soberania popular (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal), ou do Tribunal de Contas respectivo, em seu mister constitucional de “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros”, conforme art. 71, II, da Carta Magna.

A responsabilidade de fiscalização dos prefeitos tem assento constitucional no art. 31, e seus parágrafos da Carta Magna, em que se prevê um quórum especializado para que a Câmara Municipal possa

indeferir parecer emitido pelo Tribunal de Contas competente sobre “as contas que o Prefeito deve anualmente prestar”.

Historicamente a doutrina e a jurisprudência se posicionavam no sentido de que, com base no art. 71, II, da Carta Magna, o julgamento da regularidade de tais despesas seria encargo do Tribunal de Contas respectivo, sem a interferência do Poder Legislativo. Entretanto, em julgado recente e paradigmático do Supremo Tribunal Federal, RE N.º 848826/DF, o Plenário, em apertada votação, 6 (seis) votos a 5 (cinco), decidiu que a apreciação das contas de prefeito, seja de governo ou de gestão, deve ser exercida pela Casa Legislativa local, sendo auxiliada pelo Tribunal de Contas do Estado.

2 A DEFINIÇÃO JURÍDICA DE CONTAS DE GOVERNO E CONTAS DE GESTÃO

O presente artigo tem como finalidade precípua a instrução acerca das contas de governo e das contas de gestão, destacando o entendimento clássico acerca do órgão competente para seu julgamento, quando do âmbito municipal, e o novo, e polêmico, posicionamento do Supremo Tribunal Federal proferido no Recurso Extraordinário N.º 848826/DF, proferido em sede de repercussão geral pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

Traz-se breve adendo referente ao direito positivado pelo Novo Código de Processo Civil (NCPC) quanto à matéria. O NCPC, de 16 de março de 2015, inovou no tratamento conferido às decisões em sede de repercussão geral. O entendimento clássico é de que recursos extraordinários, em regra, possuem efeito *inter partes*, não se podendo cogitar numa mutação constitucional que permita que o dispositivo de tais decisões sejam extensíveis *erga omnes* (conforme já se posicionou o Supremo Tribunal Federal).

O NCPC, não desatento à matéria, trouxe novo instrumento jurídico para preservação da competência dos tribunais, em especial os superiores, tendo como primado os princípios da razoável duração do processo e da celeridade, qual seja, a reclamação, previsto no art. 988 e seguintes do NCPC. Tratando-se de repercussão geral, fazendo paralelo com o §5º,

inciso II, do referido artigo, é cabível reclamação quando se violar dispositivo proferido em sede de repercussão geral. Assim o sendo, quanto ao objeto do presente estudo, a matéria encontra-se pacificada, apesar de divergências, cabendo reclamação no caso de seu descumprimento.

Retomando a temática, compete ao Chefe do Poder Executivo, com fundamento no art. 84, XXXIV, da Carta Magna, prestar anualmente ao Congresso Nacional as contas referentes ao exercício anterior, havendo, pelo princípio da simetria, obrigação idêntica ao demais chefes do executivo em âmbito estadual, distrital e municipal. Trata-se de obrigação personalíssima do Presidente da República, Governador de Estado e Prefeito de Município, uma vez que eventual responsabilização sob a malversação do erário recairá sobre este agente, e não ao respectivo ente. Trata-se de obrigação *ex lege*, ou seja, decorrente de comando constitucional cogente.

Sendo assim, explana FURTADO (link disponível em <http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/viewFile/438/488>) que a diferenciação entre a responsabilidade do Chefe do Executivo e a do ente político é essencial para se compreender corretamente situações corriqueiras na Corte de Contas, conforme trecho abaixo:

Mas será essa discussão apenas uma quimera jurídica? Claro que não. Incompreensões dessa natureza têm, no âmbito dos Tribunais de Contas, dificultado a fixação do rito necessário para a condução do processo de contas; são comuns os pedidos de anulação de processo de contas anuais em face de remessa via postal de citações de ex-prefeitos para apresentação de defesa encaminhadas para a sede da prefeitura. No lado dos jurisdicionados, é habitual a incidência de erros nas relações processuais com as Cortes de Contas; é frequente o fato de advogados e contabilistas receberem procuração do município para defender os interesses do prefeito no processo de contas anuais. Esse documento não presta. Imagine como ficaria a

situação dessa procuração com o final do mandato do prefeito; quem deve passar a procuração para atuar no processo de contas é a pessoa física do prefeito, ou do ex-prefeito, e não o município. O mandato passa; a titularidade e a responsabilidade pelas contas ficam.

Quanto ao regime de prestação de contas é possível se delinear o que se convencionou interpretar como: i) contas de governo, referentes à gestão político do chefe do Executivo. Neste, por força do art. 71, I, da Constituição Federal, incorre-se em julgamento perpetrado pelo Congresso Nacional, auxiliado pela Corte de Contas; ii) contas de gestão, as quais aduzem ao julgamento, prestados pelo agente ou inquiridas pela Corte de Contas, quanto a utilização de verbas públicas. Neste caso, em âmbito administrativo, o Tribunal de Contas profere decisão definitiva (passível de intervenção judicial caso se constate ilegalidade), tendo eficácia de título executivo extrajudicial (art. 71, §3º, em conjunto com art. 71, II, ambos da Carta Magna). O fim último desta análise é a reparação pelo malversação dos recursos públicos, tanto quanto ao caráter indenizatório, quanto no âmbito punitivo.

As contas de governo são caracterizadas pela avaliação, em nível global, da gestão do Chefe do Poder Executivo. Não se restringe à legalidade de cada ato individual exercido por este agente, mas, sim, a avaliação, respaldada na competência oriunda da legitimidade popular e da Carta Magna, das funções de planejar, organizar e dirigir as políticas públicas. Tais critérios tem como base inicial as leis orçamentárias (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual). Segue-se, portanto, uma função macro de desempenho do chefe do Poder Executivo e seus reflexos no campo orçamentário, financeiro e patrimonial da nação.

Preleciona FURTADO (2007, pág. 109) que à Corte de Contas incube a instrução de um processo visando a demonstrar “a harmonia entre os programas previstos na lei orçamentária, o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias”, utilizando o que os integrantes da Corte de Contas elencam como “auditoria operacional”. Há, também, uma avaliação

acerca do desenvolvimento do ente em questão no campo fiscal, em especial em áreas-chave como educação, saúde, segurança e emprego. Também será dissertado acerca do cumprimento dos limites previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Importante destacar que o julgamento das referidas contas de governo é enquadrado como ato composto, em que se depende da manifestação de dois órgãos distintos. Porém, o parecer emitido pela Corte de Contas é meramente instrumental, ou seja, a conclusão de sua análise não possui caráter vinculante quanto à decisão do Legislativo, visto que cabe a esta a competência de julgamento final sobre a matéria. Esclarece-se que adota-se no presente trabalho o entendimento de que a emissão de parecer prévio, ainda que não seja ato vinculante, é imprescindível para o julgamento de contas do chefe do Poder Executivo, não se podendo realizá-lo pela simples omissão da Corte de Contas (haveria a necessidade do Legislativo intimar o Tribunal de Contas a se manifestar no processo em epígrafe).

Ressalta-se o já comentado art. 31, §2º, da Constituição Federal, o qual determina expressamente que o parecer emitido pela Corte de Contas, quanto as contas de governo no âmbito municipal, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal. Destaca-se que nos entes estaduais e federal serão decididas por maioria simples de votos, presente a maioria absoluta de seus membros (isto numa interpretação do art. 47, da Carta Magna, o qual prevê que as deliberações de cada Casa do Congresso Nacional e de suas Comissões (e, novamente, utilizando o já exaustivamente explanado princípio da simetria, tal regra é obrigatória no âmbito estadual).

O julgamento efetuado pela Corte, conforme determina os princípios e garantias constitucionais elencados no art. 5º da Constituição Federal, incisos, LIV e LV, não prescindem da observância do contraditório e da ampla defesa, bem como a motivação, ou seja, exposição dos fatos, do direito e do juízo de conveniência política para que, caso haja descumprimento de paradigmas assecuratórios, seja possível a invocação do Poder Judiciário. Ademais, o julgamento favorável na Casa Legislativa não possui o condão de desonerar o chefe do Executivo de eventuais

sanções na esfera penal, civil ou administrativa, tendo em vista a independência entre as referidas instâncias.

As contas de gestão, de outra monta, encontram seu fundamento de validade no art. 72, II, da Carta Magna, ao tratar sobre a competência do tribunal de Contas da União de julgar todo o dispêndio de administradores públicos, seja da administração direta ou indireta, sendo este poder-dever extensível aos Tribunais de Contas Estaduais. FURTADO (2007, pág. 72) cita os seguintes exemplos para clarear a temática:

Arrecadação de receitas e ordenamento de despesas, admissão de pessoal, concessão de aposentadoria, realização de licitações, contratações, empenho, liquidação e pagamento de despesas. As contas podem ser prestadas ou tomadas, conforme sejam apresentadas pelo responsável ou constituídas em procedimentos efetivados pela própria administração ou pelo Tribunal de Contas.

As contas de gestão diferem das de governo visto que aquelas analisarão minuciosamente cada ato administrativo referente à gestão contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do ente, valorando-se por critérios técnicos de legalidade, legitimidade e economicidade. Nesta avaliação foca-se na identificação de eventuais atos lesivos ao erário, constituído, principalmente, na malversação dos recursos públicos.

Podem ser citados os seguintes atos normativos, quanto ao âmbito municipal, como parâmetros de controle: a própria Constituição Federal, a Constituição do Estado (desde que não implique em regra desarrazoada que tolha a autonomia municipal – configurando-se em hipótese de intervenção federal por violação a princípio sensível), a Lei Orgânica do Município, as leis que tratam sobre finanças pública, Lei N.º 4.320/64 e Lei Complementar N.º 101/2000, a lei de licitações, Lei N.º 8.666/93, e todas as demais normas atinentes ao controle de legalidade, legitimidade e economicidade que permitam averiguar se o emprego de verbas públicas não seguiu os ditames vigentes no arcabouço jurídico.

Antes de adentrar no efeitos jurídicos do julgamento do Tribunal de Contas é importante reforçar a distinção entre esta e conta de governo. Utilizando-se da jurisprudência, fonte principal de pacificação social e da resolução de contendas em caráter definitivo, e baseando especificamente no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, acórdão abaixo, pode-se aferir que existe nítida diferenciação de controle entre as contas de governo e contas de gestão, possuindo, cada uma, suas peculiaridades.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATOS PRATICADOS POR PREFEITO, NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E GESTORA DE RECURSOS PÚBLICOS. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. NÃO SUJEIÇÃO AO DECISUM DA CÂMARA MUNICIPAL. COMPETÊNCIAS DIVERSAS. EXEGESE DOS ARTS. 31 E 71 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os arts. 70 a 75 da Lex Legum deixam ver que o controle externo – contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial da administração pública é tarefa atribuída ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas. O primeiro, quando atua nesta seara, o faz com o auxílio do segundo que, por sua vez, detém competências que lhe são próprias e exclusivas e que para serem exercitadas independem da interveniência do Legislativo. O conteúdo das contas globais prestadas pelo Chefe do Executivo é diverso do conteúdo das contas dos administradores e gestores de recurso público. As primeiras demonstram o retrato da situação das finanças da unidade federativa (União, Estados, DF e Municípios). Revelam o cumprir do orçamento, dos planos de governo, dos programas governamentais, demonstram os níveis de endividamento, o atender aos limites de gasto mínimo e máximo previstos no ordenamento para saúde, educação, gastos com pessoal. Consubstanciam-se,

enfim, nos Balanços Gerais prescritos pela Lei 4.320/64. Por isso, é que se submetem ao parecer prévio do Tribunal de Contas e ao julgamento pelo Parlamento (art. 71, I c./c. 49, IX da CF/88). As segundas – contas de administradores e gestores públicos, dizem respeito ao dever de prestar (contas) de todos aqueles que lidam com recursos públicos, captam receitas, ordenam despesas (art. 70, parágrafo único da CF/88). Submetem-se a julgamento direto pelos Tribunais de Contas, podendo gerar imputação de débito e multa (art. 71, II e § 3º da CF/88). Destarte, se o Prefeito Municipal assume a dupla função, política e administrativa, respectivamente, a tarefa de executar orçamento e o encargo de captar receitas e ordenar despesas, submete-se a duplo julgamento. Um político perante o Parlamento precedido de parecer prévio; o outro técnico a cargo da Corte de Contas. Inexistente, in casu, prova de que o Prefeito não era o responsável direto pelos atos de administração e gestão de recursos públicos inquinados, deve prevalecer, por força ao art. 19, inc. II, da Constituição, a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo da Corte de Contas dos Municípios de Goiás. Recurso ordinário desprovido. (STJ - RMS: 11060 GO 1999/0069194-6, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 25/06/2002, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 16/09/2002 p. 159)

Ademais, nos termos da Súmula N.º 90 do Tribunal de Contas da União o julgamento favorável das contas de governo do Presidente da República (utilizando-se do princípio da simetria aos Governadores e prefeitos), através de parecer prévio da Corte de Contas e aprovação pelo Congresso Nacional, não isentam o agente à avaliação de bens, valores e dinheiros, por intermédio do Sistema de Administração Financeira,

Contabilidade e Auditoria, para apurar eventuais irregulares. Trata-se, novamente, do princípio da independência entres instâncias de julgamento.

3 MODIFICAÇÃO DA DESIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS E PRÁTICAS

Importante distinguir que o Supremo Tribunal Federal possuía o entendimento de que as contas de gestão, ao contrário das contas de governo, não estariam submetidas à aprovação do Legislativo, justamente pela competência inculpada no art. 71, II, da Carta Magna, conforme se depreende do julgado colacionado abaixo:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Constituição do Estado do Tocantins. Emenda Constitucional nº 16/2006, que criou a possibilidade de recurso, dotado de efeito suspensivo, para o Plenário da Assembleia Legislativa, das decisões tomadas pelo Tribunal de Contas do Estado com base em sua competência de julgamento de contas (§ 5º do art. 33) e atribuiu à Assembleia Legislativa a competência para sustar não apenas os contratos, mas também as licitações e eventuais casos de dispensa e inexigibilidade de licitação (art. 19, inciso XXVIII, e art. 33, inciso IX e § 1º). 3. A Constituição Federal é clara ao determinar, em seu art. 75, que as normas constitucionais que conformam o modelo federal de organização do Tribunal de Contas da União são de observância compulsória pelas Constituições dos Estados-membros. Precedentes. 4. No âmbito das competências institucionais do Tribunal de Contas, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a clara distinção entre: 1) a competência para apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, especificada no art. 71, inciso I, CF/88; 2) e a competência para julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, definida no art. 71,

inciso II, CF/88. Precedentes. 5. Na segunda hipótese, o exercício da competência de julgamento pelo Tribunal de Contas não fica subordinado ao crivo posterior do Poder Legislativo. Precedentes. 6. A Constituição Federal dispõe que apenas no caso de contratos o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional (art. 71, § 1º, CF/88). 7. Ação julgada procedente. (STF - ADI: 3715 TO, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 21/08/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

No presente julgamento, o Ministro Gilmar Mendes realçou a atribuição constitucional da Corte de Contas em julgar os demais ordenadores de despesas. Neste voto, apesar de não se citar especificamente a diferenciação entre as contas de governo e de gestão, indicava-se o entendimento pela autonomia do Tribunal de Contas em julgar a referida matéria no caso do chefe do Poder Executivo enquadrar-se no conceito de ordenador de despesas.

Ordenador de despesas, segundo ensina LIMA (2015, pág. 484), é toda autoridade que pratique atos concretos de empenho, de autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio dos recursos públicos, havendo a necessidade de submissão a auditorias internas (órgão de Controle Interno) que será remetido à Corte de Contas competente, nos termos dos arts. 80, §1.º e 81, *caput*, ambos do Decreto-Lei N.º 200/67.

Conforme dispõe o modelo adotado pelo Tribunal de Contas da União, art. 16 da Lei N.º 8443/92, existem três desdobramentos oriundos da análise das contas de gestão: aprovação regular, regular com ressalvas ou irregular. Regulares são as contas que informam, de forma objetiva e clara, o cumprimento dos critérios contábeis atinentes a legalidade, legitimidade e a economicidade. As regulares com ressalvas, de outra monta, compõem-se da existência de impropriedade ou falta de natureza formal que não se configure em danos ao erário. As irregulares quando,

nas hipóteses abaixo listadas, ocorrer violação material dos comandos normativos, resultando no prejuízo à Fazenda Pública.

Art. 16. As contas serão julgadas:

I - regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;

II - regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário;

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

a) omissão no dever de prestar contas;

b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;

c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;

d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

As consequências previstas na Carta Magna são: i) a imposição de multa, não obstante eventual condenação prevista em demais atos normativos; ii) assinar prazo para que o gestor adote as providências necessárias à resolução da causa (art. 71, IX, da Constituição Federal); iii) representação ao Poder competente para que apure as irregularidades.

O ponto chave do presente estudo é a situação de que irá julgar prefeito, ordenador de despesas, que logo, nesta qualidade terá ao final uma conta de gestão. Esta situação específica ocorre apenas em pequenos municípios, em que não haja a ordenação administrativa

suficiente para a existência, por exemplo, de secretários, ou outras figuras políticas que estejam aptas a ordenar os gastos públicos.

Em um primeiro momento, o Superior Tribunal de Justiça, acórdão abaixo, entendeu que o prefeito passaria por um julgamento duplo. Um de viés político, quanto a suas contas de governo (com parecer prévio da Corte de Contas e julgamento pela Câmara Municipal) e outro estritamente técnico, a cargo do Tribunal de Contas, conforme previsão do art. 71, II, da Carta Magna.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATOS PRATICADOS POR PREFEITO, NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E GESTORA DE RECURSOS PÚBLICOS. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. NÃO SUJEIÇÃO AO DECISUM DA CÂMARA MUNICIPAL. COMPETÊNCIAS DIVERSAS. EXEGESE DOS ARTS. 31 E 71 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os arts. 70 a 75 da Lex Legum deixam ver que o controle externo – contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial – da administração pública é tarefa atribuída ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas. O primeiro, quando atua nesta seara, o faz com o auxílio do segundo que, por sua vez, detém competências que lhe são próprias e exclusivas e que para serem exercitadas independem da interveniência do Legislativo. O conteúdo das contas globais prestadas pelo Chefe do Executivo é diverso do conteúdo das contas dos administradores e gestores de recurso público. As primeiras demonstram o retrato da situação das finanças da unidade federativa (União, Estados, DF e Municípios). Revelam o cumprimento do orçamento, dos planos de governo, dos programas governamentais, demonstram os níveis de endividamento, o atender aos limites de gasto mínimo e máximo previstos no ordenamento para saúde,

educação, gastos com pessoal. Consubstanciam-se, enfim, nos Balanços Gerais prescritos pela Lei 4.320/64. Por isso, é que se submetem ao parecer prévio do Tribunal de Contas e ao julgamento pelo Parlamento (art. 71, I c./c. 49, IX da CF/88). As segundas – contas de administradores e gestores públicos, dizem respeito ao dever de prestar (contas) de todos aqueles que lidam com recursos públicos, captam receitas, ordenam despesas (art. 70, parágrafo único da CF/88). Submetem-se a julgamento direto pelos Tribunais de Contas, podendo gerar imputação de débito e multa (art. 71, II e § 3º da CF/88). Destarte, se o Prefeito Municipal assume a dupla função, política e administrativa, respectivamente, a tarefa de executar orçamento e o encargo de captar receitas e ordenar despesas, submete-se a duplo julgamento. Um político perante o Parlamento precedido de parecer prévio; o outro técnico a cargo da Corte de Contas. Inexistente, in casu, prova de que o Prefeito não era o responsável direto pelos atos de administração e gestão de recursos públicos inquinados, deve prevalecer, por força ao art. 19, inc. II, da Constituição, a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo da Corte de Contas dos Municípios de Goiás. Recurso ordinário desprovido. (STJ - RMS: 11060 GO 1999/0069194-6, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 25/06/2002, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 16/09/2002 p. 159)

Porém, em recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, abaixo colacionado, sede do presente estudo, inverteu-se o julgamento até então dominante das Cortes Superiores e da doutrina majoritária. A decisão se baseia na representatividade do cargo, afirmando que para fins de elegibilidade só competiria à Câmara de Vereadores exercer o juízo acerca da das contas dos prefeitos, seja de governo, seja de gestão.

Para os fins do art. 1º, inciso I, alínea “g”, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a apreciação das contas de prefeitos, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores.

Essa a tese fixada por decisão majoritária do Plenário em conclusão de julgamento de recurso extraordinário no qual se discutia a definição do órgão competente para julgar as contas do chefe do Poder Executivo que age na qualidade de ordenador de despesas — v. Informativos 833 e 834. Vencidos os Ministros Luiz Fux e Rosa Weber. [RE 848826/DF, rel. orig. Min. Roberto Barroso, red. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, 17.8.2016. \(RE-848826\)](#)

Esclarece-se, conforme já explanado, que o julgamento da Corte de Contas tem suas repercussões previstas tanto no texto constitucional quanto em normas infralegais (art. 71, VIII, da Carta Magna), ou seja, seria plenamente possível, como ocorreu na Lei complementar 135/2010, alterar-se a Lei N.º 64/90 para fins de prever que a decisão irrecorrível por órgão competente acerca da recusa das contas de seu exercício geraria a inelegibilidade. Previsão semelhante encontra-se no art. 11, §5º, da Lei N.º 9.504/97, *in verbis*:

§ 5º Até a data a que se refere este artigo, os Tribunais e Conselhos de Contas deverão tornar disponíveis à Justiça Eleitoral relação dos que tiveram suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, ressalvados os casos em que a questão estiver sendo submetida à apreciação do Poder

Judiciário, ou que haja sentença judicial favorável ao interessado.

Houve, em verdade, uma alteração terminológica, “órgão competente”, para enquadrar o Legislativo Municipal. Com a devida vênia, afirmar que é competência do legislativo a análise das contas do Poder Executivo, como se tal prerrogativa, prevista no texto constitucional, se desse de forma exclusiva é desprezar toda a valorização e a essencialidade que a Corte de Contas auferiu no decorrer de sua história. Afirmar simplesmente que os membros do Poder Legislativo são os verdadeiros representantes da soberania popular, ainda que seja uma sentença verdadeira, rechaça todo o sistema jurídico formulado pela Constituição no sentido de indisponibilidade do interesse público.

Não se pode aventar que os membros do Poder Legislativo municipal, oriundos dos mais diversos segmentos sociais, terão o conhecimento necessário para exercer a avaliação minuciosa dos técnicos da Corte de Contas. Aquiescer com governantes irresponsáveis quanto ao cumprimento de deveres de legalidade, legitimidade e economicidade é violar a matriz de um Estado Democrático de Direito, cujos representantes apenas podem administrar os recursos baseados na vontade popular, não podendo causar danos ao interesse público (seja primário ou secundário).

A origem do Recurso Extraordinário em comento decorre de Recurso Ordinário N.º 401-35, em que se pleiteava o registro da candidatura para o pleito de 2014 de gestor que havia sido considerado inelegível pelo art. 1º, I, g, da LC 64/90, abaixo colacionado, em decorrência da rejeição de suas contas pelo Tribunal de Contas competente.

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder

Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no [inciso II do art. 71 da Constituição Federal](#), a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;

A tese de defesa do gestor, no referido Recurso Ordinário, foi a de que, na qualidade de Prefeito Municipal, a rejeição de suas contas só poderia ocorrer por meio do Poder Legislativo local, com base nos arts. 31, §2º, 71, I, e 75, todos da Carta Magna. Foi através do Ministro Dias Toffoli, na qualidade de presidente do Tribunal Superior Eleitoral, que o recurso foi reconhecido como representativo de controvérsia para fins de verificar a repercussão geral da matéria, visto sua influência sobre inúmeros processos e situações fáticas no ordenamento jurídico brasileiro. Aduz-se que há grande relevância no pontos político, social e jurídico, visto que a situação de que chefe do executivo como ordenador de despesas, em especial em pequenos entes federativos – como na maioria dos Municípios do Brasil, é corriqueira, sendo necessária a definição jurídica do “órgão competente” apto a gerar a inelegibilidade do agente político.

Através da decisão do Ministro Luís Roberto Barroso, foi reconhecida a repercussão geral pelo Tribunal. Na interpretação do Ministro, a reforma introduzida pela ÇC 64/90 teve como objetivo fazer incidir o art. 71, II, da Constituição Federal (competência da Corte de Contas em julgar as contas de todos os ordenadores de despesas), sem excluir os mandatários que houvessem agido nesta condição. O Ministro destaca que na história do Supremo Tribunal Federal vários foram os fundamentos e interpretações sobre a matéria, havendo a necessidade, no momento presente, que o Pleno da Corte se manifeste sobre a temática. Adianta-se que a posição pessoal do Ministro Barroso foi a de que competiria à Corte de Contas o julgamento das contas de gestão dos Chefes do Poder Executivo.

Sendo assim, em 27/08/2016, o Supremo Tribunal Federal, através de seu Plenário, fixou a tese, nos autos do Recurso Extraordinário N.º 848826, de que para os fins do art. 1º, I, g, da Lei Complementar N.º 64/90, o órgão competente para julgar as contas de gestão do governo municipal,

declarando-lhe ao final sua inelegibilidade, no caso de rejeição, é a Câmara de Vereadores, precedida de parecer do Tribunal de Contas competente (Estadual ou Municipal, a depender da situação) cuja conclusão (regular, regular com ressalvas ou irregular) só deixará de prevalecer pelo voto de dois terços dos vereadores.

Houve grande dissonância no meio jurídico quanto ao teor da decisão, em especial pelas Cortes de Contas. Parte da doutrina posiciona-se em sentido favorável à decisão, interpretando que somente cabe ao Poder Legislativo, quanto às contas dos chefes do Executivo, julgá-las, em caráter final, quanto a sua legalidade, legitimidade, economicidade e conveniência política, haja vista que ainda que se trata de contas de gestão, os Prefeitos exercem a administração do ente como um todo, não se podendo condená-los por cada ato individual praticado.

Corrente contrária, ao qual o estudante adere, afirma que a decisão do Pretório Excelso violou diversas garantias e diretrizes previstas na Constituição Federal, em especial a vontade política do constituinte originário de prever no ordenamento jurídico um fiscal, Corte de Contas, imparcial, técnico e objetivo em seus julgamentos. Afirmar que a Corte de Contas não possui competência prevista na própria Carta Magna é enfraquecer o princípio da separação dos poderes e violar, em grau mediato, as garantias coletivas de liberdade individual e de indisponibilidade do interesse público.

A decisão final da Suprema Corte viola o mais basilar dos princípios administrativos ao se prever que em um juízo político, ou seja, de conveniência e oportunidade que não terão parâmetros objetivos de avaliação, o Legislativo municipal pode isentar e inclusive permitir que aquele gestor exerça, novamente, o comando da máquina pública.

A decisão, portanto, basicamente desconsiderou uma das mais, se não a mais, importantes competências e finalidades da Corte de Contas de julgar a utilização dos recursos públicos, através de parâmetros objetivo e técnicos de legalidade, legitimidade e economicidade. Ainda, a Câmara de Vereadores não possui a competência de imputar débitos ao chefe do

Executivo (ao contrário do Tribunal de Contas cuja decisão tem força de título executivo extrajudicial).

Cria-se, em verdade, uma imunidade e discriminação não prevista em todo o ordenamento jurídico brasileiro, visto que no caso específico de prefeitos, por serem no plano fático os únicos que também desempenham a função de ordenadores de despesas, estes poderão malversar o erário público sem sofrerem as mesmas fiscalizações dos demais entes.

Adota-se o posicionamento no presente trabalho que o correto, do ponto de vista jurídico-moral, seria uma repartição de funções de julgamento (Legislativo ou Corte de Contas) a depender do objeto de estudos – os atos concretos – preservando as diretrizes instituídas pela Constituição Federal. No caso de contas de governo, a deliberação política, e nos de gestão a avaliação técnica.

Cumprido esclarecer, contudo, que o julgamento na Suprema Corte foi extremamente disputado (seis votos a cinco), tendo os seguintes ministros votado pela competência das Câmaras Municipais para o julgamento das contas de gestão: Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Edson Fachin, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Celso de Mello; e os seguintes que se posicionaram no sentido de atribuição da Corte de Contas: Ministros Luis Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli. Logo, com a modificação dos integrantes do Pretório Excelso, e baseado na ampla e praticamente consolidada doutrina e jurisprudência acerca da matéria, é plenamente verossímil defender que o tema será novamente tratado e, possivelmente, reformulado em futuro próximo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo que se propõe tem como finalidade analisar o controle da Administração Pública, focando na ordenação de despesa no âmbito municipal (contas de gestão) tendo como administrador a figura do chefe do Poder Executivo local, o prefeito.

Busca-se, portanto, assentar quais são os meios aptos à fiscalização e ao julgamento dos atos administrativos concretos que importem na

utilização de verbas públicas, contrapondo uma visão clássica propagada pela maioria esmagadora da doutrina e jurisprudência de que papel dos Tribunais de Contas é de efetiva deliberação acerca de sua regularidade com os novos paradigmas trazidos pelo Supremo Tribunal Federal nos Recurso Extraordinário N.º 848826/DF e do RE N.º 729744. A importância do presente trabalho funda-se no confronto não apenas principiológico de normas constitucionais atinentes ao controle da Administração Pública, mas sim nos reflexos sociais do entendimento do Pretório Excelso, tendo em vista o elevado juízo técnico da Corte de Contas em detrimento da avaliação política exercida pela Casa Legislativa.

Inicia-se o estudo diferenciando-se contas de governo, cuja avaliação se dará por juízo político, pautada no cumprimento de regras e diretrizes previstas pelo Legislativo e cujo parecer da Corte de Contas é obrigatório, mas não vinculante, de contas de gestão, que se caracterizam pelo julgamento do Tribunal de Contas, em que se avaliará cada ato administrativo emitido pelo ordenador de despesas, cada pagamento, nota de empenho, autorização de gasto orçamentário, neste caso, conforme art. 71, II, da Carta Magna, cabe à Corte de Contas julgar e aplicar as sanções previstas em lei.

O art. 1º, inciso I, alínea “g”, da Lei Complementar 64/90, determina que será inelegível o ordenador de despesas que tenha suas contas julgadas irregulares pelo órgão competente. O confronto jurisprudencial surge justamente da interpretação de quem seria legitimado para impor a referida sanção. O entendimento clássico da doutrina e da jurisprudência, inclusive do próprio Supremo Tribunal Federal, é a de que a Corte de Contas, em um juízo técnico, seria o responsável pelo julgamento. Todavia, nos autos do Recurso Extraordinário N.º 848826/DF foi pacificado, em sede de repercussão geral, entendimento contrário, afirmando que cabe à Câmara de Vereadores julgar a demanda, precedida do parecer do Tribunal de Contas competente cuja decisão poderia ser revertida por dois terços dos membros do Legislativo local.

Através das conceituações jurídicas trazidas pelo trabalho em apreço pode-se aventar diversas violações ao texto constitucional decorrentes desta decisão. Não se respeita a autonomia e a independência

de um dos mais importantes órgãos do ordenamento jurídico brasileiro, havendo clara violação à impessoalidade inerente ao julgamento exercido pela Corte de Contas, que se baseia em critérios objetivos de legalidade, legitimidade e economicidade. Ademais, estende-se prerrogativa não prevista para os demais Chefes do Poder Executivo, haja vista que as contas do Prefeito não serão analisadas quanto à legalidade de cada ato, podendo ser permitidos eventuais desvios e arbitrariedades que não se apresentam aos demais ordenadores de despesas. Em verdade, há frontal desprezo pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, permitindo-se um julgamento em critérios políticos que simplesmente não deveriam existir dentro de um Estado Democrático de Direito.

Conclui-se o presente estudo ressaltando que a decisão do Pretório Excelso foi dada em seis votos favoráveis e cinco contrários, sendo plenamente possível que, em futuro próximo, a decisão da Corte seja revertida, adequando-se o que a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem sobre a temática.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

BRASIL, Lei Complementar N.º 64, de 18 de maio de 1990. Brasília, DF, Senado. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm.

BRASIL, Lei N.º 8.443, de 16 de julho de 1992, **Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União**. Brasília, DF, Senado. Disponível em <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/109309/lei-organica-do-tribunal-de-contas-da-uniao-lei-8443-92>.

Brasil, Lei N.º 9.504, de 30 de setembro de 1997. Brasília, DF, Senado. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – RMS: 11060 GO 1999/0069194-6, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 25/06/2002, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 16/09/2002 p. 159

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – ADI: 3715 TO, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 21/08/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – [RE: 848826/DF, Relator orig. Min. Roberto Barroso, red. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski. Data da publicação: 17.8.2016.](#)

LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo – Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas**. 6.^a Edição. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

file:///C:/Documents%20and%20Settings/Jaqueline/Meus%20documentos/Downloads/CONTAS_DE_GOVERNO_X_CONTAS_DE_GEST%C3%83O.pdf

<http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/viewFile/438/488>

Nota:

[1] file:///C:/Documents%20and%20Settings/Jaqueline/Meus%20documentos/Downloads/CONTAS_DE_GOVERNO_X_CONTAS_DE_GEST%C3%83O.pdf

ANÁLISE DA CONTRATAÇÃO DIRETA DO SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA POR CONCESSIONÁRIA DETENTORA DE MONOPÓLIO: DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE?

JOSÉ WILTON FLORÊNCIO MENESES: : advogado, formado em Direito pela Universidade Tiradentes (2012), especialista em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera (2015), e pós-graduando em Direito Público pelo Instituto Elpídio Donizetti (2017).

RESUMO: O presente trabalho visa analisar como deve se dar a contratação direta dos serviços de fornecimento de energia elétrica, na hipótese da concessionária de serviços públicos de distribuição de energia elétrica ser detentora de monopólio natural no âmbito do Município, se por meio de inexigibilidade de licitação ou por meio de dispensa de licitação.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Análise da Contratação Direta do Serviço de Fornecimento de Energia Elétrica. 3. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho destina-se a analisar a contratação direta de empresa de fornecimento de energia elétrica, por meio de dispensa de licitação, analisando as peculiaridades que circundam o tema, notadamente diante das divergências quanto à natureza da respectiva contratação. Pretende-se realizar uma análise dos institutos da dispensa e inexigibilidade de licitação, de modo a demonstrar o correto enquadramento da contratação do serviço de fornecimento de energia elétrica em tais modalidades de contratação direta.

2. ANÁLISE DA CONTRATAÇÃO DIRETA DO SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA

Comumente, a hipótese de dispensa de licitação preconizada no art. 24, XXII, da Lei nº 8.666/93, gera divergências quanto à natureza da respectiva contratação. De fato, tem-se objetado que a contratação de serviços com vista ao suprimento de energia elétrica não se amoldaria ao

procedimento de dispensa de licitação, mas sim, ao de inexigibilidade ante a ausência de viabilidade de competição.

Analisando as hipóteses de inexigibilidade de licitação, Marçal Justen Filho^[1] apregoa:

No caso do representante exclusivo, a Administração se depara com estrutura organizacional privada, em que certo fornecedor atribui a um certo agente econômico o direito privativo de intermediar negócios em certa região. No Brasil, existem diversos diplomas que regulam cláusulas de exclusividade. Podem lembrar-se os casos da Lei nº 4.886/65 (representação comercial), nº 6.729/79 (concessão de veículos automotores) e nº 8.955/94 (franquia empresarial). Isso significa admitir, desde logo, que a questão não envolve apenas representante comercial exclusivo, mas qualquer espécie de agente econômico titular de cláusula de exclusividade. caso do representante exclusivo, a Administração se depara com estrutura organizacional privada, em que certo fornecedor atribui a um certo agente econômico o direito privativo de intermediar negócios em certa região. No Brasil, existem diversos diplomas que regulam cláusulas de exclusividade. Podem lembrar-se os casos da Lei nº 4.886/65 (representação comercial), nº 6.729/79 (concessão de veículos automotores) e nº 8.955/94 (franquia empresarial). Isso significa admitir, desde logo, que a questão não envolve apenas representante comercial exclusivo, mas qualquer espécie de agente econômico titular de cláusula de exclusividade.

Com efeito, argumenta-se que a distribuição de energia elétrica, vez que prestado sob o regime de monopólio por empresas

concessionárias de serviço público, afastariam a possibilidade de competição, dando azo, assim, à hipótese de inexigibilidade de licitação preconizada no art. 25 da LLCA.

Todavia, um exame mais acurado quanto à estrutura do setor elétrico nacional justifica a opção do legislador em arrolar a contratação de energia elétrica como hipótese de dispensa de licitação, nos termos do art. 24, XXII, da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XXII – na contratação de fornecimento ou suprimento de **energia elétrica** e gás natural com **concessionário**, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica. (grifou-se)

Atualmente, o modelo do setor elétrico nacional estrutura-se de tal modo que os consumidores de energia elétrica, observado os critérios técnicos estabelecidos pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL^[2] podem adquiri-la, grosso modo, (i) no ambiente de contratação regulada (consumidores cativos), mediante a celebração de contratos de suprimento de energia elétrica junto a empresas concessionárias de distribuição, ou (ii) num ambiente de competitividade, por meio de contratos de compra e venda de energia elétrica (consumidores livres) junto à comercializadores ou geradores de energia elétrica, inclusive produtores independentes e autoprodutores de energia elétrica^[3].

Na primeira hipótese, diz-se que o fornecimento estará a cargo de concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, remuneradas mediante a cobrança de tarifa regulada pelo Poder Concedente, enquanto que a contratação no ambiente competitivo dar-se-á pela livre negociação junto aos geradores concessionários de serviço público e autorizados produtores independentes e autoprodutores (nesse caso, inexistente imposição de tarifa).

Destarte, do que se expôs, muito embora o serviço de distribuição de energia elétrica configure-se monopólio natural, parece clara a intenção do legislador em inserir a contratação de fornecimento de energia elétrica como hipótese de dispensa e não de inexigibilidade de licitação na medida em que a estrutura do setor elétrico nacional pode conduzir à viabilidade de competição entre os agentes que atuam no setor, ainda que restrita aos consumidores livres que podem optar pela contratação de energia elétrica junto a outro fornecedor que não a concessionária de distribuição local.

Aqui, não é caso de se aplicar o art. 25, inciso I, da Lei 8.666/93, em razão da vedação legal contida no artigo 23, § 1º, da lei nº 9.427/96, lei que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, quando disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências, *in verbis*:

Art. 23 (...)

§1º Nas licitações destinadas a contratar concessões e permissões de serviço público e uso de bem público é vedada a declaração de inexigibilidade prevista no [art. 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#);

Ultrapassada a questão do enquadramento legal, passaremos a analisar o atendimento às formalidades do procedimento propriamente dito.

Nesta entoada, vejamos acórdão do TCU extraído do Vade-Mécum de Licitações e Contratos, editora Fórum, 3ª edição revista, atualizada e ampliada, Belo Horizonte, da lavra do Dr. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, página 516:

... Instrua todos os processos de dispensa e inexigibilidade de licitação com os elementos exigidos pelo art. 26 da lei nº 8.666/93, especialmente quanto à razão da escolha do fornecedor e detalhada justificativa do preço;...

Fonte: TCU. Processo nº 009.147/2001-1.
Acórdão nº 862/2003 – 2ª Câmara.

Nessa linha de raciocínio, prescreve o art. 26 da LLCA:

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.

Constatada a necessidade de demonstração do atendimento de todos os itens do procedimento de dispensa ou inexigibilidade, transcrevemos para conhecimento, interessante apanhado realizado pelo Dr. J. U. Jacoby Fernandes^[4], no qual o autor lista as fases deste procedimento:

A) Abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado e a

autorização respectiva para a compra ou contratação da obra ou serviço, conforme art. 38, caput;

B) Perfeita indicação do objeto pretendido pela Administração, conforme art. 14 e, em se tratando de obras e qualquer serviço, - não apenas os de engenharia, projeto básico, de acordo com o art. 7º, § 2º c/c o § 9º;

C) Elaboração da minuta do contrato a ser firmado;

D) Elaboração de parecer técnico ou jurídico, emitidos na oportunidade, examinando;

D.1) Justificativa da dispensa ou inexigibilidade conforme art. 26, caput;

D.2) Razão de escolha do fornecedor, conforme art. 26, inc. II;

D.3) Justificativa do preço, conforme art. 26, inc. III;

E) Decisão sobre licitar ou não, que poderá ter singela motivação se acolher o parecer antes referido e este estiver bem fundamentado;

F) Comunicação à autoridade superior, conforme art. 26, caput;

G) Ratificação da dispensa ou inexigibilidade, conforme art. 26, caput;

H) Publicação da decisão ratificadora, conforme art. 26, caput;

I) assinatura do termo do contrato ou retirada do instrumento equivalente, conforme art. 38, inc. X;

J) Execução do contrato, com rigoroso acompanhamento do respectivo gestor do contrato, conforme art. 67 e parágrafos;

K) Recebimento do objeto, com observância das formalidades previstas nos arts. 73 e 15, § 8º;

L) Pagamento das faturas com observância do que prescreve o art. 5º, §3º e 40, inciso XIV, alínea “a”, entre outras normas.

M) Ressalte-se que a lei 9.784/99, que trata do processo Administrativo na Administração Federal, estabelece prazos para a emissão de pareceres e responsabiliza aqueles que se omitirem do dever funcional. (Cf. art. 42, §§ 1º e 2º)

A Administração deve buscar, em todas as suas contratações, mesmo naquelas não precedidas de certame licitatório, como se dá no caso em tela, a condição mais vantajosa para o Poder Público.

Registre-se que, quando o serviço prestado assim o é por empresa monopolista, estas considerações devem ser conformadas às suas particularidades.

Ora, tratando-se de preço fixado de maneira indistinta para todos aqueles que vierem a contratar com a concessionária de serviço público, não há que se falar em sujeição da Administração ao alvedrio de contratante particular exclusivo, motivo pelo qual temos que a simples demonstração de que o contrato irá utilizar os preços praticados usualmente pela concessionária no mercado, comprovação que deve ser demonstrada no processo, já estará atendida a necessidade de justificativa de preço imposta pelo art. 26, inciso III da lei nº 8.666/93.

Evidentemente, desse modo, faz-se necessário trazer aos autos do processo de contratação direta comprovação da existência de dotação orçamentária, em atenção ao disposto no art. 7º, § 2º, III da lei 8.666/93.

Quanto à necessidade de instrumento contratual para a contratação de empresa prestadora do serviço de fornecimento de energia elétrica, há quem defenda a exigência do instrumento para o caso em comento, de forma a respeitar o disposto no artigo 62, § 3º, II, da Lei de Licitações. Ocorre que o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 da Lei nº 8.666/93 e demais normas gerais são aplicadas apenas no que couber aos contratos dessa natureza (contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público).

É que, por se tratar de contrato de adesão e de consumo, as regras são predominantemente privadas, em que o Poder Público fica em condição de igualdade como qualquer usuário do serviço público concedido. Nesse sentido, o máximo que caberia à Administração seria exigir o envio do contrato padrão da concessionária do serviço público ou o local onde esse contrato está disponível, não cabendo à Administração alterar cláusulas, como deseja. Tal entendimento se corrobora pela Decisão 537/1999 – Plenário do TCU, a qual analisa a possibilidade de aplicação de multa de mora contra entes da Administração Pública. Em seu bojo, a decisão dá a interpretação correta ao artigo 62, § 3º, II, da Lei de Licitações. Tal decisão foi reiterada pela Decisão 686/1999 – Plenário.

Por outro lado, se pararmos para analisar o disposto no art. 62, §3º, II da Lei nº 8.666/93, ainda que seu art. 57 possa servir de parâmetro para caracterizar este contrato como serviço continuado, fato é que sequer se aplica o art. 57 a este contrato, por força do próprio art. 62. Vejamos a redação do art. 62, §3º, II da Lei nº 8.666/93:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

(...)

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

(...)

II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

Como se pode observar, o artigo 57 é deliberadamente excluído pelo legislador das normas previstas na Lei nº 8.666/93 aplicáveis aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

Nesse sentido, a conclusão a que podemos chegar é que, por serem contratos em que a Administração é parte como usuária de serviço público essencial e prestado por um único fornecedor, de qualquer forma esses contratos não teriam de ter sua duração adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, nem suas prorrogações ficariam limitadas à 60 (sessenta) meses, independente de ser o tratamento de esgoto, fornecimento de água e energia elétrica, serviços postais, etc. Acrescente-se a isso a não obrigatoriedade de se firmar instrumento contratual, pois imagine se a prestadora de serviços públicos fosse obrigada a firmar milhares ou milhões de contratos com todos os seus usuários. O contrato (de adesão) existe independente da assinatura de instrumento contratual.

Em verdade, a regulamentação do vínculo estabelecido entre o concessionário de serviço público monopolista e o usuário é determinada unilateralmente pelo primeiro, sem que este tenha campo de atuação na alteração de suas cláusulas.

Ciente destas nuances, a respeito da impossibilidade de modificação do contrato de adesão, e também pela possibilidade de assinatura do contrato pelo prazo inicial de 60 meses, forçoso é admitir que a entidade pública, ao contratar a prestação do serviço público, figurando

na posição de usuário/consumidor, firma contrato predominantemente submetido ao regime de direito privado, situação na qual não poderá impor ao prestador/fornecedor modificações no contrato de adesão, de modo que, na posição de contratante, verificando irregularidade no contrato de adesão, deve comunicar o fato à Agência Reguladora, a quem competente adotar as medidas que julgar cabíveis.

Da leitura da resolução nº 414, de 9 de setembro de 2010, da ANEEL é possível verificar que a relação concessionário/usuário é marcada pela imposição unilateral das condições do fornecimento do serviço.

Tanto é assim que a referida resolução estabelece os termos do contrato a ser celebrado entre as empresas concessionárias de serviço público e os usuários, o que demonstra a impossibilidade de qualquer alteração nos seus termos.

Além da impossibilidade de alterar os termos do ajuste, também é possível verificar que inexistente possibilidade de escolha a respeito da sua contratação. É que o serviço público de energia elétrica é indispensável para a própria execução do serviço público ofertado pela Administração Pública, que dela depende para ligar computadores, dar aulas, dentre outras tantas atividades sob sua responsabilidade, bem como a concessionária não pode, salvo algumas hipóteses previstas em lei, interromper o fornecimento. Vejamos:

Lei 8078/90 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor (...)

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, **concessionárias**, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, **são obrigados a fornecer serviços** adequados, eficientes, seguros e, **quanto aos essenciais, contínuos**.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo,

serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código. (grifos acrescentados)

Não é por outra razão que o Ministro do tribunal de Contas da União, Excelentíssimo Senhor Benjamin Zymler, em passagem de artigo doutrinário^[5], defende tese que pode ser transposta para o presente caso sem perda de substância:

7 PRORROGAÇÃO DA VIGÊNCIA DE CONTRATOS DE ADESÃO RELATIVOS A SERVIÇOS CONTÍNUOS (ENERGIA ELÉTRICA, ÁGUA E ESGOTO)

Energia elétrica, água e esgoto são, sem dúvida, necessidades permanentes da Administração Pública. Sua caracterização como serviços contínuos não apresenta, a meu ver, maiores dificuldades. Entretanto, quando a Administração firma contratos na qualidade de usuária de serviço público acaba por se submeter, de forma predominante, às normas específicas relativas ao objeto do contrato. Assim, a aplicação da Lei nº 8.666/1993 ocorre tão-somente em caráter subsidiário. Nesse sentido, dispõe o art. 62 da Lei de Licitações:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

(...)

§3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

Nota-se que o artigo 57, à luz do texto anterior, não é aplicável aos contratos de adesão. Ademais, o fato de existir fornecedor exclusivo de água, energia elétrica e esgoto faz com que, em termos lógicos, seja inaplicável o artigo 57, inciso II. Se há um único fornecedor do serviço público e, portanto, há ausência de competição, seria de extremo formalismo falar em prorrogação contratual ou em assinatura de novo contrato de idêntico teor. O razoável, parece-me, é deixar o contrato de adesão fluir normalmente, nos moldes do que ocorre com os firmados com os particulares.

Ressaltamos que este posicionamento, conquanto nos pareça desprovida de laivos, encontra resistência em parcela da doutrina. Como demonstrativo desta divergência, reproduzimos trabalho da Lavra do Eminente Desembargador Jessé Torres Pereira Júnior^[6]:

12.1 A Administração Pública como usuária de serviços públicos

O funcionamento e a operação de órgãos e entidades públicas também carecem da prestação de serviços públicos, sem os quais se tornam inviáveis a consecução de suas atividades e a preservação de seu patrimônio (energia elétrica, água e esgoto, coleta de lixo, telefonia, serviços postais).

A relação jurídica que se estabelece entre a prestadora de serviços públicos e a Administração Pública é de consumo, consubstanciada em contrato de adesão, cujos encargos se devem cumprir com regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade e generalidade (Lei nº 8.987/1995, art. 6º, § 1º), obrigando-se todos os usuários a contribuir para a manutenção e a continuidade da rede prestadora do serviço.

A participação da Administração Pública em um dos polos da relação contratual, na qualidade de usuária dos serviços, não a exonera de cumprir as normas legais pertinentes, tais como, entre outras, (a) a de formalizar todos os atos necessários à contratação, os quais integrarão o devido processo legal administrativo (art. 38, caput, e art. 26 da Lei nº 8.666/1993); (b) a publicação do ato de dispensa ou inexigibilidade da licitação, quando a contratação efetivar-se de forma direta, ou do resumo do termo de contrato quando proveniente de licitação (parágrafo único do art. 61).

Ao estabelecer que se aplica o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 da lei e demais normas gerais, no que couber, aos contratos em que a Administração Pública seja parte na qualidade de usuária de serviços públicos, está a Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas respaldando a permanência, nessas contratações, das prerrogativas asseguradas àqueles que desempenham função pública; “não para que a pessoa administrativa prevaleça sobre o particular, mas para que o interesse público não se veja derogado ou acuado pelo privado” (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das

licitações e contratações da Administração Pública. 7. ed. Renovar, 2007, p. 692).

Significa que à Administração Pública permanecem asseguradas as prerrogativas previstas no art. 58 da Lei nº 8.666/1993, cabíveis à espécie, como, ilustrativamente: (a) de modificar, unilateralmente, as condições inicialmente pactuadas para melhor ajustar a prestação contratada aos interesses do serviço, sem tolder os direitos do co-obrigado privado, garantindo-lhe o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato; (b) rescindir, unilateralmente, o contrato nas hipóteses previstas no art. 79, I, da Lei nº 8.666/1993; (c) aplicar sanções ante a comprovada inexecução total ou parcial do objeto pelo contratado, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa; (d) estabelecer a sede processual-administrativa do contrato; (e) conferir efeito retroativo à declaração de nulidade do contrato.

Pondere-se, entretanto, que o exercício dessas prerrogativas haverá de compor-se com as restrições que decorram das normas que regulamentam a prestação do serviço público, em cada área de atividade, posto que também editadas pelo Poder Público concedente, na premissa de que, ao obedecê-las, as concessionárias estarão a executar os serviços que lhe foram delegados, de modo a superiormente atender aos encargos da prestação. Ditas normas de regulamentação, sobre serem da competência do Poder Público (CR/1988, art. 175, parágrafo único), revestem-se de caráter técnico, de modo que também por essa razão não podem ser removidas unilateralmente, sob pena de comprometimento do adequado funcionamento dos serviços.

12.1.1 Vigência dos contratos em que a Administração seja parte na qualidade de usuária de serviços públicos

A Administração Pública (art. 6º, XI, da Lei nº 8.666/1993) pode estabelecer a vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja parte como usuária de serviços públicos, dadas a imprescindibilidade e a continuidade desses serviços, tanto para o desempenho de atividades públicas e privadas, como para a comunidade em geral. A interrupção da prestação de serviços públicos, como os de fornecimento de água e energia elétrica, por exemplo, pode acarretar prejuízos ao órgão ou entidade da Administração e, reflexamente, à comunidade que conte com os serviços administrativos lá realizados, alguns inadiáveis, como os desenvolvidos em escolas e hospitais públicos.

O fundamento para que se estabeleça prazo de vigência indeterminado reside no próprio texto do § 3º do art. 62 da Lei Geral, que, ao excluir a aplicabilidade do art. 57, afasta a incidência de seu inciso II, limitador da contratação de serviços contínuos a sessenta meses, o que viabiliza a contratação por prazo indeterminado, ordinariamente proibida pelo § 3º. A medida também encontra respaldo no princípio da economicidade, uma vez que a vigência por prazo indeterminado torna desnecessária a celebração de sucessivos termos aditivos de prorrogação, cuja publicação, por meio da imprensa oficial, é obrigatória (parágrafo único do art. 61), gerando custos para a Administração contratante, desnecessários em razão da peculiar natureza dos serviços públicos executados mediante delegação.

Apoia também a possibilidade de prazo de vigência indeterminado, nessas espécies de contrato, a ociosidade de comprovar-se a vantagem de cada prorrogação, acaso houvesse de ser aditada, tendo em vista que o preço do serviço público é uniforme para os usuários em geral, segundo a política tarifária que é da competência do poder concedente fixar.

Ser possível não significa que a contratação por prazo indeterminado possa ser decidida pela Administração usuária sem atenção aos riscos daí decorrentes, que cumpre gerenciar e precator, daí advertir-se para os seguintes recomendáveis procedimentos, a serem lançados nos autos de processo administrativo regular e autorizados pela autoridade competente: (a) explicitação dos motivos que justificam a vantagem (técnica, financeira, administrativa) da adoção do prazo indeterminado; (b) previsão, em cláusula contratual, do direito à rescisão do contrato a qualquer tempo, desde que mediante prévia comunicação e tendo por parâmetros aqueles estabelecidos no art. 6º da Lei nº 8.987/1995, que trata das concessões e permissões de serviços públicos; (c) existência de previsão de recursos orçamentários para o cumprimento da obrigação em cada exercício financeiro, sendo de assinalar-se a jurisprudência dominante no sentido de que a Administração está igualmente obrigada ao pagamento do preço dos serviços prestados por concessionárias de serviços públicos, sob pena de interrupção do fornecimento; (d) verificação, a cada emissão de nota de empenho de despesa, de que a concessionária encontra-se regular com a Fazenda do ente federativo contratante, com o INSS e o FGTS; (e) verificação de que inexistem impedimentos a contratar com o Poder Público.

Sem embargo, intuitivo notar que ao mencionar prorrogações por períodos iguais e sucessivos, a legislação visou provocar a Administração no sentido de lhe compelir a examinar, periodicamente, os preços praticados no mercado pelo serviço contratado, e por conseqüência, no caso de contratações diretas, verificar se remanesce a condição de exclusividade da prestação do respectivo serviço.

Noutras palavras, a norma exhibe caráter inspirado nitidamente pela cautela de modo que se garanta, por um lado, as necessidades permanentes da Administração a fim de se evitar solução de continuidade do serviço público, sem se descuidar, todavia, em louvor aos princípios que informam a licitação, da busca incessante do preço mais vantajoso, esmerado, pois, numa realidade de mercado caracterizado pelo dinamismo da atividade empresarial.

Com efeito, há que se notar que, diante de tal dinâmica de mercado, a Administração, por imperativo legal, a fim de ver prorrogado seus contratos, deverá cotejar os preços e condições praticadas no mercado com o fito de examinar a vantajosidade em se estender a vigência contratual originalmente pactuada, e por via reflexa, no que tange às hipóteses de contratação de prestador exclusivo de serviço, se tal exclusividade subsiste.

De fato, não seria inverossímil imaginar que determinado ramo empresarial, preenchido à época da contratação, por um único prestador de serviço, venha a ser disputado por outras empresas. Nesse caso, por óbvio, não subsistirá as razões que determinaram a contratação direta, notadamente, quando se considera que o ambiente concorrencial, por certo, impactará nos preços que a contratada, com a eclosão dessa nova realidade de mercado, passará a ofertar aos seus clientes.

3. CONCLUSÃO

Pelo exposto, no caso em espécie, conclui-se que a contratação direta dos serviços de fornecimento de energia elétrica, na hipótese da concessionária de serviços públicos de distribuição de energia elétrica ser detentora de monopólio natural no âmbito do Município, subsume-se à

hipótese legal descrita no art. 24, XXII, da Lei nº 8.666/93, em razão do que se pugna, apesar de pontual divergência doutrinária, pela desnecessária assinatura de contrato para a prestação do serviço, por tratar-se de relação de consumo submetida a contrato de adesão, bem como, desde logo, a desnecessidade de assinatura de termo de prorrogação e ou acréscimo enquanto perdurar as características presentes quando da contratação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERNANDES , Jorge Ulisses Jacoby Vade-Mécum de Licitações e Contratos, editora Fórum, 3ª edição revista, atualizada e ampliada, Belo Horizonte, da lavra do Dr. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, página 516.

FERNANDES , Jorge Ulisses Jacoby, na obra Contratação Direta sem Licitação, editora Fórum, 7ª edição, Belo Horizonte, 2007, pág. 635.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 2000, p. 267.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Alterações do contrato administrativo: releitura das normas de regência à luz do gerenciamento de riscos, em gestão pública comprometida com resultados. Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 8, n. 88, abr. 2009.

ZYMLER, Benjamin. A Visão dos Tribunais de Contas sobre os Contratos Administrativos. Belo Horizonte, n. 30, ano 3 Junho 2004.

NOTAS:

[1] Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 2000, p. 267.

[2] Resolução Normativa ANEEL nº 376/2009 estabelece as condições para Contratação de Energia Elétrica por Consumidores Livres.

[3] Art. 2º, IV, da Resolução ANEEL nº 456/00: Art. 2º Para fins e efeitos desta Resolução são adotadas as seguintes definições mais usuais: (...) IV – Consumidor livre: consumidor que pode optar pela compra de

energia elétrica **junto a qualquer fornecedor**, conforme legislação e regulamentos específicos. (grifou-se)

[4] Contratação Direta sem Licitação, editora Fórum, 7ª edição, Belo Horizonte, 2007, pág. 635 e seguintes.

[5] A Visão dos Tribunais de Contas sobre os Contratos Administrativos. Belo Horizonte, n. 30, ano 3 Junho 2004.

[6] PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Alterações do contrato administrativo: releitura das normas de regência à luz do gerenciamento de riscos, em gestão pública comprometida com resultados. Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 8, n. 88, abr. 2009.

LEI MARIA DA PENHA E FEMINICÍDIO: ANÁLISE DA LEI, SEUS EFEITOS E GARANTIAS

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

1. Introdução

Desde a elaboração da Carta das Nações Unidas, em 1945, a comunidade internacional realiza esforços para garantir a proteção dos Direitos Humanos, baseados na dignidade do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres. Em 1948, a Declaração dos Direitos Humanos afirmou que os direitos dos homens são inalienáveis, universais e que não reconhecem qualquer diferença de gênero.

Entretanto, ainda que os princípios de igualdade e não discriminação estejam presentes em diversos tratados internacionais e declarações desde a década de 40, é notável a violação sistemática dos mesmos. Logo, torna-se imprescindível a realização de conferências mundiais e leis específicas que estabeleçam e assegurem demandas relacionadas à igualdade de gênero e defesa dos direitos das mulheres.

2. *Garantias governamentais quanto à defesa dos direitos da mulher*

São dois os tipos de compromisso firmados pelo governo frente à comunidade internacional? os tratados e as convenções que geram obrigações jurídicas para o país, por isso, necessitam de ratificação. Tais acordos que lhes conferem o efeito jurídico e a força obrigatória aos direitos reconhecidos (FROSSARD, 2006). Por outro lado, existem as conferências internacionais, as quais têm natureza política, mas estas não criam obrigação jurídica.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) constituiu um marco na definição internacional dos direitos das mulheres, sendo considerado até hoje um dos documentos mais importante do movimento feminista. Dentre os principais objetivos da convenção, que foi adotada em 1979 pela Assembleia Geral das Nações Unidas e ratificada pelo Brasil em 1994, estão a garantia a não discriminação da mulher e o respeito aos princípios da igualdade de direitos e da dignidade humana.

No campo da autonomia pessoal da mulher, destaca-se um avanço brasileiro: a Lei Maria da Penha, que completa 10 anos em 2016. A lei define “as linhas de uma política de prevenção e atenção ao enfrentamento

da violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como delimita o atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar”. Segundo pesquisa do IBOPE/THEMIS 2008, cerca de 68% da população brasileira tem conhecimento da Lei Maria da Penha. No entanto, mesmo com o conhecimento da lei, os casos de violência não foram erradicados ou minimizados de maneira expressiva (CAMPOS, 2015).

3. Violência de Gênero: O que embasa sua permanência na atualidade?

Mesmo com as constantes transformações realizadas desde as últimas décadas, como a Lei Maria da Penha e a criação das delegacias da mulher, a violência doméstica persiste no Brasil. O país ocupa a sétima posição no ranking mundial dos países com mais crimes praticados contra mulheres. Dessa forma, é feito o seguinte questionamento: Quais os motivos para a permanência da violência de gênero? A desigualdade sociocultural e histórica entre homens e mulheres pode ser considerada uma das razões, estando dentre as principais causas responsáveis por desencadear uma ideologia de dominação masculina que é produzida e reproduzida tanto por homens quanto por mulheres.

Outro motivo que corrobora com a cultura de violência de gênero no país é o quadro histórico de leis ordinárias que permitiam a impunidade dos homens por admitirem o crime de delito passionai e em defesa da honra, acrescido muitas vezes pela alegação de provocação da vítima. Ainda que a tese da legítima defesa da honra tenha perdido seu prestígio ao longo das últimas décadas, é oportuno ressaltar que a ideia por trás da tese permanece em determinados segmentos da sociedade, inclusive no judiciário onde a tese ainda é acionada por juristas (ASSIS, 2003).

Em função disso, o termo honra como proposto no passado é reflexo essencial da desigualdade de gênero. A mulher honrosa tem seu marido como juiz de suas condutas. Pouco importa se a conjugue vive de maneira recatada e seja fiel. É necessário que o companheiro a veja dessa forma. Assim, sob esse constante julgamento que atinge todas as esferas de sua vida, a honra feminina, ou seja, a virtude da mulher é aquela da passibilidade, da docilidade e acima de tudo da submissão. A vítima do feminicídio tem sua sentença de morte não necessariamente no ato da traição em si, mas sim na quebra desse contrato que tem como cláusula principal a submissão (MACHADO, 2009).

Em oposição, a honra masculina existe como a marca da busca do objeto feminino. Essa é lesionada com a independência da vítima, ou seja, com a perda da total capacidade de controle sob a vida da mulher, não podendo mais dominar por completo a relação conjugal. Perante essa situação, o judiciário patriarcal funciona, não só na lógica do direito penal do autor, mas também em consonância com o marido juiz. Ao justificar as ações do agressor por meio de uma perspectiva de que o homem é um ser controlador e impulsivo, ratifica-se a visão de que a única reação possível é a de violência máxima. O que estava em jogo na corte não era ato conflituoso do réu, mas sim a vida da vítima que era julgada de acordo com os parâmetros da submissão do gênero feminino. As garantias penais ficam de lado e as categorias jurídicas existem apenas como modo de traduzir para o processo a glorificação da violência masculina.

4. Sobre a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06)

A situação de invisibilidade vivida pelas mulheres que sofriam violência doméstica era um cenário já há muito consolidado. No entanto, com a vigência da Lei nº 9.099/95, a Lei dos Juizados Especiais, que tinha como objetivo primário dar celeridade e gerar economia para a Justiça, a vulnerabilidade das vítimas se agravou. O juiz priorizava o rápido andamento dos trâmites em detrimento da preservação da vida e da garantia à integridade física e psicológica da mulher (DIAS, 2015). A lei permitia a aplicação da pena antes mesmo de oferecimento da denúncia e sem discussão da culpabilidade, além de outros condicionamentos peculiares (DIAS, 2015). Isso se deve pelo fato de que maioria dos delitos cometidos contra mulheres no ambiente familiar – como lesão corporal leve, ameaça, calúnia e injúria – se enquadraram na categoria de pequeno potencial ofensivo.

Além disso, ao deixar a representação à vítima, o Estado omitia-se na sua obrigação de punir, transferindo à mulher a tarefa de buscar apenação a seu agressor. Significando que a ação penal pública deixava de ser incondicionada para ser condicionada. O que não funciona nos casos de violência doméstica pelo simples fato de que existe uma relação hierarquizada de poder entre agressor e agredido, sendo inexigível que o desprotegido se levante contra seu agressor (DIAS, 2015).

Ainda que o Código Penal reconhecesse como agravante as agressões praticadas contra pais, filhos, irmãos ou cônjuges (CP, art. 61), tal texto não é suficiente para abarcar a complexidade da violência doméstica. Em 1985 surgiu em São Paulo a primeira Delegacia da Mulher, com a finalidade de atender a violência intrafamiliar de modo diferenciado quando já era evidente que a realidade da violência doméstica majoritariamente se tratava da prática delitiva contra a mulher (DIAS, 2015).

A Lei Maria da Penha surge justamente para resguardar de maneira formal e material o direito das mulheres, tendo por objetivo a concretização do princípio da igualdade substancial, que se impõe que sejam tratados desigualmente os desiguais. De acordo com Alexandre de Moraes, para as diferenças normativas não serem discriminatórias é indispensável justificativa objetiva e razoável (MORAES, 2012), sendo claras as justificativas para o tratamento diferenciado em relação a mulheres. Logo, são extremamente necessárias discriminações positivas que visem compensar e contrabalancear certas desvantagens históricas.

Quanto à representação a Lei Maria da Penha repudiou os Juizados Especiais, criando os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, propiciando acompanhamento apropriado, analisando de maneira mais cuidadosa os casos concretos. Quanto aos delitos de pequeno potencial ofensivo, a lei afastou a possibilidade de aplicação de penas não restritivas de liberdade. Este dispositivo devolveu à autoridade policial a prerrogativa investigatória, estabelecendo ainda nesse sentido que a vítima deve sempre estar acompanhada de advogado (LMP, art. 27) tanto na fase policial como em juízo, sendo ainda garantido acesso a serviços de Defensoria Pública e da Assistência Judiciária Gratuita (LMP, art. 28) (DIAS, 2015).

Após a edição da Lei, o número de Delegacias da Mulher (DEAMs), Núcleos Especializados, casas-abrigo, Promotorias da mulher, Defensoria da Mulher, dentre outros, cresceram significativamente (CAMPOS, 2015). A criação de tais mecanismos foi essencial para a luta contra a violência doméstica. A denúncia foi facilitada e o apoio para a vítima foi instituído.

5. *Feminicídio: Efeitos e implicações*

Apesar da Lei Maria da Penha tratar com rigidez tais crimes, ela não foi suficiente para erradicar o problema, continuando a violência contra a mulher com níveis alarmantes (ABDALA, 2011). Uma das maneiras que a violência contra a mulher se configura é o feminicídio. Diferentemente de femicídio, que significa a morte de uma mulher, o termo trata do homicídio de uma mulher pela simples razão de ela ser do gênero feminino.

O feminicídio pode decorrer de diversas circunstâncias, como o estupro, o assédio sexual, o uso de mulheres na pornografia, a exploração sexual, etc. (GEBRIM et. al., 2014). O objetivo do termo, que no Brasil tornou-se Lei específica (Lei nº 13.104/2015), é retirar a morte de mulheres decorrente do simples fato de serem mulheres da definição geral do homicídio, uma vez que o feminicídio contém características específicas. Além disso, o termo afasta a tendência individualizante e natural de se culpar a vítima, tratando muitas vezes do fato como problema passional. O feminicídio vai além de ser uma violência realizada por homens contra as mulheres. O feminicídio deve se enquadrar como violência exercida por homens por conta de sua posição de supremacia, seja ela social, sexual ou econômica (GEBRIM et. al., 2014).

A Lei nº 13.104/2015 altera o artigo 121 do Código Penal, o qual trata sobre o homicídio e o artigo 1º da Lei nº 8.072/1990, que trata sobre os crimes hediondos. As alterações feitas são aditivas, sendo que no Código Penal a adição visa prever o feminicídio como circunstância qualificadora subjetiva do crime de homicídio, justamente porque violência de gênero não é uma forma de execução do crime, mas sim, seu motivo. Além disso, acrescentou-se uma majorante, podendo a pena aumentar de 1/3 até a metade se o crime for praticado dentro do previsto (CP, art. 121, § 2º-A). Já na Lei nº 8.072/1990, foi incluído o feminicídio no rol dos crimes hediondos (SIMIONATO et. al., 2015).

REFERÊNCIAS:

ABDALA, Cláudia; SILVEIRA, Kátia; MINAYO, Maria Cecília.
Aplicação da Lei
Maria da Penha nas delegacias de mulheres: O caso do Rio de Janeiro.

CAMPOS, Carmen Hein de. A CPMI da violência contra a mulher e a implementação da Lei Maria da Penha. Estudos Feministas, Universidade de Vila Velha Florianópolis, 2015. (CAMPOS, 2015)

DIAS, Maria Berenice. Lei Maria da Penha A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Revista dos Tribunais, 4ª Edição, São Paulo, 2015. (DIAS, 2015)

FROSSARD, Heloisa. 2006. Instrumentos internacionais de direitos das mulheres. Brasília, D.F.: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres.

GARCIA, Leila Posenato. FREITAS, Lúcia Rolim Santana de. SILVA, Gabriela Drummond Marques da. HOFELMANN, Doroteia Aparecida. Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea, 2013. (GARCIA et. al., 2013).

GEBRIM, Luciana Maibashi. BORGES, Paulo César Corrêa. Violência de gênero Tipificar ou não o femicídio/feminicídio? Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, Ano 51 Número 202 abr./jun. 2014. (GEBRIM et al, 2014).

MACHADO, Lia Zanotta. A Longa Duração da Violência de Gênero na América Latina. In: FERNANDES, Ana Maria, RANINCHESKI, Sonia (Orgs.) Américas Compartilhadas. 1ª Ed. São Paulo: Editora Francis, 2009, v.1, p. 57-83.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 28. ed. São Paulo: Atlas. 2012.

APOSENTADORIA POR IDADE DOS SEGURADOS ESPECIAIS - APOSENTADORIA POR IDADE RURAL

JESSICA MASTELARI PUITI: Bacharelanda do curso de Direito pela Universidade Brasil - Fernandópolis.

Rodrigo Freschi Bertolo^[1] (Orientador)

RESUMO: O propósito deste estudo será a demonstração dos requisitos legais referente ao benefício previdenciário da aposentadoria por idade rural. Para que os segurados especiais façam jus ao benefício em questão, é necessário comprovar-se a idade mínima estipulada em lei, bem como o exercício da atividade rural pelo período de carência do benefício, ou seja, 180 meses, que será comprovado através de início de prova material, corroborado por prova testemunhal. Neste artigo científico veremos que os segurados especiais fazem jus ao benefício previdenciário mesmo não tendo contribuído para os cofres da autarquia - INSS.

Palavras-chave: Direito Previdenciário. Aposentadoria por idade. Trabalhador Rural. Segurado especial. Requisitos Legais.

ABSTRACT: The purpose of this study will be the demonstration of the legal requirements regarding the social security benefit of retirement by rural age. In order for the special insured to be entitled to the benefit in question, it is necessary to prove the minimum age stipulated by law, as well as the exercise of the rural activity for the period of grace of the benefit, that is, 180 months, which will be proven by beginning Of material proof, supported by testimonial evidence. In this scientific article we will see that the special insured persons are entitled to the social security benefit even though they have not contributed to the coffers of the INSS.

Keywords: Social Security Law. Retirement by age. Rural worker. Special insured. Legal requirements.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O segurado especial. 2. Carência da concessão do benefício de Aposentadoria por Idade. 3. Aposentadoria por Idade Rural. 4. Da desnecessidade de comprovação do requisito da carência imediata ao cumprimento da idade. 5. Situação da aposentadoria por idade rural após 31 de dezembro de 2010. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A Lei 8.213/91 no seu artigo 48, define os requisitos necessários para a concessão do benefício de aposentadoria por idade rural, quais sejam, a idade mínima necessária e o tempo de carência para o benefício.

A maior dificuldade que os segurados especiais (trabalhadores rurais) encontram é conseguir o benefício na via administrativa, ou seja, através do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, pois o principal motivo que leva à negativa de concessão de benefícios rurais, decorre da falta de comprovação da qualidade de segurado especial, diante da ausência de documentos que comprovem o tempo de exercício da atividade rural pelo período de carência necessária a concessão do benefício, pois para o INSS conceder o benefício pela via administrativa é necessário a apresentação de vasta prova material, onde na grande maioria das vezes os trabalhadores rurais não possuem os documentos exigidos, causando o indeferimento do benefício por falta de provas de sua qualidade de segurado especial.

Caso o trabalhador tenha seu benefício indeferido administrativamente poderá requerer o benefício judicialmente, sendo necessário para tanto apenas um início de prova material, que deverá ser corroborado pela prova testemunhal, onde já é pacífico o entendimento jurisprudencial, conforme demonstrado abaixo:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. ARTS. 39, I, 48, § 1º e 143 DA LEI 8.213/91. PROVA MATERIAL E TESTEMUNHAL. COMPROVAÇÃO DO TEMPO DE ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR À AQUISIÇÃO DA IDADE. RESP 1.354.908. PROVA MATERIAL E TESTEMUNHAL. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. CARÊNCIA CUMPRIDA. BENEFÍCIO CONCEDIDO.

I - Preceitua a Lei 8.213/91, em seus arts. 39, I, 48, §1º e 143, que o benefício da aposentadoria por idade dos trabalhadores rurais em regime de economia familiar é devido ao segurado especial, assim considerado pelo art. 11, VII, do diploma legal

citado, que completar 60 anos de idade, se homem, ou 55 anos, se mulher, e comprovar o exercício da atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período equivalente à carência exigida, nos termos dos arts. 26, III, e 142, do referido texto legal. II - Além do requisito etário, o trabalhador rural deve comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do benefício. III - Suficiência do conjunto probatório (documentos e testemunhas). IV - Benefício concedido. Apelação da parte autora provida.

Trataremos sobre a comprovação da qualidade de segurado especial (trabalhador rural) na via judicial, afim de assegurar a concessão do benefício de aposentadoria por idade rural, mesmo não tendo contribuído para os cofres da autarquia INSS.

1. O SEGURADO ESPECIAL

Considera-se segurado especial o produtor, o parceiro, o meeiro, o arrendatário rural, o pescador artesanal e seus assemelhados.

Os cônjuges, os companheiros e os filhos maiores de 14 anos que trabalham com a família em atividade rural estão incluídos na qualidade de segurado especial.

Os segurados especiais são os trabalhadores rurais que exerçam essas atividades individualmente ou em regime de economia familiar, ou seja, sem utilização de mão de obra assalariada com ou sem auxílio eventual de terceiros (mutirão).

Parceiro: trata-se de trabalhador rural que comprove ter, contrato de parceria com proprietário da terra, que desenvolve atividade pastoril, agrícola, ou hortifrutigranjeira, partilhando os lucros, conforme estipulado.

Meeiro: trata-se de trabalhador rural que comprove ter, contrato com o proprietário da terra, exerce atividade pastoril, agrícola, ou hortifrutigranjeira, dividindo os rendimentos conquistados.

Arrendatário: trata-se de trabalhador rural que comprove, utilizar a terra, mediante pagamento de aluguel ao proprietário do imóvel rural, para desenvolver atividade pastoril, agrícola ou hortifrutigranjeira.

Pescador artesanal: É aquele que, utiliza ou não da embarcação própria, de até duas toneladas brutas de tara, faz da pesca o meio principal de vida, ou sua profissão habitual, inclusive em regime de parceria, meação ou arrendamento e esteja matriculado na Capitania dos Portos ou no Instituto Brasileiro do Meio Ambiente - IBAMA.

Regime de economia familiar: Artigo 11 da Lei 8.213, § 1º:

“Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes.”

Auxílio eventual de terceiros: É conhecido popularmente como “troca dos dias”, não havendo pagamento em pecúnia, mas pagamentos em dias de trabalho, quando os trabalhadores rurais se ajudam mutuamente, prestando serviço, o que ocorre geralmente em época de plantio ou colheita.

2. CARÊNCIA DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR IDADE

O artigo 25, inciso II, da Lei 8.213/91, dispõem sobre a carência do benefício de aposentadoria por idade, definindo assim o número mínimo de contribuições mensais do segurado a Previdência Social para que faça jus ao recebimento do benefício em questão.

“II - Aposentadoria por idade...: 180 contribuições mensais.”

3. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL

Conforme previsto no [§ 1º](#) do artigo [48](#) da Lei [8.213/1991](#) tem direito à aposentadoria rural por idade o trabalhador rural que completar 60 (sessenta) anos se homem, e 55 (cinquenta) anos se mulher, desde que comprove o efetivo exercício da atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido, pois a legislação brasileira estabelece um regime jurídico diferenciado aos trabalhadores

rurais (segurados especiais), tendo em vista as inúmeras injustiças sociais sofridas pelos trabalhadores rurais ao longo da história de nosso país.

Nesse sentido entende a corrente majoritária de nossos Egrégios Tribunais:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. REQUISITOS DE CONCESSÃO PREVISTOS NOS ARTIGOS 48, §§ 1º E 2º, 142 E 143 DA LEI 8.213/1991. TRABALHADOR RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. CORROBORAÇÃO DA ATIVIDADE CAMPESINA POR TESTEMUNHOS UNIFORMES. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PARCIALMENTE PROVIDA.

1. A concessão de aposentadoria por idade rural é condicionada à satisfação do requisito etário de 60 (sessenta) anos para homens e 55 (cinquenta e cinco) anos para mulheres, nos termos do artigo 48, § 2º, da Lei n.º 8.213/1991, além da comprovação da carência prevista em lei. 2. Para os segurados que ingressaram no Regime Geral de Previdência Social até 24 de julho de 1991, a carência a ser cumprida está estabelecida na tabela prevista no artigo 142 da Lei n.º 8.213/1991. 3. Porém, para os segurados que ingressaram após a vigência da Lei de Benefícios Previdenciários, a carência a ser observada será de 180 meses, conforme disposto no artigo 25, inciso II, da Lei n.º 8.213/91. 4. No caso do trabalhador rural boia-fria, o trabalho exercido até 31.12.2010 será contado para efeito de carência, mediante a comprovação de exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento (art. 3º, inciso I e parágrafo único, da Lei n.º 11.718/2008). 5. O conceito de segurado especial é trazido pelo art. 11, VII, da Lei nº 8.213/1991. 6. Idade exigida em lei comprovada mediante cédula de identidade acostada aos autos. 7.

A instrução processual demonstrou o efetivo exercício de atividade rurícola, pelo prazo de carência previsto em lei, tendo em vista constar nos autos início de prova material, que restou corroborada por prova testemunhal harmônica. 8. Preenchidos os requisitos ensejadores à concessão do benefício de aposentadoria por idade rural. 9. Apelação da parte autora a que se dá parcial provimento.

Ou seja, para a concessão do benefício em questão, além do requisito idade, é indispensável que o segurado especial (trabalhador rural), comprove o exercício da atividade rural, ainda que descontínuo, pelo período mínimo de 180 meses, em regime de economia familiar, conforme estabelecido no artigo [142](#) da Lei [8.213/91](#).

Primeiramente deve-se requerer administrativamente o benefício de aposentadoria por idade rural através do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, caso haja a negativa do benefício administrativo como é de costume, deve-se ingressar judicialmente pleiteando a concessão do benefício.

A principal causa que leva à negativa de concessão de benefícios rurais na via administrativa, decorre da falta de comprovação da qualidade de segurado especial, diante da ausência de documentos que comprovem o tempo de exercício da atividade rural pelo período de carência do benefício, ou seja, 180 meses, pois para o INSS conceder o benefício na via administrativa é necessário a apresentação de vasta prova material.

É imprescindível o requerimento administrativo negado para se ingressar com o pedido na via judicial, sendo importante esclarecer que não é necessário o exaurimento do processo administrativo, ou seja, não é necessário recorrer para todas as instâncias administrativas, bastando apenas a carta de indeferimento do benefício.

Com o indeferimento administrativo do benefício o requerente pode ingressar judicialmente com uma ação pleiteando a sua aposentadoria por idade rural, sendo que na via judicial já é pacífico o entendimento de que é necessário apenas um início de prova material que comprove a qualidade

de segurado especial da parte autora, devendo ser corroborado por prova testemunhal na audiência de instrução e julgamento.

O artigo 106 da Lei [8.213/1991](#), traz alguns documentos que são admitidos como início de prova da atividade rural:

I - Contrato individual de trabalho ou Carteira de Trabalho e Previdência Social;

II - Contrato de arrendamento, parceria ou comodato rural;

III - Declaração fundamentada de sindicato que represente o trabalhador rural ou, quando for o caso, de sindicato ou colônia de pescadores, desde que homologada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS;

IV - Comprovante de cadastro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, no caso de produtores em regime de economia familiar;

V - Bloco de notas do produtor rural;

VI - Notas fiscais de entrada de mercadorias, de que trata o § 7º do art. 30 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, emitidas pela empresa adquirente da produção, com indicação do nome do segurado como vendedor;

VII - Documentos fiscais relativos a entrega de produção rural à cooperativa agrícola, entreposto de pescado ou outros, com indicação do segurado como vendedor ou consignante;

VIII - Comprovantes de recolhimento de contribuição à Previdência Social decorrentes da comercialização da produção;

IX - Cópia da declaração de imposto de renda, com indicação de renda proveniente da comercialização de produção rural;

X - Licença de ocupação ou permissão outorgada pelo Incra.

Esses documentos são meramente exemplificativos e não taxativos, podendo, portanto, o segurado especial fazer prova da sua qualidade de segurado, bem como da sua atividade como trabalhador rural através de qualquer documento em que conste sua profissão como “rurícola”, “lavrador”, “trabalhador rural”, por exemplo através de cópia da certidão de casamento, certidão de nascimento dos filhos, contratos de parceria agrícola, etc.

É importante salientar que os documentos em nome do marido que o qualifiquem como trabalhador rural são extensíveis à esposa, ainda que nos documentos constem a profissão da esposa como sendo “doméstica” ou do “lar”.

Nesse sentido, transcrevo trecho da decisão proferida pelo Egrégio Tribunal:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS. PROFISSÃO DE TRABALHADOR RURAL DO MARIDO QUE SE ESTENDE À ESPOSA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ABANDONO INVOLUNTÁRIO DO TRABALHO. MANUTENÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO ESPECIAL. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS PREVISTOS NA LEI 11.960/2009. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I - Ante o início razoável de prova material apresentado, corroborado pela prova testemunhal idônea produzida em Juízo, resultou comprovado o labor rural desempenhado pela parte autora por período superior ao exigido para concessão do benefício previdenciário de aposentadoria rural por idade, consoante os arts. 142 e 143 da Lei 8.213/91. II - A jurisprudência é pacífica no sentido de se estender à esposa de trabalhador rural a profissão do marido, constante dos registros civis, para efeitos de início de prova documental, complementado por testemunhas. III - Conquanto o marido da autora seja

beneficiário de aposentadoria por invalidez, como trabalhador rural, não há prejuízo à sua condição de segurada especial, haja vista que o abandono do trabalho pelo seu cônjuge se deu de forma involuntária, não atingindo sua qualidade de trabalhador rural em regime de economia familiar. Ademais, em complemento às provas documentais, as testemunhas corroboraram o labor rural da autora. IV - Os juros de mora e a correção monetária deverão observar o disposto na Lei nº 11.960/09 (STF, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 870.947, 16.04.2015, Rel. Min. Luiz Fux). V - Mantidos os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor das prestações vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do E. STJ, a teor do disposto no Enunciado 6 das diretrizes para aplicação do Novo CPC aos processos em trâmite, elaboradas pelo STJ na sessão plenária de 09.03.2016. VI - Apelação do réu e remessa oficial tida por interposta parcialmente providas.

Desta forma, assim que o trabalhador rural tenha completado a idade mínima, bem como tenha cumprido o período de carência de 180 meses de trabalho rural, fara jus a concessão do benefício de aposentadoria por idade rural, independentemente de ter contribuído para os cofres da autarquia, conforme entendimento jurisprudencial abaixo:

PREVIDENCIÁRIO. RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. INÍCIO DE PROVA ESCRITA CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. DESCONTINUIDADE DA ATIVIDADE. REQUISITOS SATISFEITOS. PERÍODO DE CARÊNCIA CUMPRIDO. DESNECESSIDADE DE CONTRIBUIÇÕES.

Início de prova escrita corroborada pela prova testemunhal justifica o reconhecimento do exercício de atividade rural para efeito de aposentadoria por idade. - Cédula de identidade (nascimento em

24.06.1952). - Certidão de casamento em 11.02.1981, qualificando o autor como lavrador. - Certificado de dispensa de incorporação de 1970, qualificando o requerente como lavrador. - Certidões de nascimento de filhos em 01.11.1981, 18.10.1983, 04.04.1988, qualificando o autor como lavrador. - Certidão de óbito em 10.08.1981, qualificando o pai como lavrador. - Certidão em nome do requerente constando registro da inscrição estadual de produtor rural, propriedade denominada Sítio São Manoel, início das atividades em 09.02.1972. - Ficha de filiação do autor ao Sindicato dos Trabalhadores rurais de Dracena de 01.11.1981 com mensalidades pagas de 1982 a 1986. - Certidão de um imóvel rural, em nome do genitor de 04.08.1964, denominada Fazenda Santo Antonio. - Partilha do imóvel rural do genitor em 24.06.1986, em favor da viúva e filhos. - Contratos de parceria agrícola de 30.09.1983 a 30.09.1986, 19.01.1990. - Recibos de 1973 a 1975. - Nota promissória de 1986. - Contribuição Sindical rural de 1970 de um minifúndio. - Certificado de Registro de Propriedade Cafeeira de 1982. - Folha de cadastro de trabalhador rural produtor de 1976. - Recibo de entrega de declaração de rendimentos de 1974. - Notas de 1972 a 1988. - Comunicado de indeferimento do pedido de aposentadoria por idade, segurado especial, formulado na via administrativa em 27.06.2013. - A Autarquia juntou consulta efetuada ao sistema Dataprev, constando que o autor possui cadastro como autônomo, de 01.10.1986 a 31.03.1988. - As testemunhas conhecem o autor e confirmam seu labor rural em regime de economia familiar juntamente com os parentes. - O autor juntou início de prova material de sua condição de lavrador, o que corroborado pelos depoimentos das testemunhas, que são firmes em confirmar que

sempre trabalhou no campo, justifica a concessão do benefício pleiteado. - O regime de economia familiar pressupõe que os membros da família trabalhem no imóvel rural, sem o auxílio de empregados, para sua própria subsistência, o que ficou comprovado no presente feito. - É possível concluir que o autor trabalhou no campo, por mais de 16 anos. É o que mostra o exame da prova produzida. Completou 60 anos em 2012, tendo, portanto, atendido às exigências legais quanto à carência, segundo o art. 142 da Lei nº 8.213/91, por prazo superior a 186 meses. - O termo inicial deve ser mantido na data do requerimento administrativo (27.06.2013), momento em que a Autarquia tomou conhecimento do pleito. - A correção monetária e os juros moratórios incidirão nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor, por ocasião da execução do julgado. - Quanto ao índice de correção monetária aplicável, não obstante o teor da Lei nº 11.960/2009, anoto que o tema permanece controvertido, conforme se verifica da leitura do voto do Exmo. Ministro Luiz Fux no RE 870.947, razão pela qual determino seja aplicado o índice de correção monetária em vigor quando da execução do julgado, de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal então vigente. - As Autarquias Federais são isentas do pagamento de custas, cabendo apenas as em reembolso. - Presentes os pressupostos do art. 300 c.c.497 do novo CPC, é possível a antecipação da tutela. - Apelo do INSS parcialmente provido.

Ainda, vale-se ressaltar que para a concessão da aposentadoria por idade rural não se exige que o início de prova material corresponda a todo o período laborado na roça, pois como já mencionado, a prova documental será corroborada e complementada pela prova testemunhal.

4. DA DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO REQUISITO DA CARÊNCIA IMEDIATA AO CUMPRIMENTO DA IDADE

A demonstração da prova material não necessita ser de período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, sendo desnecessária a simultaneidade no preenchimento dos requisitos para a concessão da aposentadoria por idade rural, conforme demonstra a jurisprudência majoritária a seguir:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL E PROVA ORAL SUFICIENTES PARA CORROBORAR O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL. ATENDIMENTO SIMULTÂNEO DOS REQUISITOS LEGAIS. DESNECESSIDADE. DIREITO ADQUIRIDO. DESPROVIMENTO.

1. A prova oral produzida em Juízo, em consonância com o enunciado da Súmula 149 do STJ, corrobora a prova material apresentada, revestindo-se de força probante o suficiente para aquilatar o desenvolvimento do labor rurícola pelo tempo necessário ao cumprimento da carência exigida pela lei de regência. 2. A aposentadoria por idade rural independe de atendimento simultâneo dos requisitos legais e é desnecessária a simultaneidade no preenchimento dos requisitos para a concessão da aposentadoria por idade. Precedentes do STJ. 3. Os vínculos de natureza urbana, constantes do CNIS do marido da autora, iniciaram quando a autora já contava com 15 anos, ou 180 meses de trabalho rural. 4. Ante o conjunto probatório apresentado, é de rigor a concessão do benefício, sendo que nada obsta ao exercício de direito adquirido, em momento posterior ao preenchimento dos requisitos. 5. Agravo desprovido.

Como foi demonstrado, não é necessário o preenchimento simultâneo do requisito da idade e do período de carência do benefício de aposentadoria por idade.

5. SITUAÇÃO DA APOSENTADORIA POR IDADE RURAL APÓS 31 DE DEZEMBRO DE 2010

A partir de 31 de dezembro de 2010, muito tem se discutido a respeito da possibilidade ou não da aposentadoria do trabalhador rural sem a necessidade de contribuições, pois o dispositivo do art. 143 da Lei 8.213/91 tinha lapso temporal de aplicação temporária de 15 anos. Todavia, seu prazo foi prorrogado pelo art. 2º da Lei 11.718/08, encerrado em 31 de dezembro de 2010.

Não obstante, para aqueles que cumprirem as exigências, ou seja, tempo de serviço, mais a idade, a partir de 01 de janeiro de 2011 foi criada uma nova regra transitória de contribuições para efeito de carência, nos termos do disposto no art. 3º da Lei 11.718/08.

Nesse ponto, segue abaixo o entendimento do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

**PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL.
APOSENTADORIA RURAL POR IDADE.
DECADÊNCIA. COMPROVAÇÃO DOS
REQUISITOS. TERMO INICIAL. HONORÁRIOS
ADVOCATÍCIOS.**

I - De prazo decadencial para a hipótese de aposentadoria rural por idade após 31.12.2010, mas tão somente o estabelecimento de regras específicas a serem aplicadas para a comprovação de atividade rural após este prazo. II - Em face do caráter protetivo social de que se reveste a Previdência Social, não se pode exigir do trabalhador campesino o recolhimento de contribuições previdenciárias, quando é de notório conhecimento a informal idade em que suas atividades são desenvolvidas, cumprindo aqui dizer que dentro dessa informal idade se verifica uma pseudo-subordinação, uma vez que a contratação acontece ou diretamente pelo produtor rural ou pelos chamados "gatos", seria retirar deste qualquer possibilidade de

auferir o benefício conferido em razão do implemento do requisito etário e do cumprimento da carência. Ademais disso, o trabalhador designado "boia-fria" deve ser equiparado ao empregado rural, uma vez que enquadrá-lo na condição de contribuinte individual seria imputar-lhe a responsabilidade contributiva conferida aos empregadores, os quais são responsáveis pelo recolhimento das contribuições daqueles que lhe prestam serviços. III - Ante o início razoável de prova material apresentado, corroborado pela prova testemunhal idônea produzida em juízo, resultou comprovado o labor rural desempenhado pela parte autora quando do implemento do requisito etário, por período superior ao exigido para concessão do benefício previdenciário de aposentadoria rural por idade, consoante os arts. 142 e 143 da Lei 8.213/91. IV - O termo inicial do benefício deve ser fixado a partir da data do requerimento administrativo, em conformidade com sólido entendimento jurisprudencial. V - Honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) do valor das prestações vencidas até a presente data, de acordo com o entendimento firmado por esta 10ª Turma, vez que o pedido foi julgado improcedente no Juízo *a quo*. VI - Apelação da autora provida.

Diante de todo o exposto, ficou claro que o trabalhador rural ainda tem seus direitos garantidos para aposentar-se independentemente das contribuições previdenciárias exigidas posteriormente a 31 de dezembro de 2010, pois a lei 11.718/08 obrigou os contratantes dos trabalhadores rurais a recolherem as contribuições previdenciárias correspondentes, o que na maioria das vezes não acontece, não podendo os trabalhadores rurais serem prejudicados por isso.

Desta forma, mesmo após 31 de dezembro de 2010, não se exige do lavrador/diarista a comprovação do recolhimento de contribuições previdenciárias para a obtenção da aposentadoria por idade rural, pois a

legislação atribuiu essa obrigação aos contratantes de seus serviços, cujo descumprimento não pode prejudicar o trabalhador rural, esse entendimento é o resultado de interpretação sistemática da legislação, realizada à luz da Constituição de 1988, artigos 1º, 3º, 194 e 201, ou seja, para ter direito ao benefício de aposentadoria por idade rural ainda requer tão somente a comprovação do trabalho rural mediante apresentação de início razoável de prova material, corroborado por prova testemunhal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aposentadoria por idade rural, trata-se de um benefício previdenciário destinado aos segurados especiais, que não exige o recolhimento de contribuições previdenciárias, ou seja, para que o trabalhador tenha direito ao benefício em questão, basta preencher os requisitos elencados no artigo 48 da Lei 8.213/91, fazendo-se indispensável que o requerente tenha 60 anos de idade se homem e 55 anos se mulher, e que comprove através de início de prova material, corroborado por prova testemunhal o efetivo exercício da atividade rural, pelo período de carência estabelecido em lei que é de 180 meses, ainda que de forma descontínua.

Vimos que as mudanças trazidas pela lei 11.718/08 não alteraram na prática a concessão do benefício de aposentadoria por idade rural na via judicial, sendo que os Egrégios Tribunais ainda entendem ser apenas necessário a comprovação do trabalho rural pelo período de carência exigido em lei, demonstrando um início de prova material corroborado por prova testemunhal.

REFERÊNCIAS

ARTIGO 48, da Lei 8.213/91, disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 15 mai. 2017.

ARTIGO 11, Lei 8.213, § 1º, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 05 dez. 2016.

ARTIGO 25, inciso II, Lei 8.213/91, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 05 dez. 2016.

ARTIGO 106 da Lei 8.213/1991, disponível em:
<<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11343986/artigo-106-da-lei-n-8213-de-24-de-julho-de-1991>>. Acesso 05 dez. 2016.

BACHUR, Tiago Faggioni; AIELLO, Maria Lucia. **Teoria e Prática do Direito Previdenciário**. 2ª ed. São Paulo: Lemos & Cruz – Publicações Jurídicas, 2009. 1515 p.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Trabalhador Rural – Segurado Especial – Legislação, Doutrina e Jurisprudência**. Curitiba-PR: Alteridade, 2015. 273 p.

SABÓIA, Maximiliano Silveira. **Manual Prático de Direito Previdenciário RGPS e RPPS**. 6ª ed. São Paulo: Vale do Moji, 2016. 1660 p.

SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 6ª Ed. Curitiba-PR: Alteridade; 2016. 757 p.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação cível nº 0005966-02.2017.4.03.9999/SP. Apelante: Deraci Pinto Barcelos Freitas, Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Apelado: Os Mesmos. Relator: Desembargador Federal David Dantas. Miracatu, São Paulo, 24 de abril de 2017. **Consultor jurídico**. Disponível em:

<<http://web.trf3.jus.br/acordaos/acordao/buscardocumentogedpro/5980479>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação cível nº 0024650-09.2016.4.03.9999/SP. Apelante: Ondina Simões de Almeida. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Relator: Desembargador Federal Fausto De Sanctis. Itapetininga, São Paulo, 24 de abril de 2017. **Consultor jurídico**. Disponível em:

<<http://web.trf3.jus.br/acordaos/acordao/buscardocumentogedpro/5966128>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação cível nº 0034779-10.2015.4.03.9999/SP. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Apelado: Elita Neris dos Santos Oliveira.

Relator: Desembargador Federal Sergio Nascimento. Novo Horizonte, São Paulo, 12 de abril de 2016. **Consultor jurídico**. Disponível em:

<<http://web.trf3.jus.br/acordaos/acordao/buscardocumentogedpro/5090790>>. Acesso em: 11 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação cível nº 0006084-75.2017.4.03.9999/SP. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Apelado: Jose Olavo Lomba. Relatora: Desembargadora Federal Tania Marangoni. Dracena, São Paulo, 24 de abril de 2017. **Consultor jurídico**. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5973324>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação cível nº 0005021-15.2017.4.03.9999/sp. Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Interessado: Maria Aparecida Mussato Iamaguisi. Relator: Desembargador Federal Baptista Pereira. Monte Alto, São Paulo, 21 de maio de 2013. **Consultor jurídico**. Disponível em:

<<http://web.trf3.jus.br/acordaos/acordao/buscardocumentogedpro/2877888>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação cível nº 0005021-15.2017.4.03.9999/SP. Apelante: Alzira de Oliveira das Neves. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Relator: Desembargador Federal Sergio Nascimento. Monte Alto, São Paulo, 18 de abril de 2017. **Consultor jurídico**. Disponível em:

<<http://web.trf3.jus.br/acordaos/acordao/buscardocumentogedpro/5978307>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

Nota:

[1] <http://lattes.cnpq.br/0237220274518205>

² <http://lattes.cnpq.br/9965215637160749>

A CIÊNCIA DO DIREITO ANALISADA PELA DOGMÁTICA KELSENIANA.

BÁRBARA ALICE FORT DOS SANTOS:
Advogada formada pela Universidade Católica
de Pernambuco em janeiro de 2015.

RESUMO: Trata-se o presente trabalho de fomentar a reflexão dos operadores do Direito acerca da importância da dogmática construída por Hans Kelsen e seus impactos no ordenamento atual. Perpassando pelos pontos cruciais de suas obras, analisamos o ápice de seu pensamento jurídico através da construção da Teoria Pura do Direito e a sua interpretação e construção purista das normas jurídicas, bem como suas sugestões acerca da resolução de casos comuns ao Direito, a saber, antinomias e lacunas. Buscamos, ademais, abordar de forma concisa um tópico de grande importância para a hermenêutica jurídica atual, qual seja, o Controle de Constitucionalidade.

Palavras-chave: Hans Kelsen, teoria pura do direito, dogmática kelseniana, controle de constitucionalidade.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Ciência do Direito. 1.1. Classificação da Ciência do Direito. 1.2. Caráter Constitutivo da Ciência do Direito. 2. Teoria Pura do Direito. 2.1. Teoria da Norma. 2.1.1. Sistema Escalonado e Validade e Eficácia das Normas. 2.1.2. Normas Primárias e Normas Secundárias. 2.1.3. A Questão das Lacunas. 2.1.4. A Questão das Antinomias. 3. Sanção. 4. Controle de Constitucionalidade. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O direito possui uma definição bastante complexa. Apesar de ter como objetivo regulamentar a sociabilidade humana – uma vez que as leis podem ser vislumbradas em cada ação do homem –, o direito está repleto de conflitos e incoerências.

Neste sentido, Hans Kelsen defendia que o direito se constituía primordialmente como um sistema de normas coativas permeado por uma

lógica interna de validade que legitima, a partir de uma norma fundamental, todas as outras normas que lhe integram.

Nesse sentido, Kelsen dedicou toda sua vida explicando e defendendo um direito universalmente válido e, na sua busca por respostas, tornou-se um dos maiores teóricos do século XX.

Em uma de suas maiores obras, Teoria Pura do Direito, defendeu a criação de uma ciência “pura”, livre de toda e qualquer influência de outras ciências como a filosofia e sociologia, por exemplo. Para ele, as normas, a fim de se tornarem válidas, precisam obedecer a um sistema hierárquico, no qual a norma que está no topo dessa hierarquia é que a responsável pela validação de todas as outras normas. Essa norma foi chamada por ele de norma hipotética fundamental.

Assim, na visão kelseniana, o direito é uma ordem coerciva e, por isso o seu não cumprimento acarreta em sanções. Essas sanções são ditadas pelos juízes que dão sua própria interpretação para a norma. Portanto, para entender as teorias de Kelsen, é preciso entender, antes, como ele se posicionava à respeito da construção da teoria do direito, da sua teoria das normas, das sanções e da relação do direito com a sociedade.

Por isso, ao longo deste trabalho iremos explicar detalhadamente, conceitos que se tornaram imprescindíveis para se entender o ordenamento jurídico atual, vez que a teoria kelseniana perpassou anos e – muito embora esteja ultrapassada ante a superação do positivismo – importantes são os seus traços na hermenêutica jurídica contemporânea.

1. Ciência do Direito:

1.1. Classificação da Ciência do Direito:

O objeto da ciência jurídica compreende as normas produzidas pelas autoridades competentes – em consonância ao princípio fundamental

– através de um processo de construção em que são excluídos do âmbito de interesse do cientista jurídico todos os fatores sociais, econômicos, culturais, morais ou políticos. Ou seja, a norma deve ser construída, na visão kelseniana, através de um método puramente jurídico, excluindo-se quaisquer valores que possam interferir em sua edição.

Apesar do purismo do Direito defendido por Hans Kelsen, o doutrinador deixa assente em suas obras que as condutas humanas, enquanto forem determinadas por normas jurídicas, são igualmente objeto do conhecimento do direito. Não por outra razão que preceitua uma norma jurídica seria válida tão somente se a conduta humana a que ela se propõe a regular lhe correspondesse ao menos minimamente. Nas palavras de Kelsen:

“Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que – como costuma dizer-se – não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente)”¹

Dito isto, na classificação kelseniana, as ciências se dividem – segundo o seu objeto – em naturais ou sociais, encontrando-se o direito nesta última categoria por alcançar as condutas dos homens.

Entretanto, a mais significativa classificação para Kelsen é a que leva em conta o princípio fundamental do conhecimento, tendo-se as ciências causais e as ciências normativas. E mesmo que os dois padrões

¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4.ed. São Paulo: Martins fontes, 2000.

classificatórios se interpenetrem, e sejam possíveis classificar certos conhecimentos como sociais e causais, não existe um que possa se chamar de ciência natural normativa.

O principal traço distintivo entre a ciência causal e a ciência normativa é que a primeira delas é regida pelo princípio da causalidade, significando que para todo pressuposto há um conseqüente necessário e, caso este não ocorra conforme o esperado, o pressuposto (ou a hipótese) é tido como falso. Estamos diante, portanto, da ciência do “ser”.

Diversamente é a ciência normativa, a qual é regida pelo princípio da imputação, de modo que o conseqüente é previamente prescrito seguindo a lógica do “dever ser”. Assim, nas lições de Flávia Aguiar Cabral Furtado Pinto:

O conseqüente, nesse caso, segue a órbita do “dever ser”, ou seja, o fato de a prescrição ocorrer, não torna falsa a proposição da qual ela deveria decorrer.²

É com base nesta concepção do “dever ser” que Kelsen defendia ser a ciência jurídica puramente descritiva. Assim, caberia ao legislador descrever a hipótese normativa como deveria ser e ao intérprete caberia apenas aplicar a norma, sem questioná-la. E a doutrinadora acima mencionada conclui com uma importante crítica ao pensamento kelseniano:

Observa-se, pois, que Kelsen negou a capacidade criadora e renovadora do direito tentando transformá-lo em dogma, para que dessa forma pudesse manter

² PINTO, Flávia Aguiar Cabral Furtado. **A Ciência Jurídica Kelseniana: uma análise crítica contemporânea.** Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11440>. Acesso em: 20 abr. 2013.

as normas jurídicas longe de críticas e questionamentos acerca de sua origem, justiça, validade e efetividade de sua aplicação, como forma de resolver problemas sociais.³

Kelsen, portanto, olvidou-se que não há como conceber o ordenamento jurídico como uma ciência estática, imutável e inquestionável, vez que sua existência reside exatamente na necessidade de solucionar os mais variados problemas sociais surgidos ao longo dos tempos ante as relações humanas. Não sem razão que atualmente vemos a construção de sistemas jurídicos pautados em normas gerais, de caráter aberto, permitindo que o operador do direito possa manejar as normas diante de casos concretos que não poderiam ser imaginados em sua totalidade pelo legislador quando da produção normativa.

1.2. Caráter Constitutivo da Ciência do Direito:

Kelsen, ao examinar as diferenças entre normas jurídicas e proposições jurídicas, sustenta claramente a inviabilidade de um projeto epistemológico. Para ele, o direito positivo não tem lógica, uma vez que as normas são produzidas pelas autoridades devidamente investidas sem que haja uma correlação entre elas, as normas.

Afirma, portanto, que a natureza dos princípios lógicos não permite a sua aplicação no ordenamento jurídico, mas tão somente a atos de pensamento que possam ser verdadeiros ou falsos. E, por isso, exclui-se sua aplicação lógica às normas, que são atos de vontade insuscetíveis de valoração. Sendo assim, a lógica só se aplica à formulação de proposições jurídicas, que são enunciados descritivos de normas, podendo ser valoradas como verdadeiras ou falsas.

³ Idem

Além disso, Kelsen nega a existência de uma lógica especialmente jurídica. Para ele, os princípios lógicos aplicáveis às proposições jurídicas são os mesmos utilizados pela ciência natural. Segundo Fábio Ulhoa Coelho:

Para ele [Kelsen], não somente é sem sentido cogitar de qualquer tipo de lógica na criação do direito, como também de uma lógica própria para descrição das normas⁴

Desta feita, inspirado pela Teoria do Conhecimento de Kant – a qual resumidamente defendia que, apesar de o conhecimento se basear na experiência, esta nunca será neutra, já que a ela são impostas características da cognição humana –, Kelsen conclui que a ciência jurídica tem caráter constitutivo e, conseqüentemente, produz o seu objeto de estudo ao mesmo tempo em que o transforma em um todo com sentido.

2. Teoria Pura do Direito:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do direito positivo. Essa doutrina visa estudar as prescrições que foram impostas por seres humanos e não aquelas que foram atribuídas a autoridades sobre-humanas, como Deus, por exemplo, assim como pretendia fazer o jusnaturalismo. Kelsen, ao propor essa teoria, desqualifica a importância do jusnaturalismo como teoria válida para o direito e pretende dar um caráter neutro a essa ciência.

De acordo com Fábio Ulhoa Coelho, Kelsen baseia-se no princípio metodológico fundamental, segundo o qual o conhecimento da norma jurídica deve necessariamente prescindir daqueles relativos à sua

⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Para Entender Kelsen**. São Paulo: Saraiva, 2010.

produção, bem como abstrair totalmente os valores envolvidos com sua aplicação.⁵ E é justamente aí que residiria a pureza do direito, no fato de não emitir juízos de valor.

Logo, o direito deveria ter um aspecto rigorosamente formal e ser uma ciência das normas que atingisse seus objetivos epistemológicos de neutralidade e objetividade. Para tanto, Kelsen propõe o isolamento do direito, a fim de que ele se torne “puro” de todas as outras ciências, já que até então, o direito estava impregnado de juízos de valores e de especulações filosóficas e sociológicas.

O plano da Teoria Pura era, portanto, atingir a autonomia disciplinar para a ciência jurídica e isso decorreria da estrita definição de seu objeto (corte epistemológico) e de sua neutralidade (corte axiológico).

A teoria divide-se em dois grandes ramos:

a) Estática Jurídica: estuda as normas reguladoras da conduta. Vê o direito como um sistema de normas em vigor e analisa a estrutura das normas buscando definir conceitos como obrigação, permissão, etc.

b) Dinâmica Jurídica: o objeto de estudo é a conduta humana regulada, o processo jurídico em seu movimento de criação e aplicação, ou seja, observa as relações hierárquicas entre as normas.

Kelsen apresenta, ainda, o ordenamento jurídico positivo, que é um conjunto de normas válidas, como uma pirâmide de normas, onde se articulam o aspecto estático e dinâmico do direito. A validade é o que integra esses dois aspectos.

5 COELHO, Fábio Ulhoa. **Para Entender Kelsen**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Assim, no momento em que é criada ou aplicada (dinâmico), para que a norma seja considerada válida é preciso verificar se as condições de sua produção ou aplicação – capacidade e competência dos agentes, além do procedimento de produção e aplicação – estão previamente contidas nos comandos de outras normas já produzidas e integrantes do ordenamento jurídico (estática). Logo, o dualismo entre estática e dinâmica é apenas aparente, já que a dinâmica está subordinada à estática por uma relação de validade.

Ademais, a validade de uma norma decorre de outra hierarquicamente superior e esta outra superior dependerá também de outra norma superior e assim sucessivamente até se chegar a uma norma que seria o pressuposto de validade de todas as outras. Esta seria uma norma suposta e não posta, chamada de norma hipotética fundamental, explicada no decorrer deste trabalho mais detalhadamente.

2.1. Teoria da Norma:

2.1.1. Sistema Escalonado e Validade e Eficácia das Normas:

Em suas obras, Hans Kelsen propõe uma visão sistêmica do ordenamento jurídico, no qual as normas não se encontram postas desordenadamente, mas sim umas em função das outras. Esse é o chamado sistema escalonado e gradativo de normas, que em cujo topo figura a Norma Hipotética Fundamental. Abaixo trazemos um esquema para a melhor visualização do sistema escalonado que propunha Kelsen.

O SISTEMA ESCALONADO DAS NORMAS JURÍDICAS



Apresentado esse esquema, observa-se uma hierarquia entre as normas, na qual uma norma superior situa-se no topo e as demais normas encontram-se em sequência hierárquica abaixo, estando sempre de acordo com a superior. Este posicionamento das normas – de estar uma acima da outra na pirâmide, em sequência vertical – é chamada de Verticalidade das Normas.

A essência de sua Teoria Pura do Direito era basicamente desvincular a ciência jurídica de valores morais, políticos, sociais ou filosóficos. Sendo assim, defendia que o Direito não deriva de outras ciências, mas sim dele mesmo, o que gera um questionamento infinito, visto que a competência para editar normas jurídicas sempre decorre de outra norma. Para enclausurar o sistema jurídico, solucionando a questão em aberto, Kelsen lança mão de uma norma que deve sustentar o fundamento de validade da ordem jurídica como um todo, mas que necessariamente não tenha sido editada por nenhum ato de autoridade. Uma norma não posta, mas suposta.

Para Kelsen, a norma jurídica é válida dependendo, inicialmente, da sua relação com a norma fundamental. No entanto, não basta o

atendimento a esta condição de ligação, é necessário ainda um mínimo de eficácia. Aqui, reside um dos questionamentos mais complexos da obra de Kelsen: a relação entre validade e eficácia.

Sustenta a teoria pura que tanto a norma jurídica singularmente considerada, quanto a própria ordem jurídica como um todo, deixam de ser válidas se perderem a eficácia, mas é uma extrapolação considerar esses termos como sinônimos. Ou seja, qualquer norma jurídica totalmente ineficaz é inválida, porém a ineficácia episódica ou temporária não compromete a vigência de uma norma jurídica em particular. Também, a eficácia global do Direito se mostra uma condição de validade.

Em resumo, a validade da norma jurídica está condicionada a três pressupostos:

- a) Competência da autoridade que a editou, derivada da norma hipotética fundamental;
- b) Mínimo de eficácia, sendo irrelevante a sua inobservância episódica ou temporária;
- c) Eficácia global da ordem de que é componente.

“A validade não se confunde com a eficácia, está é apenas condição daquela.”, afirmou Hans Kelsen⁶.

2.1.2. Normas Primárias e Normas Secundárias:

A teoria da norma jurídica, segundo Hans KELSEN, fundamenta-se na distinção entre o sein (ser) e o sollen (dever ser), afirmando o autor que

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito – versão condensada pelo próprio autor*. 6.^a Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

toda norma jurídica pode ser compreendida como a imposição de uma sanção à conduta nela considerada.

No entanto, há a presença no ordenamento jurídico de normas que não são necessariamente proibitivas, o que contradiz, à primeira vista, o pensamento kelseniano.

Para sustentar sua visão, Kelsen afirma que certas normas não têm autonomia, mas se ligam intrinsecamente a outras de natureza sancionadora. São normas não autônomas as que apenas prescrevem condutas sem menção da punição cabível no caso de desobediência. Essa distinção resultou no nascimento, em sua doutrina, das normas primárias e das normas secundárias. Vejamos sua definição:

- a) **Normas primárias** - aquelas que estipulam sanções diante de uma possível ilicitude. Sendo assim, são a síntese do que é direito para a teoria pura;
- b) **Normas secundárias** - aquelas que prescrevem a conduta lícita, sendo consideradas somente como conceitos auxiliares do conhecimento jurídico e não apresentando menção de punição em caso de desobediência.

As normas primárias impõem deveres positivos ou negativos aos indivíduos. As normas secundárias, por sua vez, outorgam poderes aos particulares ou às autoridades públicas para criar, modificar, extinguir ou determinar os efeitos das normas do tipo primárias.

Em síntese, para a teoria pura, o direito é descrito pela ciência jurídica como uma ordem coativa, e, desse modo, as normas que não estatuem atos de coerção somente podem ser vistas como dependentes das normas de índole sancionadora. Então, fica claro que, se postas em uma pirâmide hierárquica, não terão a mesma importância, sendo a norma primária mais importante do que a secundária.

2.1.3. A Questão das Lacunas:

Normalmente, as lacunas são identificadas pela doutrina tradicional como a ausência de norma jurídica geral para determinado caso particular. Kelsen mostra, no entanto, que as lacunas entendidas nesse sentido tradicional são impossíveis, visto que nunca haverá ausência de norma jurídica, pois, inexistindo específica sanção relacionada à conduta em foco, aplica-se a ordem jurídica, na permissão geral de tudo quanto não se encontra proibido.

O autor defende ainda que nem sempre, quando não há a presença de ordenamento de certa conduta, o poder judiciário considera essa ausência como lacuna. Vejamos:

“Apenas se o juiz não concordar com a falta de sanção do comportamento que está julgando, ele irá cogitar a existência de lacuna, e, ao colmatá-la, dará ao caso particular a solução mais justa segundo o seu entendimento”.⁷

O legislador não tem condição de antecipar todas as ações humanas futuras e isso, conforme acentua Kelsen, é uma afirmação de demonstração raramente possível.

Entretanto, o doutrinador afirmava que o juiz, ao se deparar com uma situação não normatizada pelo ordenamento em vigor, poderia considerar injusto ignorá-la devida a uma certa importância desse pedido. Assim, Kelsen afirmava que era permitido ao juiz legislar diante do fato quando a lei fosse omissa (inexistente), baseando-se nos costumes e nos

7 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** – versão condensada pelo próprio autor. 6.^a Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

princípios gerais, sem que isso estivesse reconhecendo o ordenamento como incompleto.

2.1.4. A Questão das Antinomias:

Antes de iniciar o estudo sobre a questão das antinomias na visão kelseniana, é importante diferenciar aqui norma jurídica de proposição jurídica de forma objetiva.

“A norma jurídica, editada pela autoridade, tem caráter prescritivo, enquanto a proposição jurídica, emanada da doutrina, tem natureza descritiva. Aquela resulta de um ato de vontade (a autoridade com competência quer as coisas de um certo modo) e esta última decorre de ato de conhecimento (é verdade que a autoridade com competência quer as coisas de um certo modo).”⁸

Então, uma norma jurídica enuncia, por exemplo, que o homicídio deve ser punido com reclusão de seis a vinte anos e, desde a entrada em vigor, um doutrinador enuncia que o homicídio deve ser punido com reclusão de seis a vinte anos. O primeiro enunciado prescreve condutas, sendo competência do poder legislativo; o segundo, limita-se a descrever o artigo.

Assim, normas são derivações de vontade e, portanto, não podem ser classificadas como verdadeiras ou falsas e sim como válidas ou inválidas. Já as proposições são juízo hipotético e são classificadas como verdadeiras, se descreverem fielmente a norma em foco, ou falsas, em caso contrário.

⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Para Entender Kelsen**. São Paulo: Saraiva, 2010.

A antinomia nada mais é do que a afirmação concomitante de duas proposições jurídicas contrárias, visto que, segundo a doutrina kelseniana, não há contradição entre as normas senão de modo reflexivo, ou seja, uma contradição de suas proposições correspondentes. É importante lembrar que as antinomias só se dão quando as normas se encontram nas seguintes situações:

- a) Sejam elas jurídicas e estejam em vigor;
- b) Sejam integrantes do mesmo sistema jurídico;
- c) Os comandos são direcionados às mesmas pessoas;
- d) O conteúdo de uma seja a negação da outra.

Kelsen estuda as antinomias jurídicas dividindo-as em duas partes: normas de mesmo escalão e normas de hierarquia diferente.

- Normas de mesma hierarquia –

a) editadas em momentos diferentes: a contradição é resolvida pelo princípio Lex posterior derogat priori, ou seja, a norma posterior revoga a anterior.

b) editadas em momentos iguais: Kelsen recomenda duas tentativas de interpretação. A primeira seria considerar as duas válidas, deixando a escolha por uma das duas nas mãos do órgão competente. Já a segunda defende a compatibilização entre elas, estabelecendo o limite de validade de cada uma. No entanto, o jurista austríaco passou a acreditar que não havia solução para as antinomias entre normas simultâneas por meio de interpretação, sendo ambas as normas consideradas válidas.

- Normas de hierarquia diferente –

Nesse tipo de conflito, a solução é dada através da utilização da norma superior, não podendo existir qualquer conflito, visto que a norma do

escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior.

3. Sanção:

A antropologia kelseniana considera o homem naturalmente inclinado a seguir apenas a satisfação de seus interesses egoístas e que o estabelecimento de uma ordem social não altera esta realidade natural. Como assim? Para ele, as normas morais ou jurídicas não podem ser definidas a partir da natureza do homem, como pretendem os jusnaturalistas, e esta mesma natureza não pode ser modificada ou erradicada simplesmente, através de padrões de conduta (as normas), visto que é uma característica inerente ao homem.

Segundo Kelsen, o necessário seria que as consequências normativamente estabelecidas para as condutas indesejadas – ou seja, a sanção - levassem o homem a considerar menos vantajoso, sob o seu próprio ponto de vista, a transgressão da norma. Assim, caberia ao homem decidir se comportar ou não de acordo com sua natureza egoísta por perceber as vantagens e as desvantagens da obediência à ordem social.

Entretanto, mesmo considerando mais vantajoso se comportar conforme a norma, o homem continua manifestando seu caráter naturalmente egoísta, posto que não tenha sua natureza modificada, mas uma obrigação imposta sob a condição de uma punição. (Dever Ser) E por esta razão, o Direito só pode ser entendido como uma ordem social coativa, impositiva de sanções, diferentemente da moral, que apenas recomenda a aprovação ou desaprovação de condutas.

E como o Direito vai prescrever uma conduta? Estabelecendo o sancionamento da conduta oposta ao que foi determinado pela norma. E o que vai determinar uma conduta como comportamento normativo positivo é se ela vai estar de acordo com o valor social (eficácia). O ilícito, assim, é o

pressuposto – a condição de existência – do direito e não a sua negação. Ou seja, a existência de fatos ilícitos não nega o direito, pois serve como condição para a existência de uma punição, afim de impor um comportamento segundo a conduta normativa. (Dever Ser – Se A, então, B)

Por outro lado, o direito subjetivo de um indivíduo é apenas o reflexo de deveres imputados normativamente a outro, ou outros indivíduos. Por exemplo, se eu empresto uma quantia a alguém e não pago, vou receber uma sanção que vai ser a de quitar a dívida com aquela pessoa, e essa quitação será o meu dever de garantir o direito do outro de receber o dinheiro. Assim, o direito subjetivo se reduz ao direito objetivo, positivo.

4. Controle de Constitucionalidade:

Em relação ao controle de constitucionalidade, Kelsen veio a ser um dos referenciais para a jurisdição atual. Primeiramente, ele fez uma distinção entre dois tipos de constituições.

A primeira seria a constituição material que, no sentido estrito do termo, é formada pelas regras que disciplinam a criação das normas essenciais do estado, organizam os entes estatais e consagram o procedimento legislativo.

Ao lado dessa ideia de constituição material, cogita-se, igualmente, uma constituição formal, entendida aqui como um conjunto de regras promulgadas com a observância de um procedimento especial e que está submetido a uma forma especial de revisão.

Posteriormente, Kelsen propôs a criação do modelo europeu de Tribunal Constitucional, que faz parte do modelo austríaco de constitucionalidade, o qual propõe a fiscalização concentrada de normas, exercida por um órgão do Poder Judiciário.

Na Áustria, por influência kelseniana, o órgão encarregado de exercer o controle de constitucionalidade é o Tribunal Constitucional, que é um órgão autônomo e independente. Afinal, nesse sistema, o juiz não substitui o legislador, ou seja, não cabe ao juiz julgar a inconstitucionalidade das leis. Kelsen ainda afirma que o tribunal atua como um “legislador negativo” (expressão usada pelo autor), pois quando um legislador cria leis e as coloca no ordenamento jurídico, ele está exercendo o Poder Legislativo.

Por conseguinte, quando o tribunal julga inconstitucional uma lei, a qual foi elaborada de forma positiva pelo legislador, ele está exercendo o papel de “legislador negativo”. Assim, ao reconhecer a inconstitucionalidade das leis, o legislador as retira do ordenamento.

Para reiterar seu pensamento, Kelsen defende que é necessária a existência de um órgão responsável por anular os atos incompatíveis com a constituição e aplicar sanções, pois para ele, a sanção é elemento integrativo da inconstitucionalidade.

Afinal, uma constituição que não dispõe de garantias para anular os atos em que o conteúdo vai de encontro à matéria constitucional, não é obrigatória, uma vez que se as constituições não possuísem mecanismos de proteção ao seu conteúdo, qualquer lei ou simples regulamento teria uma força jurídica superior à constituição a que estão subordinados. E, nesse caso, não seria necessária a existência de uma constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito embora sua dogmática jurídica e sua hermenêutica sofram de veras críticas em virtude do purismo proposto por Hans Kelsen, é inegável a importância e a originalidade do que propunha tal jurista através de sua própria construção lógica-formal da Ciência do Direito. Trata-se do – senão primeiro, mas o mais importante – jurista a romper com o direito natural, reformulando conceitos e objetivos da ciência normativa.

Nota-se, pois, que Kelsen alvitrou a Teoria Pura do Direito, na qual concebeu que o direito enquanto ciência não se formula através de influência ou ingerência de outras ciências – tidas por ele como do “ser” –, mas sim de forma “pura”. Assim sendo, as normas precisam obedecer a um sistema hierárquico em que elas se escalonam, buscando sua validade na norma imediatamente superior.

No topo, outrossim, para a validação de todas as normas presentes num ordenamento jurídico, está a chamada norma fundamental hipotética. É Tércio Sampaio Júnior quem a define com maestria:

A norma fundamental hipotética é responsável pela validade de todas as demais e caracteriza, simultaneamente, o sistema como um conjunto de normas redutíveis a uma unidade. Só pode haver, por isso, uma única norma fundamental, sob pena de não termos um sistema.⁹

Desta feita, buscou Kelsen nada mais do que a existência de um direito universalmente válido e, ante tamanha pesquisa e construção teórica, tornou-se um dos grandes juristas do século XX. Sua importância é tão grandiosa que seu nome é uma constante nos cursos jurídicos no país ante o impacto de sua dogmática na hermenêutica jurídica.

⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. ***Direito Constitucional Descomplicado***. 5.^a Edição. São Paulo. Editora Método, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. ***Curso de Direito Constitucional***. 5^a edição. São Paulo. Editora Saraiva 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. ***Para Entender Kelsen – prólogo de Tercio Sampaio Ferraz Jr.*** 3.^a Edição. São Paulo. Editora Max Limonad, 1996.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 8^a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

KELSEN, Hans. ***Teoria Pura do Direito – versão condensada pelo próprio autor***. 6.^a Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. ***Curso de Direito Constitucional***. 5^o Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

PINTO, Flávia Aguiar Cabral Furtado. **A Ciência Jurídica Kelseniana: uma análise crítica contemporânea**. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11440>. Acesso em: 20 abr. 2013.

A (DES)NECESSIDADE DA RATIFICAÇÃO DO RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTERIORMENTE AO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

CAROLINA MATTOS GOES: Bacharel em direito pela Universidade Federal de Sergipe. Técnica do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

RESUMO: O Superior Tribunal de Justiça possuía entendimento consolidado no sentido de que haveria necessidade de ratificação do Recurso Especial interposto anteriormente ao julgamento dos embargos de declaração, ainda que não houvesse qualquer alteração do que fora anteriormente decidido. Com o novo Código de Processo Civil, novos parâmetros foram trazidos ao Direito Processual, e a prática foi inviabilizada por expressa disposição legal, alterando-se o antigo posicionamento.

Palavras-chave: Direito Processual Civil; novo Código de Processo Civil; Recurso Especial.

ABSTRACT: The Superior Court of Justice had a consolidated understanding in the sense that there would be a need for ratification of the Special Appeal filed prior to the judgment of the embargoes of the declaration, although there was no change of what had previously been decided. With the new Code of Civil Procedure, new parameters were brought to procedural law, and the practice was invalidated by express legal provision, changing the old positioning.

Keywords: Civil Procedural Law; New Code of Civil Procedure; Special Appeal.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 EXIGÊNCIA, PELO STJ, DA RATIFICAÇÃO DO RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTERIORMENTE AO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1.1 DESISTÊNCIA TÁCITA DO RECORRENTE. NÃO ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS E INTEMPESTIVIDADE PRÉVIA DO RECURSO ESPECIAL NÃO RATIFICADO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A jurisprudência defensiva do Superior Tribunal de Justiça consiste na obstaculização do conhecimento de Recursos Especiais, sob a alegação de não preenchimento de determinados requisitos de admissibilidade assim instituídos pelo próprio STJ. Neste artigo, será detalhado um clássico (e, atualmente, superado) posicionamento da Corte no sentido da exigência de ratificação do Recurso Especial interposto anteriormente ao julgamento dos Embargos de Declaração, ainda que do julgamento dos aclaratórios não adviesse qualquer alteração do julgado. Demonstra-se, em seguida, que o entendimento perdeu força com o novo Código de Processo Civil, diploma que combate o formalismo excessivo e prima pelo julgamento de mérito. A novel legislação, pois, culminou na alteração do entendimento, consistindo a regra, atualmente, na desnecessidade da ratificação em referência. É valiosa, nesse contexto, a compreensão do antigo posicionamento do STJ, bem como da sua superação, para que se compreendam as novas balizas que norteiam o Direito Processual moderno.

1. A EXIGÊNCIA, PELO STJ, DA RATIFICAÇÃO DO RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTERIORMENTE AO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

O artigo 1.022 do Código de Processo Civil dispõe ser cabível o recurso de embargos de declaração quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição, ou, ainda, quando for omitido ponto sobre o qual o juiz ou tribunal deveria ter se pronunciado. No que se refere à possibilidade de interposição do recurso integrativo contra despachos, elucidativa a lição de Araken de Assis (2007, p. 598), ao afirmar que

o fato de o despacho não provocar gravame às partes não o isenta dos defeitos do art. 535. Por exemplo: o juiz designa audiência de instrução e julgamento para certo dia, mas o provimento omite a hora da solenidade. Evidentemente, os embargos de declaração se prestam a corrigir a omissão. Feliz se revela, nesta contingência, o alvitre de que, conquanto declarando a lei o pronunciamento

irrecorrível, “o faz com a ressalva implícita no concernente aos embargos de declaração”.

Nesse sentido, o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, a garantir:

Os embargos declaratórios são cabíveis contra qualquer decisão judicial e, uma vez interpostos, interrompem o prazo recursal. A interpretação meramente literal do art. 535 do Código de Processo Civil atrita com a sistemática que deriva do próprio ordenamento processual, notadamente após ter sido erigido a nível constitucional o princípio da motivação das decisões judiciais. (EREsp 159.317/DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Corte Especial, DJ 26/04/1999).

Registre-se que o Recurso Especial, a seu turno, consoante estabelecido pelo artigo 105, III, da CF/88, é cabível contra decisão judicial proferida por Tribunal de Justiça Estadual ou Tribunal Regional Federal, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; ou der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal

Consabe-se, o prazo recursal é comum às partes - vale dizer, corre de maneira simultânea para ambos os litigantes. Assim, durante o seu transcorrer, enquanto uma das partes pode vislumbrar a necessidade, no caso concreto, de interposição do recurso integrativo comentado, o outro litigante, diferentemente, pode optar pela interposição, de logo, do Recurso Especial, se cabível, considerando já claramente debatidas as questões pertinentes e, portanto, desnecessária a irresignação declaratória.

Em caso tal, por força do art. 1.026 do Código de Processo Civil, o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes, fica interrompido pelos embargos de declaração.

A partir daí, algumas situações poderiam surgir: (a) o litigante que já havia interposto o recurso excepcional poderia complementar o seu recurso, utilizando-se da faculdade trazida pelo sub-princípio da complementariedade, a fim de impugnar a parte da decisão modificada pelo provimento dos declaratórios; (b) esse mesmo litigante poderia simplesmente se quedar inerte, seja porque a decisão não foi alterada pelos declaratórios, seja porque as eventuais mudanças não lhe prejudicaram ou não lhe eram recorríveis; (c) o outro litigante, que havia interposto os declaratórios, pode, agora, recorrer contra o acórdão a quo ou (d) esse segundo litigante pode, por outro lado, optar por não mais recorrer (FARIA, 2009, p. 251-252).

Com efeito, a jurisprudência defensiva do STJ referia-se à situação do litigante que interpôs, de logo, o Recurso Especial cabível e, a despeito do julgamento dos embargos declaratórios da parte adversa, quedou-se inerte, uma vez que ou a decisão anterior não foi modificada pelo novo pronunciamento judicial ou as alterações não lhe prejudicaram ou não lhe eram recorríveis.

De acordo com a Corte em comento, era estritamente necessário que, em situação tal, a parte confirme ou ratifique o recurso interposto. Era, pois, o teor da Súmula 418 do Superior Tribunal de Justiça: “é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.” Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RATIFICAÇÃO NECESSÁRIA. RESP 776.265/SC.

APLICAÇÃO RETROATIVA DA ATUAL ORIENTAÇÃO DA CORTE ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. EXAME DE OFÍCIO. MATÉRIA

DE ORDEM PÚBLICA. PRECLUSÃO INOCORRENTE.

1. *A Corte Especial, no julgamento do REsp 776.265/SC, adotou o entendimento de que o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração opostos junto ao Tribunal de origem deve ser ratificado no momento oportuno, sob pena de ser considerado extemporâneo.*

2. *"A circunstância de a interposição do recurso especial haver ocorrido em momento anterior à publicação do julgamento acima citado não dá ensejo a qualquer alteração, porquanto é inerente o conteúdo declaratório do julgado já que o posicionamento ali apresentado apenas explicita a interpretação de uma norma há muito vigente, não o estabelecimento de uma nova regra, fenômeno que apenas advém da edição de uma lei" (REsp nº 963.374/SC, sob minha relatoria, Primeira Seção, DJ de 01.09.2008).*

3. *A ausência de manifestação do recorrido acerca da intempestividade do recurso especial em suas contra-razões não conduz à ocorrência de preclusão, haja vista que o referido pressuposto recursal deve ser apreciado ex officio, quer seja no juízo de admissibilidade a quo, quer seja no ad quem. Precedente da*

Corte Especial.

4. *Agravo regimental não provido. (STJ. 1ª Seção. AgRg nos REsp 877640/SP. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Publicado no DJ de 18/06/09).*

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PELO CORRÉU. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO DO RECURSO ESPECIAL ANTERIORMENTE INTERPOSTO. SÚMULA 418/STJ. 1. "É inadmissível

o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação."(Súmula 418 do STJ). 2. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no Ag: 1200307 PA 2009/0107698-3, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 14/06/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/06/2011)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO. ANTERIOR. JULGAMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RATIFICAÇÃO. NECESSIDADE. SÚMULA 418/STJ. REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Ao contrário do afirmado pelo agravante, o tribunal local procedeu ao julgamento dos embargos de declaração, opostos por Altamiro Pereira Neto, no dia 13/5/2010 (fl. 195) e o respectivo acórdão foi publicado no DJe de 28/5/2010 (fl. 211). 2. Tendo sido interposto o recurso especial em 10/5/2010, antes, portanto, do julgamento dos embargos de declaração, indispensável sua ratificação nos termos do enunciado da Súmula 418/STJ, independentemente de os embargos terem sido opostos pelo outrocorréu para tratar de matéria alheia à cuidada nas razões do especial do ora agravante. 3. Nestes termos, mantenho a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no Ag: 1374085 PR 2010/0228149-5, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 06/12/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/02/2012)

Como se vê, a necessidade de ratificação era patente ainda que não tivesse havido qualquer modificação da decisão quando do julgamento dos embargos declaratórios interpostos.

O posicionamento do STJ era largamente criticado pela doutrina. Ora, a necessidade de ratificação do Recurso Especial apenas aparenta razoabilidade em caso de modificação da decisão impugnada pelo recurso integrativo. Trata-se, pois, da aplicação do princípio da complementariedade. Explica Nelson Nery Júnior (2004, p. 182):

Pelo princípio da complementariedade, o recorrente poderá complementar a fundamentação de seu recurso já interposto, se houver alteração ou integração da decisão, em virtude do acolhimento de embargos de declaração. Não poderá interpor novo recurso, a menos que a decisão modificativa ou integrativa altere a natureza do pronunciamento judicial, o que se nos afigura difícil de ocorrer.

Nada obstante, a jurisprudência da Corte era, repita-se, no sentido de que a ratificação é imprescindível ainda que nenhuma alteração da decisão advenha do julgamento dos embargos de declaração.

A exigência de tão exacerbado formalismo feria princípios caros ao ordenamento jurídico e, além de desarrazoada, mostra-se incompatível com a proclamação da garantia constitucional do amplo acesso à justiça, insculpida no art. 5º, XXXV, da Lei Maior.

Fácil constatar, ainda, que colidia frontalmente com a garantia constitucional do devido processo legal, por ferir o respeito à legalidade, uma vez que não havia qualquer previsão normativa que determinasse a necessidade da ratificação então exigida pelo STJ. Ademais, pontue-se, novamente, que cabe unicamente à União legislar sobre direito processual, sendo defeso a qualquer outro Poder, inclusive o Judiciário, que intente esforços nesse sentido – o que afronta a separação de poderes estabelecida no art. 2º da Constituição Federal.

Não é outra a razão pela qual Flávio Cheim Jorge (2010, p. 184) garante:

Neste particular, sempre defendemos que a interposição de embargos de declaração pela parte contrária não prejudica o processamento e

julgamento do recurso típico, não sendo possível cogitar de sua inutilidade posterior ou mesmo de necessidade de sua ratificação.

Outrossim, não se pode deixar de constatar que “quando o legislador desejou ser necessário, para o conhecimento de recurso já interposto, um segundo ato, qual seja, uma ratificação, expressamente assim asseverou” (CHEIM JORGE, 2012, P. 285). É o caso, pois, do agravo retido (art. 523, *caput* e § 1º do CPC) e dos recursos excepcionais retidos (art. 542, § 3º, CPC), que contam com o fenômeno denominado de efeito diferido – não havendo qualquer previsão legal, contudo, que estabeleça a mesma situação para o caso de Recurso Especial.

Conclui, pois, Flávio Cheim Jorge (2012, p. 286):

Exigir-se tal ratificação seria, assim, considerar que esse recurso excepcional, interposto antes do julgamento (e às vezes, até mesmo da interposição) de embargos de declaração da parte contrária, no tribunal *a quo*, seria uma espécie de recurso complexo, algo não intentado pelo legislador.

Consoante oportunamente delineado alhures, o entendimento anterior do STJ demonstrava que o objetivo principal da Corte através da exigência de requisitos de admissibilidade nunca previstos em legislação é, tão somente, a diminuição do número de processos postos a sua jurisdição. É a aplicação prática e genuína do que passou a ser denominado de jurisprudência defensiva.

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, que adotava posicionamento na mesma linha do verbete sumular do STJ, já havia, recentemente, alterado seu entendimento. É dizer: em decisão proferida em 11/06/2013, a 1ª Turma da Suprema Corte expressamente afastou a necessidade de ratificação do Recurso Extraordinário quando do julgamento dos embargos declaratórios interpostos pela parte adversa.

Decidiu o STF, destarte, que a parte pode, a partir do primeiro dia do prazo recursal, interpor o recurso extraordinário, independentemente

da parte contrária ter oposto embargos declaratórios; dessa maneira, seria desnecessária a ratificação do Recurso Extraordinário após o julgamento do recurso integrativo. Eis o teor do Informativo da Suprema Corte:

Tempestividade: RE interposto antes de ED

A 1ª Turma, por maioria, proveu agravo regimental interposto de decisão que não conheceu de recurso extraordinário por intempestividade. No caso, a decisão agravada afirmara que a jurisprudência desta Corte seria pacífica no sentido de ser extemporâneo o recurso extraordinário interposto antes do julgamento proferido nos embargos de declaração, mesmo que os embargos tivessem sido opostos pela parte contrária. Reputou-se que a parte poderia, no primeiro dia do prazo para a interposição do extraordinário, protocolizar este recurso, independentemente da interposição dos embargos declaratórios pela parte contrária. Afirmou-se ser desnecessária a ratificação do apelo extremo. Concluiu-se pela tempestividade do extraordinário. Vencido o Min. Dias Toffoli, relator, que mantinha a decisão

agravada.
(RE 680371 AgR/SP, rel. orig. Min. Dias Toffoli, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio).

O novo posicionamento do STF, diametralmente oposto ao que era, à época, adotado pelo STJ, certamente encontra maior harmonia com os princípios constitucionais relativos ao processo e está alinhado à busca por efetividade processual e ao desapego ao formalismo excessivo.

No mesmo sentido, o Novo Código de Processo Civil, conforme já mencionado, caminha na direção da busca pelo processo efetivo e enaltece a flexibilização dos requisitos formais de admissibilidade em prol da análise de mérito. Por isso, preceitua, no artigo 1.024, § 5º:

Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte, antes da publicação do julgamento dos embargos de

declaração, será processado e julgado independentemente de ratificação.

Constata-se, pois, que o NCPD deixou de exigir a ratificação do Recurso Especial interposto anteriormente ao julgamento dos embargos declaratórios, se estes forem rejeitados ou não alterarem a decisão anterior.

Eis que, com o advento da novel legislação processual, o STJ findou por, ainda que tardiamente, superar seu entendimento defensivo, procedendo ao cancelamento da Súmula 418 e aprovando a Súmula 579, a dispor que “não é necessário ratificar o recurso especial interposto na pendência do julgamento dos embargos de declaração quando inalterado o julgamento anterior.” De qualquer forma, serão a seguir delineados os argumentos anteriormente utilizados pela Corte a fim de sustentar ou tentar justificar a adoção do entendimento classicamente esposado. Quer-se, com isso, demonstrar a clássica jurisprudência defensiva, até então adotada.

1.1 DESISTÊNCIA TÁCITA DO RECORRENTE. NÃO ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS E INTEMPESTIVIDADE PRÉVIA DO RECURSO ESPECIAL NÃO RATIFICADO

Poder-se-iam canalizar esforços no sentido de procurar razão na obrigatoriedade de ratificação por se considerar que haveria suposta desistência tácita por parte do litigante que queda silente.

Outrossim, havia jurisprudência expressiva que buscava justificar a necessidade de ratificação do Recurso Especial - interposto anteriormente ao julgamento dos embargos declaratórios - na alegação de não esgotamento das instâncias ordinárias.

Isso porque, como é cediço, o artigo 105, III, da CF/88 estatui que a causa objeto do apelo extremo ao STJ deve haver sido decidida em última ou única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, o que significa dizer

que o esgotamento dessas instâncias é requisito de admissibilidade do Recurso Especial.

Sobre o tema, afirmam Fredie Didier Júnior e Leonardo José Carneiro da Cunha (2009, p. 266) que os recursos “não podem ser exercitados *per saltum*, deixando *in albis* alguma possibilidade de impugnação.” Ou, ainda, na lição de Vicente Greco Filho 2006, p. 371), “só cabe recurso especial se forem esgotados os recursos ordinários.”

Assim, se há, no caso concreto, possibilidade de interposição de embargos declaratórios, e o litigante interpõe, de logo, o Recurso Especial, a jurisprudência considera que não haveria, ainda, esgotamento das vias ordinárias, o qual só estaria alcançado com o julgamento do recurso integrativo. Dessa maneira, era necessário que o recorrente ratificasse o apelo em comento para oportunizar ao recurso que veja atendido o requisito de admissibilidade atinente ao esgotamento das vias ordinárias. Era o que se observava:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO PREPÓSTERA. AUSÊNCIA DE RETIFICAÇÃO OU CONFIRMAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. SÚMULA 418/STJ. 1. É expressa na Súmula 418 deste Tribunal Superior nossa sedimentada jurisprudência a respeito da intempestividade de recurso especial interposto antes do julgamento de embargos declaratórios sem que, ao depois, tenha sido o apelo extremo reiterado ou retificado. 2. A razão de ser dessa jurisprudência diz com a falta de esgotamento da via ordinária, de modo a não caracterizar o pressuposto processual constitucional do julgamento de única ou última instância. 3. Havendo jurisprudência sumulada a partir de julgamento pela Corte Especial, não é relevante a existência de precedentes de um determinado relator ou de Turma para suplantarem tal orientação, senão unicamente pela via do art. 16, inciso II, do RISTJ. 4. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no AREsp: 356611 GO 2013/0184478-5,

Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES,
Data de Julgamento: 19/09/2013, T2 - SEGUNDA
TURMA, Data de Publicação: DJe 27/09/2013) [o grifo
não consta do original]

Assim, é certo que, para a interposição dos recursos extremos, é imprescindível a preclusão consumativa no que se refere aos recursos cabíveis nas instâncias ordinárias. O Superior Tribunal de Justiça, destarte, considerava que a possibilidade de interposição dos embargos declaratórios denotava o não esgotamento da matéria recursal nas instâncias inferiores, o que anima a jurisprudência a defender a necessidade de ratificação do Recurso Especial.

O STJ era firme no entendimento esposado, e as palavras proferidas na decisão do Agravo em Recurso Especial nº 619.390, de Relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, são elucidativas do argumento adotado pela Corte, no que se refere ao suposto não esgotamento das instâncias ordinárias. Eis a ementa do julgado:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 619.390
- AL (2014/0303920-3) RELATOR : MINISTRO
MAURO CAMPBELL MARQUES AGRAVANTE :
PAULO MAGALHÃES DE BRITO ADVOGADO :
DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO AGRAVADO :
FAZENDA NACIONAL PROCURADOR :
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO
ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO DO RECURSO
ESPECIAL NA PENDÊNCIA DO JULGAMENTOS
DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA
DE RATIFICAÇÃO DA PEÇA. SÚMULA 418/STJ.
RECURSO ESPECIAL EXTEMPORÂNEO. AGRAVO
CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO
RECURSO ESPECIAL. DECISÃO Trata-se de agravo
contra decisão que inadmitiu recurso especial, em
face de acórdão proferido pelo TRF 5 Região, assim
ementado: TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À

EXECUÇÃO FISCAL. CDA. NULIDADE. COBRANÇA DE DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO NÃO TRIBUTÁRIA. POSSIBILIDADE. MP 2.196-3/2001. CESSÃO DE CÉDULA DE CRÉDITO RURAL DO BANCO DO BRASIL PARA A UNIÃO FEDERAL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. DESCABIMENTO. TAXA SELIC.1. Cabe à Fazenda Nacional a cobrança fiscal dos créditos de natureza não tributária (art. 39, § 5º, da Lei nº 4.320/64 e art. 2º, § 1º, da Lei nº 6.830/80), portanto não se fala em ilegalidade ou inconstitucionalidade da MP nº 2.196-3/2001 ou nulidade da CDA.2. Não havendo prova da condição de bem de família da propriedade rural do devedor penhorada, não prospera o pedido do embargante para desconstituir a constrição do bem considerado por ela impenhorável, com base na Lei nº 8.009/90.3. Não se conhece parte da apelação da exequente, pois a sentença foi justamente no sentido de manter a comissão de permanência até a cessão do crédito à União, a partir da qual incide a Taxa SELIC, de acordo com o art. 5º da citada medida provisória.4. A Fazenda Nacional não tem interesse em recorrer, se não sucumbiu nesta parte, devendo ser apreciado apenas o pedido para conservar os encargos pactuados, incluindo tal comissão.5. Não prospera a tese da credora, porque, embora contratada, não é possível cumular a comissão de permanência com a multa de 10% e os juros de mora de 1% ao ano (art. 5º, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 167/67), em caso de inadimplência da obrigação.6. Afastada a comissão de permanência, cuja acumulação com outro encargo contratual é considerada ilegal.7. Apelações não providas Opostos embargos de declaração, foram rejeitados. No recurso especial, manifestado com fulcro na alínea c do permissivo constitucional, sustenta a agravante que o aresto

vergado contrariou o disposto no artigo 5º da MP 2.196-3/2001, pois é impossível a cumulação da taxa Selic com demais encargos como correção monetária, juros remuneratórios e multa contratual. Não houve apresentação de contrarrazões ao recurso especial. O recurso foi inadmitido por meio de decisão proferida pelo presidente do TRF 5ª Região, sob a fundamentação segundo a qual ausente o cotejo analítico. Fundamento esse impugnado por meio do presente agravo. É o relatório. Decido. A irresignação não prospera. No caso em análise, o agravante interpôs o recurso especial no dia 09/7/2013 (e-STJ fl. 360/368), na pendência da análise dos embargos de declaração interpostos pela Fazenda Nacional em 6/6/2013 (e-STJ fl. 369/370). Os embargos de declaração foram rejeitados (e-STJ fls. 373/376), e a sua decisão publicada em 01/8/2013 (e-STJ fl.377). Contudo, não houve, em momento algum, ratificação do recurso especial interposto prematuramente por Paulo Magalhães de Brito, a fim de viabilizar a via eleita, de modo que a extemporaneidade impede o seu conhecimento. Incide, portanto, o óbice da Súmula 418/STJ que dispõe, in verbis: é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação. Isso porque a questão de anteriores embargos declaratórios terem, ou não, sido acolhidos, e de os efeitos infringentes terem, ou não, sido aplicados, não importa, em princípio, para a incidência do referido enunciado porque sua razão de ser diz com o necessário esgotamento de instância ordinária para a abertura da instância recursal extraordinária, de forma que ao notar-se a pendência do julgamento de determinado recurso ou incidente pelo Tribunal de origem, o recurso especial porventura interposto antes disso deve

obrigatoriamente ser confirmado ou modificado pela parte interessada posteriormente à definitiva apreciação pela Corte a quo. Nessa esteira, a ratio essendi dessa jurisprudência dominante é exatamente a falta de esgotamento da instância ordinária e a necessidade de confirmação do recurso para dar cumprimento a esse requisito constitucional de admissibilidade recursal, assim porque a jurisprudência fala em necessidade de reiteração ou de ratificação exatamente por isso, é dizer, na hipótese de antecedentes embargos de declaração, o seu acolhimento deve provocar manifestação sobre a reiteração do recurso especial, com nova interposição, assim como a rejeição provocará a ratificação daquele mesmo apelo extremo interposto anteriormente. Nesse ponto, pouco importa se o julgamento de recurso interposto anteriormente ao apelo extremo implica ou não a modificação do julgado: o interessado no especial deve retificar ou ratificar sua pretensão recursal, conforme for o caso. Confira-se: PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NECESSIDADE DE RATIFICAÇÃO. É extemporâneo o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, salvo se houver ratificação posterior (STJ, Súmula nº 418). Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 303.137/RJ, Rel. Ministra MARGA TESSLER (JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DO TRF 4ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 25/11/2014) AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RATIFICAÇÃO. NECESSIDADE. SÚMULA 418/STJ. ADMISSIBILIDADE PELO

TRIBUNAL DE ORIGEM. NÃO VINCULAÇÃO. 1. "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação" (Enunciado 418 da Súmula do STJ). 2. Na hipótese dos autos, extemporâneo o recurso especial interposto quando ainda pendente de julgamento os embargos de declaração. 3. O juízo de admissibilidade previamente realizado pela Corte estadual não vincula o STJ. Precedente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1208324/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 21/11/2014) PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTES DO ACÓRDÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE REITERAÇÃO. EXTEMPORANEIDADE. SÚMULA 418/STJ. 1. O recurso especial interposto antes da publicação da decisão proferida nos embargos declaratórios, ainda que tenham sido opostos pela parte contrária, deve ser oportunamente ratificado pela parte recorrente, sob pena de ser considerado extemporâneo, conforme o teor da Súmula 418/STJ. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 424.264/RO, Relatora Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 3/12/2013, DJe 16/12/2013) PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO INTERPOSTA NA PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NECESSIDADE DE RATIFICAÇÃO. SÚMULA 418/STJ. APLICAÇÃO. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de ser extemporânea a apelação interposta na pendência de julgamento dos embargos de declaração, ainda que apresentados pela parte

contrária ou rejeitados, sem que ocorra a posterior e necessária ratificação, dentro do prazo legal. 2. Diante disso, aplica-se, por analogia, o enunciado da Súmula 418/STJ, que assim dispõe: "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação". 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 251.735/MG, Relator Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 29/11/2013) PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXTEMPORANEIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 418/STJ. 1. Nos termos da Súmula 418/STJ, "é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação". 2. Agravo regimental a que se nega provimento.(AgRg no REsp 1.370.270/RJ, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 10/4/2013) PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO QUE JULGOU OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE POSTERIOR RATIFICAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. SÚMULA 418 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. É ônus do agravante providenciar a ratificação do Recurso Especial quando este é interposto antes da publicação do acórdão dos Embargos de Declaração, nos termos da Súmula 418 do STJ. 2. A teor do art. 4o., §§ 2o. e 3o. da Lei 11.419/06, a publicação eletrônica substituiu qualquer outro meio de publicação oficial, para quaisquer efeitos, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal, hipótese diversa do caso em análise,

considerando-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico. 3. Agravo Regimental desprovido.(AgRg no AREsp 153.194/PE, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 2/10/2012, DJe 5/10/2012) Ante o exposto, com fundamento no art. 544, § 4º, II, b, do CPC, conheço do agravo para negar seguimento ao recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 12 de dezembro de 2014. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES Relator (STJ - AREsp: 619390 AL 2014/0303920-3, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Publicação: DJ 16/12/2014) [o grifo não consta do original]

Ademais, em outro viés, convergente com o acima elencado, outra parte da jurisprudência defendia que o juízo negativo de admissibilidade do Recurso Especial não ratificado e interposto previamente aos julgamento dos embargos declaratórios teria por escopo suposta intempestividade prévia.

Consabe-se, a tempestividade é requisito geral de admissibilidade recursal. Significa dizer que todos os recursos devem ser interpostos dentro do lapso temporal legalmente previsto, sob pena de não serem conhecidos.

Para o Recurso Especial, consoante dita o art. 1.003, § 5º, do Código de Processo Civil, o prazo é de 15 (quinze) dias, o qual começava a ser contado, segundo estabelecia o art. 506, III, do diploma processual revogado, a partir da publicação do dispositivo do acórdão no órgão oficial. Em que pese a norma estatuída no CPC, era pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que o recurso interposto anteriormente à publicação no veículo oficial era tempestivo. Ora, é certo que, com a rapidez no acesso às informações por meio eletrônico, não mais se justificaria a necessidade de que a parte aguardasse a publicação oficial, mesmo já tendo ciência da

decisão que deseja impugnar. Assim, bem entendeu a Corte ao suplantar seu antigo e ultrapassado entendimento:

PROCESSO CIVIL – RECURSO – TEMPESTIVIDADE – MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de considerar intempestivo o recurso interposto antes da publicação da decisão no veículo oficial. 2. Entendimento que é revisto nesta oportunidade, diante da atual sistemática de publicidade das decisões, monocráticas ou colegiadas, divulgadas por meio eletrônico. 3. Alteração jurisprudencial que se amolda à modernização da sistemática da publicação via INTERNET. 4. Agravo regimental provido. (AgRg nos EREsp 492.461/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, Rel. p/ Acórdão Min. Eliana Calmon, Corte Especial, DJ 23/10/2006)

Cabe à parte, pois, proceder à interposição do Recurso Especial dentro do prazo exposto. Contudo, no caso em comento, tal cuidado não era suficiente ao atendimento do requisito de admissibilidade recursal relativo à tempestividade. Isso porque, conforme aduzido, parcela da jurisprudência considerava que o REsp, ainda que interposto dentro do prazo legal, era *prematureo* se não ratificado após o julgamento dos declaratórios, padecendo de intempestividade prévia. Extemporâneo, teria sido interposto previamente ao esgotamento das instâncias ordinárias, requisito especial de admissibilidade dos recursos extremos, mencionado alhures. Nesse sentido:

Embargos de divergência em recurso especial. Recurso interposto antes do julgamento dos embargos de declaração. Necessidade de ratificação. Decisão de última instância.

1. O recurso especial foi interposto antes do julgamento dos embargos de declaração da parte contrária sem posterior ratificação.

2. O julgamento dos embargos de declaração, com ou sem efeito modificativo, integra o acórdão

recorrido, formando com ele o que se denomina decisão de última instância, possível de impugnação mediante o uso do recurso especial, nos termos da Constituição Federal.

3. É extemporâneo o recurso especial tirado antes do julgamento dos embargos de declaração, anteriormente opostos, sem que ocorra a necessária ratificação – Corte Especial – REsp 776265-SC.

4. Embargos de divergência conhecidos e acolhidos.” (STJ, EDiv no REsp 796.854/DF, Corte Especial, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 06.08.2007)

A conclusão é inexorável:

dessa forma, a despeito de diferentes justificativas, a jurisprudência dos Tribunais Superiores é uníssona no sentido de não admitir o apelo excepcional interposto sem a ratificação posterior ao julgamento dos embargos de declaração já opostos. (FARIA, 2009, p. 253-254)

Seja por considerar que há, por parte do litigante que não reitera o RE, desistência tácita, seja por entender que não há, no caso, esgotamento das vias ordinárias, ou, ainda, sob a justificativa de suposta intempestividade, é certo que se tratava de patente utilização, por parte do STJ, da jurisprudência defensiva, com o fito único de inadmitir Recursos Especiais legítimos e, assim, diminuir a quantidade de causas postas a julgamento perante a Corte.

E não era só. Explica-se:

Admitindo-se, apenas *ad argumentandum tantum*, como válida a necessidade de reiteração do recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, chega-se a uma outra questão, dela dependente, que escancara a posição defensiva da jurisprudência recursal dos Tribunais

Superiores, notadamente o STJ. (FARIA, 2009, p. 261)

A situação mencionada diz respeito ao período a partir do qual a exigência do STJ, amparada tão somente em consolidação jurisprudencial, passaria a vigorar. Para tanto, deve-se atentar ao fato de que, com a promulgação da Constituição de 1988 e a criação da modalidade do Recurso Especial, não havia a necessidade da ratificação objeto de análise.

A Corte só passou a adotar o entendimento atual e, portanto, a exigir esse requisito de admissibilidade sem previsão constitucional ou legal a partir de abril de 2007, quando do julgamento do REsp 776.265/SC. Por esse motivo, o STJ, inicialmente, entendeu que, em caso de Recurso Especial interposto anteriormente a esse marco, não poderia ser exigida a ratificação, devendo haver juízo positivo de admissibilidade ainda que a parte não tivesse reiterado o Recurso Especial interposto anteriormente ao julgamento dos embargos declaratórios.

Desse modo, até mesmo em respeito à segurança jurídica, enendeu o STJ que o “requisito de admissibilidade” da ratificação deveria ser aplicado somente aos recursos interpostos posteriormente ao julgamento de 18.04.2007, na medida em que seria impossível exigir, do recorrente, que respeitasse regra que nem mesmo os mais brilhantes Ministros do STJ respeitavam (se é que existia!) há quase duas décadas. Tratava-se, assim, de uma solução conciliadora, racional e respeitadora do *direito adquirido processual*. (FARIA 2009, p. 262)

Em que pese o exposto, o entendimento do Tribunal não perdurou. Em julgamento realizado em 21/05/2008, o STJ, através de sua Corte Especial, por maioria, no EDiv no REsp 933.438/SP, alterou o posicionamento, para entender que a nova exigência jurisprudencial, a estabelecer a necessidade de ratificação do Recurso Especial, teria efeitos retroativos. Vale dizer, mesmo nos casos em que o recurso extremo já havia sido interposto quando do novo entendimento da Corte, haveria juízo

de admissibilidade negativo se ausente a reiteração da espécie recursal. Eis trecho do voto do Ministro Relator do processo, Mauro Campbell Marques:

[...] O acórdão que implica em não admissão ou não conhecimento do recurso tem conteúdo preponderantemente declaratório (grau de eficácia 5, nos dizeres do mestre), sem descurar de sua eficácia desconstitutiva da própria relação jurídica processual (o que lhe rende o grau de eficácia 3). Sendo assim, se a eficácia preponderante do decisum é declaratória (ou declarativa, como preferia Pontes de Miranda), é inerente ao mesmo a sua retroatividade. Esta linha que entendo ser a correta, foi a que a 2.^a T. trilhou ao julgar o AgRg no Ag 950.182/SP, de relatoria da Min. Eliana Calmon (citado no relatório como acórdão paradigma), ao entender que o posicionamento adotado pela Corte Especial no REsp 776.265/SC 'apenas explicita a interpretação de uma norma há muito vigente, não o estabelecimento de uma nova regra, fenômeno que apenas advém da edição de uma lei.' De fato, o acórdão prolatado apenas explicita o conteúdo da nova redação do art. 538 do CPC, após a alteração realizada pela Lei 8.950 de 13.12.1994.

Apesar da tentativa do Tribunal de justificar o entendimento, o que se conclui, com a devida vênia, é que o posicionamento do STJ, no caso analisado, era clara aplicação do se convencionou denominar de jurisprudência defensiva. O formalismo exacerbado, sem amparo legal, consubstanciado na necessidade de reiteração do Recurso Especial ainda que do julgamento dos embargos declaratórios não advenha qualquer alteração da decisão, sendo a exigência, ademais, retroativa aos Recursos Especiais interpostos preteritamente à pacificação do posicionamento, demonstra que o objetivo único do Tribunal da Cidadania era obstar o conhecimento de Recursos Especiais legítimos aos olhos da lei, para,

impossibilitando-lhes a análise de mérito, reduzir o número de processos que chegam a essa instância superior.

CONCLUSÃO

De tudo se conclui que o antigo posicionamento, ao privilegiar em demasia o formalismo, demonstrava que o objetivo do STJ era, tão somente, inadmitir Recursos Especiais e, dessa maneira, diminuir o grande número de processos que lá tramitavam pela via recursal. Tal, contudo, esbarra na mais moderna hermenêutica processual. Com o advento do novo CPC, a prática foi legalmente suplantada, o que culminou no cancelamento da Súmula 418 do STJ e na edição da sua Súmula 479, de maneira que, atualmente, é desnecessária a ratificação do recurso interposto anteriormente ao julgamento dos Embargos de Declaração, se deste não advier alteração do quanto anteriormente decidido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05/12/2014, 10:15:25.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 04/01/2015, 14:18:45.

_____. **Lei no 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10/05/2016, 13:25:46.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 418**. É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos

de declaração, sem posterior ratificação. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27418%27>>.
Acesso em: 05/01/2015, 09:37:10.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 579**. Não é necessário ratificar o recurso especial interposto na pendência do julgamento dos embargos de declaração, quando inalterado o resultado anterior. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27579%27>>.
Acesso em: 01/10/2016, 09:40:18.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **EResp 159.317/DF**. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Corte Especial, publicado no DJ de 26/04/1999.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EREsp 877640/SP**. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, publicado no DJ de 18/06/09.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag: 1200307 PA 2009/0107698-3**. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, data de julgamento: 14/06/2011, publicado no DJe de 21/06/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag: 1374085 PR 2010/0228149-5**. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª Turma, publicado no DJe de 03/02/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp: 356611 GO 2013/0184478-5**. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, publicado no DJe de 27/09/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp: 619390 AL 2014/0303920-3**. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, publicado no DJe de 16/12/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **EDiv no REsp 796.854/DF**. Rel. Min. Fernando Gonçalves, Corte Especial, publicado no DJU de 06.08.2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **EDiv no REsp 933.438/SP**. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, publicado no DJe de 21/05/2008.

CHEIM JORGE, Flávio. **Apontamentos sobre a tempestividade recursal: fluência e ciência inequívoca; recurso interposto antes da intimação; interrupção do prazo por força da interposição de embargos de declaração**. Revista de Processo, v.181. São Paulo: RT, 2010, p. 173-188.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil.v. 3**. 7. Ed. São Paulo: Juspodivm, 2009.

FARIA, Márcio Carvalho. **A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores e a ratificação necessária (?) de alguns recursos especiais**. Revista de Processo, v. 167. São Paulo: RT, 2009, p. 250-269.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ª edição atualizada, ampliada e reformulada da 5ª edição do livro Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos. São Paulo: RT, 2004.

DESAPOSENTAÇÃO: DA CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RAUL CESAR JUNGES CARVALHO: formado na Universidade Federal de Santa Maria - UFSM, advogado, pós-graduado em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, ex-servidor público do Instituto Nacional de Serviço Social - INSS.

Resumo: A desaposentação é um instituto criado pela doutrina e, atualmente, devido à ausência de legislação regulamentando a matéria, disciplinado pela jurisprudência, possuindo aplicação aos aposentados que continuaram recolhendo contribuições sociais a previdência social, após a concessão da aposentadoria, em consequência do retorno ao mercado de trabalho para manter, economicamente, uma vida digna. A desaposentação, ora analisada, é ocorrida no Regime Geral de Previdência Social, pela qual o aposentado buscará acrescentar em seu tempo de contribuição pretérito, já utilizado para a concessão da aposentadoria, o novo tempo trabalhado e, assim, recalcular o valor final de sua aposentadoria. Através da pesquisa bibliográfica e de uma análise jurisprudencial dos tribunais pátrios serão discutidas as principais questões relevantes acerca da possibilidade de concessão deste instituto, bem como seus reflexos para o aposentado-trabalhador e à previdência social.

Palavras-chaves: desaposentação; Aposentado; Contribuição; Regime; Previdência; Renúncia; Restituição.

Sumário: 1 Introdução. 2 Da Desaposentação. 2.1 Conceito. 2.2 Da revogabilidade do ato jurídico perfeito e da renúncia à aposentadoria. 2.3 Da (des)necessidade de restituição dos valores auferidos para concessão da desaposentação. 2.4 Da viabilidade atuarial e financeiro na previdência social. 2.5 Da desaposentação no Supremo Tribunal Federal. 3 Conclusão. 4 Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O direito previdenciário, recentemente, voltou parte de sua atenção para o caso dos aposentados que retornaram ao mercado de trabalho devido à necessidade econômica, ao verem sua renda financeira mensal deteriorada após ingressar na inatividade.

A seguridade social composta pela saúde, assistência social e previdência social, tem neste último setor a sua forma contributiva de ingresso, ou seja, apenas os segurados contribuintes fazem jus as prestações previdenciárias disponíveis pelo sistema.

Nesse sentido, o segurado que exercer atividade econômica privada será filiado ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), salvo a existência de Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) específico ao trabalho desenvolvido, devendo efetuar, mensalmente, o desconto em seu salário destinado ao pagamento das contribuições sociais devidas a previdência social.

Ocorre que a legislação vigente também obriga o aposentado que retornar ao mercado de trabalho a continuar contribuinte à previdência social; porém, de forma diversa ao segurado, não é retribuído pelo RGPS, uma vez que não possuirá a sua disposição a totalidade das prestações previdenciárias existentes, gerando, assim, um desequilíbrio entre estes dois polos opostos.

Nessa conjectura, a doutrina e a jurisprudência criaram o instituto da desaposentação, que visa possibilitar ao aposentado crescer ao tempo já utilizado para a concessão da aposentadoria, o tempo trabalhado após aquela, havendo, assim, um recálculo para uma nova aposentadoria, através da soma de todas as contribuições efetuadas.

Dessa forma, ingressaremos no instituto da desaposentação, transcorrendo, primeiramente, pelos institutos outrora utilizados que vedavam a possibilidade de ocorrência da desaposentação, a saber, o abono de permanência em serviço, o pecúlio e o abono de retorno, todos já extintos. Então, desaguaremos nos principais conceitos utilizados pelos doutrinadores e aplicados na jurisprudência, bem como, mostrando a visão do Instituto Nacional de Seguro Social que veda a possibilidade de

concessão da desaposentação, obrigando, assim, o ingresso na esfera judicial.

Dentro do estudo da desaposentação, serão analisadas as suas principais implicações socioeconômicas. Sendo o ato de concessão da aposentadoria realizado pela Administração um ato jurídico perfeito, será possível ao aposentado renunciar a aposentadoria visando uma melhora em seu benefício? Ademais, devem ser restituídos os valores já recebidos a título de aposentadoria? Isso representaria um enriquecimento ilícito ao aposentado? Além do mais, há viabilidade financeira e atuarial que permitiriam a desaposentação?

Por fim, teceremos comentários acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal que, em tese, pacificou a (in)viabilidade do instituto da desaposentação.

2 DA DESAPOSENTAÇÃO

2.1 Conceito

O autor Ivani Contini Bramante em razão da natureza jurídica da aposentadoria, direito subjetivo do segurado, define a desaposentação “como o desfazimento do ato administrativo concessivo do benefício previdenciário, no regime de origem, de modo a tornar possível a contagem de tempo de serviço prestado em outro regime” [1].

Diversos são os autores que procuraram conceituar o instituto da desaposentação, entre eles destacamos a definição de Fábio Zambitte Ibrahim:

A desaposentação, portanto, como conhecida no meio previdenciário, traduz-se na possibilidade do segurado renunciar à aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no Regime Geral de Previdência Social ou em Regime Próprio de Previdência Social, mediante a utilização de seu tempo de contribuição. Ela é utilizada colimando a melhoria do status financeiro do aposentado.[2]

Ademais, com muita propriedade, o douto Wladimir Novaes Martinez traça as seguintes explicações sobre o assunto:

A desaposentação é uma renúncia às mensalidades da aposentação, sem prejuízo do tempo de serviço ou do tempo de contribuição, per se irrenunciáveis, seguida ou não de volta ao trabalho, restituindo-se o que for atuarialmente necessário para a manutenção do equilíbrio financeiro dos regimes envolvidos com o aproveitamento do período anterior no mesmo ou em outro regime de Previdência Social, sempre que a situação do segurado melhorar e isso não causar prejuízo a terceiros.^[3]

Dessa forma, através das presentes definições resta evidenciado que a possibilidade de concessão da desaposentação envolve duas situações: 1) O trabalhador aposentado no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) que retorna as suas atividades laborativas, novamente, efetuando o recolhimento mensal das devidas contribuições previdenciárias, resolve renunciar a aposentadoria antiga para acrescentar o novo tempo de contribuição previdenciária e obter uma aposentadoria mais vantajosa economicamente; 2) O trabalhador já aposentado pelo RGPS é aprovado em concurso público, sendo filiado a um Regime Próprio de Previdência Social (RPPS). Diante da situação, resolve renunciar a sua aposentadoria no RGPS para disponibilizar seu tempo de contribuição e empregá-lo no seu novo regime de previdência para, assim, conseguir uma aposentadoria mais vantajosa.

Antes de continuarmos a inserção no estudo do instituto da desaposentação, devesse esclarecer que serão estudadas as implicações da desaposentação dentro do Regime Geral de Previdência Social, sendo abarcada, apenas de forma superficial, a ocorrida entre RPPS, de RGPS para RPPS, ou vice versa.

Exemplificando: um segurado, sexo masculino, 55 anos de idade, após contribuir à previdência social no RGPS por 35 anos, com média aritmética simples dos 80% maiores salários de contribuição existente no período básico de cálculo resultantes no valor de R\$ 1.000,00 (Um mil

reais), aposentou-se, pela aposentadoria por tempo de contribuição, com proventos no valor de R\$ 753,00[4] (setecentos e cinquenta e três reais). Retornou ao mercado de trabalho, recebendo, simultaneamente, sua aposentadoria e salário de R\$ 1.000,00 (Um mil reais), uma vez que são independentes, trabalhando por mais 10 anos e recolhendo as contribuições devidas à previdência social. Nesse momento, resolve requerer na via judicial a renúncia de sua aposentadoria atual, para, assim, somar estes 10 anos aos 35 anos anteriores e, concomitantemente, requerer a concessão de uma nova aposentadoria, calculada com tempo de contribuição correspondente a 45 anos, e idade do segurado em 65 anos, que terá o valor de R\$ 1.495,00[5] (Um mil, quatrocentos e noventa e cinco reais), ou seja, quase o dobro da anterior. Destarte, o instituto que permite ao aposentado-trabalhador realizar tais atos chama-se desaposentação.

A legislação é omissa quanto à desaposentação, porém a posição do Poder Executivo, exarada pelo Decreto nº 3.048/99, é pela impossibilidade de sua concessão. Sua argumentação é fundamentada na ausência de previsão legal expressa no RGPS, bem como com fulcro nos artigos 18, § 2º, da Lei 8.213/91 e art. 181-B do referido decreto.[6]

É sabido que a Administração Pública é vinculada ao princípio da legalidade, o qual determina que aquela só possa praticar atos previstos em leis. Ao contrário da Administração, o cidadão poderá exercer qualquer ato desde que não seja vedado em lei. Conforme Maria Sylvia Di Pietro “em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei”. [7] Ademais, aduz Hely Lopes Meirelles, corroborando a visão de DI PIETRO, que “a exigência de permissivo legal expresso somente surge quando se trata de abdicação por parte da própria Administração Pública, e não do administrado” [8].

Dessa forma, pela observância da Administração Pública ao princípio da legalidade, parte da doutrina e jurisprudência entende que não é possível que a renúncia a aposentadoria seja vedada através de um artigo contido em um Decreto (artigo 181-B, Decreto n.º 3.048/99). Nesse

sentido, é o entendimento das ementas do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO PARA RECEBIMENTO DE NOVA APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE NORMA IMPEDITIVA. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DO MONTANTE RECEBIDO NA VIGÊNCIA DO BENEFÍCIO ANTERIOR.

1. Tratando-se a aposentadoria de um direito patrimonial, de caráter disponível, é passível de renúncia 2. Pretendendo o segurado renunciar à aposentadoria por tempo de serviço para postular novo jubramento, com a contagem do tempo de serviço em que esteve exercendo atividade vinculada ao RGPS e concomitantemente à percepção dos proventos de aposentadoria, os valores recebidos da autarquia previdenciária a título de amparo deverão ser integralmente restituídos. Precedente da Terceira Seção desta Corte.

3. O art. 181-B do Dec. n. 3.048/99, acrescentado pelo Decreto n.º 3.265/99, que previu a irrenunciabilidade e a irreversibilidade das aposentadorias por idade, tempo de contribuição/serviço e especial, como norma regulamentadora que é, acabou por extrapolar os limites a que está sujeita, porquanto somente a lei pode criar, modificar ou restringir direitos (inciso II do art. 5º da CRFB).[\[9\]](#)(grifo nosso)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OFICIAL. DESAPOSENTAÇÃO RECEBIMENTO DE NOVA APOSENTADORIA EM REGIME DE PREVIDÊNCIA DISTINTO DO GERAL. AUSÊNCIA DE NORMA IMPEDITIVA. DIREITO DISPONÍVEL. DESNECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO

DOS MONTANTES RECEBIDOS EM FUNÇÃO DO BENEFÍCIO ANTERIOR.

1. Remessa oficial não conhecida, uma vez que houve apenas condenação do INSS a acolher o requerimento de renúncia ao benefício de aposentadoria e expedição de certidão de tempo de serviço.

2. É perfeitamente válida a renúncia à aposentadoria, vez que se trata de um direito patrimonial de caráter disponível, inexistindo qualquer lei que vede o ato praticado pelo titular do direito.

3. A instituição previdenciária não pode se contrapor à renúncia para compelir o segurado a continuar aposentado, visto que carece de interesse.

4. A desaposentação pretendida pelo autor é para que seja possível a jubilação em regime de previdência distinto do geral, razão por que a renúncia à aposentadoria pode ser feita sem a correspectiva devolução das parcelas de proventos recebidas até então. **(grifo nosso)**[\[10\]](#)

No exame da desaposentação, frequentemente são feitas referências ao disposto no artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91, como uma forma de empecilho a sua concessão. O referido dispositivo é uma forma de vedar ao segurado o acúmulo de benefícios, salvo no caso do salário-família e da reabilitação profissional. Porém, quando a desaposentação é operada no RGPS ocorre na realidade uma revisão do cálculo da renda mensal mantida, com o acréscimo das novas contribuições recolhidas após a aposentação. Dessa forma, o dispositivo teria a utilidade de impedir a fruição concomitante de duas prestações, porém não a revisão de uma em outra, como ocorre na desaposentação.[\[11\]](#)

O trabalhador brasileiro, obrigatoriamente filiado ao Regime de Previdência Social Geral (RGPS), realizando suas contribuições fielmente,

após anos de esforço intelectual e/ou físico de trabalho, finalmente consegue adquirir direito a sua aposentadoria. Contudo, o que parecia a obtenção de um sonhado descanso torna-se um tormento ao aposentado que não consegue ter sua renda de trabalhador substituída pelo valor da aposentadoria[12], ou, quando substituída, enxerga ano após ano a diminuição do seu poder aquisitivo, encontrando-se em ambos os casos a necessidade de complementar sua renda.

A fim de demonstrar a assertiva acima basta considerar a situação de um segurado, sexo masculino, com sessenta anos de idade e trinta e cinco anos de tempo de contribuição. Para esse segurado, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) fixa a expectativa de sobrevida em 21,9 anos[13], auferindo, assim, fator previdenciário de 0,839[14], ou seja, se a média aritmética simples dos 80% maiores salários de contribuição existentes no período básico de cálculo resultarem R\$ 1.000,00, a renda mensal inicial será de R\$ 839,00, traduzindo a referida diminuição de seu poder aquisitivo.

Ademais, majoritariamente, a aposentadoria é alcançada na última fase do ciclo vital do segurado, onde as despesas médicas, hospitalares, planos de saúde, medicamentos, denotam, notoriamente, maiores.

Diante dessa conjectura, o aposentado encontra-se na contingência de retornar ao mercado de trabalho.

O aposentado que retorna ao mercado de trabalho efetua o pagamento das contribuições sociais ao Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), porém não adquire, novamente, a totalidade dos possíveis benefícios que teria direito, vendo o desconto realizado, mensalmente, em seu salário não possuir destino algum em seu favor. Nesse sentido, o artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91, *in verbis*:

Artigo 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

[...]

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não

fará jus à prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

Entre os benefícios que o aposentado não faz jus ao retornar ao mercado de trabalho, citamos: auxílio-doença; auxílio-acidente; auxílio-reclusão; salário maternidade.

Para solucionar o presente problema, a legislação pretérita, criou alguns institutos para compensar o jubilado pela ausência de novos benefícios a seu favor, tais como, o abono de permanência em serviço, o pecúlio e o abono de retorno.

O abono de permanência em serviço era definido no artigo 32, §§ 4º e 5º, da Lei Orgânica da Previdência Social (Lei 3.807/60), *in verbis*:

Artigo 32. § 4º. Todo segurado com idade de 55 anos e com direito ao gozo pleno da aposentadoria de que trata este artigo optar pelo prosseguimento na empresa na qualidade de assalariado, fará jus a um abono mensal de 25% (vinte e cinco por cento) do salário de benefício, pago pela instituição de previdência social em que estiver inscrito.

§ 5º. O abono de que trata o parágrafo anterior não se incorpora à aposentadoria ou pensão.

O instituto acima era impulsionado pelo artigo 5º, § 3º, da Lei 3.807/60^[15], que impedia a nova filiação da pessoa jubilada ao regime de previdência. Dessa forma, o abono de permanência em serviço estimulava o trabalhador a continuar na ativa, e, conseqüentemente, diminuía os gastos pela previdência. Nesse sentido, a lição de Hermes Arrais Alencar:

[...] Esse instrumento é bastante interessante, pois de um lado permite a retenção de gastos pela Previdência, que deixa de pagar o valor integral da aposentadoria para pagar singelo abono, e, ao mesmo tempo, não fica o segurado obrigado a cessar o vínculo laboral. [...]^[16]

Com o advento da Lei 8.870/1994, o artigo 87 da atual Lei 8.213/91 foi revogado dando fim ao instituto do abono de permanência em serviço.

No ano de 1966, o legislador evoluiu e permitiu a nova filiação à previdência social do aposentado que retorna a atividade laboral, porém vedando-lhe benefícios, salvo o pecúlio. Este instituto foi implantado pelo Decreto-lei nº 66, de 1966, que alterou a redação do artigo 5º, § 3º, da Lei 3807/60, *in verbis*:

O aposentado pela previdência social que voltar a trabalhar em atividade sujeita ao regime desta Lei será novamente filiado ao sistema, sendo-lhe assegurado, em caso de afastamento definitivo da atividade, ou, por morte, aos seus dependentes, um pecúlio com correspondência com as atribuições vertidas nesse período, na forma em que se dispuser em regulamento, não fazendo jus a quaisquer outras prestações, além das que decorrerem da sua condição de aposentado.

Todavia, a Lei 8.870/1994 revogou o artigo 81, da Lei 8.213/91, dando fim à figura do pecúlio.

Além do abono de permanência em serviço e do pecúlio, foi criada no ano de 1973, pela Lei 5.890, a figura do abono de retorno^[17], a qual trouxe diversos efeitos na vida do aposentado, as quais são explicadas claramente pelo ilustre Hermes Arrais Alencar que preconiza, *in verbis*:

Os reflexos decorrentes do retorno do jubilado à vida laborativa durante a vigência do abono de retorno eram: a) tornava-se novamente filiado à previdência; b) ocorria o restabelecimento das contribuições à exata semelhança de qualquer outro trabalhador; c) o benefício de aposentadoria era suspenso; d) o aposentado passava a ter direito ao abono de retorno, enquanto durasse a prestação de trabalho, de valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) da aposentadoria.^[18]

Contudo, o mecanismo de abono de retorno durou apenas dois anos, sendo extinto pela Lei 6.210/1975.

Perante o exposto, em decorrência da extinção das formas de compensar o jubulado que retorna ao trabalho, sem direito a totalidade das prestações previdenciárias, bem como o advento da Lei 9.032/1995^[19], a qual tornou obrigatório a contribuição do aposentado que retornar as suas atividades laborativas, viu-se o equilíbrio financeiro existente entre esses dois polos prejudicado, uma vez que o aposentado contribui, porém não recebe a totalidade das prestações previdenciárias em troca.

Diante dessa conjectura socioeconômica, a doutrina e a jurisprudência buscando uma solução, criaram o instituto da desaposentação.

A questão central sobre a possibilidade de concessão da desaposentação dentro do RGPS envolve alguns aspectos: 1) A (in)revogabilidade do ato jurídico perfeito do ato concessório da aposentadoria; 2) Os valores pagos na vigência da aposentadoria devem ser restituídos ao INSS?; 3) A desaposentação geraria um desequilíbrio atuarial e financeiro na Previdência Social?

2.2 Da revogabilidade do ato jurídico perfeito e da renúncia à aposentadoria

A Constituição Federal garantiu em seu artigo 5º, inciso XXXVI, a inviolabilidade jurídica do direito adquirido, ato jurídico perfeito e da coisa julgada^[20].

Com muita propriedade, o douto Celso Antônio Bandeira de Mello traça as seguintes explanações acerca do ato jurídico perfeito: “O ato administrativo é perfeito quando esgotadas as fases necessárias à sua produção. Portanto, o ato perfeito é o que completou o ciclo necessário à sua formação. Perfeição, pois, é a situação do ato cujo processo está concluído.”^[21]

Diante do exposto, o ato concessório da aposentadoria torna-se imutável sempre que visar à proteção dos direitos do aposentado, bem

como a fim de assegurar a manutenção desta prestação previdenciária. Tais postulados trazem a necessária segurança jurídica ao aposentado, que não poderá ver seu benefício revisado a qualquer momento.

Ademais, parte da doutrina relativiza a imutabilidade do ato jurídico perfeito, entendendo que este não poderá permanecer intocável quando restringir direitos maiores do aposentado, tais como seu retorno ao trabalho, bem como sua incessante busca por melhores condições de vida. Nesse sentido, é necessário aduzir a lição de Fábio Zambitte Ibrahim:

Sem embargo da necessária garantia ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, não podem tais prerrogativas constitucionais compor impedimentos ao livre exercício do direito. A normatização constitucional visa, com tais preceitos, assegurar que direitos não sejam violados, e não limitar a fruições dos mesmos. O entendimento em contrário viola frontalmente o que se busca na Lei Maior.^[22]

Sendo assim, conclui-se que o ato jurídico perfeito ao restringir direitos do aposentado poderá ser desconstituído, traduzindo-se na renúncia à aposentadoria já concedida.

Nas palavras de Wladimir Novaes Martinez, *“previdenciariamente, renúncia é a abdicação de um direito pessoal disponível se não causar prejuízos para terceiros. Não é sinônimo de desaposentação que exige uma nova aposentação.”* ^[23]

Dessa maneira, a doutrina majoritária entende que o aposentado poderá renunciar a sua aposentadoria, desconstituindo um ato jurídico perfeito, sempre que visar à concessão de um benefício mais vantajoso, por exemplo, uma aposentadoria de maior valor econômico. Ressalta-se, que a renúncia a aposentadoria apenas irá modificar seu status de inativo para ativo, porém tal fato não implicará na renúncia do próprio tempo de serviço que serviu de base para a concessão do benefício, pois esse já foi adquirido, passou a integrar o patrimônio do segurado.^[24]

Ademais, lapidar nesse sentido o entendimento expendido pela 6ª Turma do Egrégio Tribunal de Regional Federal da 4ª Região, na ementa de decisão proferida nos autos da apelação, conforme se nota a seguir:

PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. CONTAGEM DO MESMO TEMPO DE SERVIÇO CONSIDERADO PARA A APOSENTADORIA PARA FINS DE APOSENTADORIA NO SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL. DIREITO INCORPORADO AO PATRIMÔNIO DO TRABALHADOR. CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO.

1. **A renúncia à aposentadoria - fato inequívoco, vinculado e circunscrito à manifestação unilateral do detentor do direito, não implica renúncia ao próprio tempo de serviço que serviu de base para a concessão do benefício, pois se trata de direito incorporado ao patrimônio do trabalhador, que dele pode usufruir dentro dos limites legais.**

2. **Admitida a renúncia a aposentadoria, o Instituto deve fornecer ao renunciante a certidão de tempo de serviço, que pode ser utilizado para outra finalidade, inclusive para concessão de aposentadoria em outro sistema, mais vantajosa ao titular do tempo de serviço.**^[25] (grifos nossos)

De mais a mais, no mesmo sentido da possibilidade de renúncia a aposentadoria, uma vez que se trata de direito patrimonial disponível do aposentado, bem como não representando ofensa ao ato jurídico perfeito, é necessário não perder de vista a posição que a jurisprudência pátria do Superior Tribunal de Justiça vem assumindo diante da matéria *sub examine*, conforme se depreende da ementa abaixo transcrita:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.

DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. NOVA APOSENTADORIA EM REGIME DIVERSO. NÃO OBRIGATORIEDADE DE DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. O mero reconhecimento da repercussão geral não acarreta a obrigatoriedade de sobrestamento do recurso especial.

2. É perfeitamente possível a renúncia à aposentadoria, inexistindo fundamento jurídico para seu indeferimento.

3. Pode ser computado o tempo de contribuição proveniente da aposentadoria renunciada para obtenção de novo benefício.

4. A renúncia opera efeitos *ex nunc*, motivo pelo qual não implica a necessidade de o segurado devolver as parcelas recebidas.

5. Agravo regimental improvido. **(grifos nossos)**

Apenas para efeito de corroboração do já explicitado acima, transcreveremos a lição lavrada no voto do Juiz Federal Ivori Luis da Silva Scheffer, o qual, brilhantemente, define os limites entre renúncia e desaposentação, em sua atuação na Turma Recursal de Santa Catarina^[26]:

Na renúncia, o segurado abdica de seu benefício e, conseqüentemente, do direito de utilizar o tempo de serviço que ensejou sua concessão, mas não precisa restituir o que já recebeu a título de aposentadoria. Ou seja, opera efeitos *ex nunc*.

Na desaposentação, o segurado também abdica do seu direito ao benefício, mas não do direito ao aproveitamento, em outro benefício, do tempo de serviço que serviu de base para o primeiro. Para tanto, faz-se necessário o desfazimento do ato de concessão, restituindo-se as partes, segurado e INSS, ao *status quo ante*, o que impõe ao segurado a obrigação de devolver todos os valores que recebeu em razão de sua aposentadoria. Logo, a desaposentação nada mais é do que uma renúncia com efeitos *ex tunc*.

Diante de todo o exposto, resta evidenciado que as normas constitucionais garantidoras de segurança jurídica aos cidadãos devem agir de modo a protegê-lo, porém nunca de maneira contrária aos seus interesses, possibilitando, dessa forma, a renúncia a aposentadoria já concedida.

2.3 Da (des)necessidade de devolução dos valores auferidos para concessão da desaposentação.

Outro ponto polêmico para a concretização da desaposentação é a necessidade ou não de devolução dos valores já recebidos pelo aposentado a título de aposentadoria, o qual gera grande divergência doutrinária e jurisprudencial.

O doutrinador Fábio Zambitte Ibrahim divide essa discussão separando as hipóteses de desaposentação ocorridas dentro do RGPS e entre regimes previdenciários diversos. Na primeira hipótese, argumenta pela desnecessidade de devolução dos valores, uma vez que o benefício da aposentadoria, quando recebida, possuía o objetivo de pendurar por toda a vida do segurado, tratando-se na realidade de um mero recálculo do valor do benefício através do acréscimo com as novas contribuições vertidas ao sistema. Dessa forma, em sua esclarecedora argumentação:

[...] da desaposentação no mesmo regime, não há que se falar em restituição de valores percebidos,

pois o benefício de aposentadoria, quando originalmente concedido, tinha o intuito de permanecer no restante da vida do segurado. Se este deixa de receber as prestações vindouras, estaria, em verdade, favorecendo o regime previdenciário.

Naturalmente, como visa benefício posterior, somente agregará ao cálculo o tempo de contribuição obtido a posteriori, sem invalidar o passado. A desaposentação não se confunde com a anulação do ato concessivo do benefício, por isso não há que se falar em efeito retroativo do mesmo, cabendo tão somente sua eficácia ex nunc. A exigência da restituição de valores recebidos dentro do mesmo regime previdenciário implica obrigação desarrazoada, pois se assemelha ao tratamento dado em caso de ilegalidade na obtenção da prestação previdenciária.

A desaposentação em mesmo regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado. Não faz o menor sentido determinar a restituição de valores fruídos no passado.^[27]

Ademais, o aposentado que não devolver os valores recebidos não estará incorrendo em enriquecimento ilícito, pois o RGPS é um sistema de repartição simples, onde não há correspondência entre o valor do benefício e as contribuições vertidas, pois é baseado no *pacto intergeracional*, onde a população ativa sustenta a inativa. Sendo possível a visualização, somente em um regime de capitalização simples, onde há efetivamente a correspondência entre os valores contribuídos e recebidos como benefícios.^[28]

Além do mais, a parte da doutrina que defende pela desnecessidade de restituição dos valores recebidos pelo aposentado, argumenta que o benefício da aposentadoria possui caráter alimentar. Nesse sentido, o artigo 100, § 1º, da Constituição Federal, *in verbis*:

Artigo. 100. § 1º Os débitos de **natureza alimentícia** compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, **benefícios previdenciários** e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo. **(grifos nosso)**

Ademais, a média de valor das aposentadorias é, em torno, de R\$ 1.380,26 (Um mil, trezentos e oitenta, e vinte e seis centavos)[29], numerário que em hipótese alguma não será considerado como de natureza alimentar, tendo em vista seu baixo valor.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que seja possível a obtenção da desaposentação no Regime Geral de Previdência Social, incorrendo efeito apenas *ex nunc* a desaposentação, ou seja, não sendo necessária a restituição dos valores já pagos a título de aposentadoria, pois, o segurado fez jus ao seu benefício, enquanto esteve aposentado, bem como reconhecendo o caráter alimentar da aposentadoria. Nesse sentido, as ementas abaixo:

PREVIDENCIÁRIO.
DESAPOSENTAÇÃO. **POSSIBILIDADE DE
RENÚNCIA AO BENEFÍCIO. AUSÊNCIA DE
VEDAÇÃO LEGAL.** DIREITO DE NATUREZA
PATRIMONIAL E, PORTANTO,
DISPONÍVEL. **INEXISTÊNCIA DE
OBRIGATORIEDADE DE DEVOLUÇÃO DAS
PARCELAS RECEBIDAS. VERBA DE CARÁTER
ALIMENTAR.** PRECEDENTES DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO DO INSS
DESPROVIDO. I – A inexistência de dispositivo legal
que proíba a renúncia ao benefício previdenciário
legalmente concedido deve ser considerada como
possibilidade para a revogação do benefício a pedido

do segurado. II – A desaposentação atende de maneira adequada aos interesses do cidadão. A interpretação da legislação previdenciária impõe seja adotado o entendimento mais favorável ao beneficiário, desde que isso não implique contrariedade à lei ou despesa atuarialmente imprevista, situações não provocadas pelo instituto em questão. III – **Da mesma forma, o fenômeno não viola o ato jurídico perfeito ou o direito adquirido, preceitos constitucionais que visam à proteção individual e não devem ser utilizados de forma a representar desvantagem para o indivíduo ou para a sociedade.** A desaposentação, portanto, não pode ser negada com fundamento no bem-estar do segurado, pois não se está buscando o desfazimento puro e simples de um benefício previdenciário, mas a obtenção de uma nova prestação, mais vantajosa porque superior. IV – Quanto à natureza do direito em tela, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a aposentadoria é direito personalíssimo, o que não significa que seja direito indisponível do segurado. A par de ser direito personalíssimo, tem natureza eminentemente de direito disponível, subjetivo e patrimonial, decorrente da relação jurídica mantida entre segurado e Previdência Social, logo, passível de renúncia, independentemente de aceitação da outra parte envolvida, revelando-se possível, também, a contagem de tempo para a obtenção de nova aposentadoria, no mesmo regime ou em outro regime previdenciário. Precedentes. V – **O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o ato de renunciar ao benefício não envolve a obrigação de devolução de parcelas, pois, enquanto perdurou a aposentadoria, o segurado fez jus aos proventos, sendo a verba alimentar indiscutivelmente devida.**

Precedentes. VI – Agravo interno desprovido.[30] (grifos nosso)

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. NÃO-OBRIGATORIEDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. É firme no âmbito desta Corte Superior de Justiça o entendimento no sentido de que a renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos.

2. Recurso Especial a que se dá provimento.[31] (grifos nosso)

Destarte, em posição contrária a exposta acima, primando pela necessidade da devolução dos valores recebidos durante a vigência da aposentadoria, encontramos a doutrinadora Marina Vasquez Duarte que afirma:

[...] o mais justo é conferir efeito ex tunc à desaposentação e fazer retornar o status quo ante, devendo o segurado restituir o recebido do órgão gestor durante todo o período que esteve beneficiado. Este novo ato que será deflagrado pela nova manifestação de vontade do segurado deve ter por conseqüência a eliminação de todo e qualquer ato que o primeiro ato possa ter causado para a parte contrária, no caso o INSS.[32]

A corroborar o exposto acima, insta transcrever o entendimento do renomado Hermes Arrais Alencar que preleciona *ad litteram*:

De todo o exposto, firmamos a tese da imperiosidade da restituição integral, do contrário não haverá efeitos “ex tunc” da desaposentação, de modo que sem a retroação de efeitos incólume estará o impedimento (art. 96, III, da Lei 8.213, de 1991) ao aproveitamento do tempo de contribuição utilizado na aposentadoria que se pretende desfazer. [33]

Nesse propósito, mister destacar que os argumentos perfilados pela supramencionada autora foram empossados por esta colenda corte, como se observa da ementa a seguir transcrita:

EMBARGOS INFRINGENTES.
PREVIDENCIÁRIO. **DESAPOSENTAÇÃO** PARA
RECEBIMENTO DE NOVA APOSENTADORIA.
POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE NORMA
IMPEDITIVA. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DO
MONTANTE RECEBIDO NA VIGÊNCIA DO
BENEFÍCIO ANTERIOR.

1. É pacífico o entendimento de que a aposentadoria, direito patrimonial, se insere no rol dos interesses disponíveis, razão por que não há como negar o direito do segurado de renunciar ao benefício de aposentadoria a que faz jus.

2. O art. 181-B do Dec. n. 3.048/99, acrescentado pelo Decreto n.º 3.265/99, que previu a irrenunciabilidade e a irreversibilidade das aposentadorias por idade, tempo de contribuição/serviço e especial, como norma regulamentadora que é, acabou por extrapolar os limites a que está sujeita, porquanto somente a lei pode criar, modificar ou restringir direitos (inciso II do art. 5º da CRFB).

3. O provimento concedido tem natureza e eficácia meramente declaratórias, uma vez que a condenação da autarquia em deferir a renúncia da aposentadoria, mediante a devolução dos valores

recebidos, importaria em entrega de título judicial condicional, o que é vedado por lei.

4. Se o segurado pretende renunciar à aposentadoria por tempo de serviço para postular novo jubramento, com a contagem do tempo de serviço em que esteve exercendo atividade vinculada ao RGPS e concomitantemente à percepção dos proventos de aposentadoria, os valores recebidos da autarquia previdenciária a título de amparo deverão ser integralmente restituídos com correção monetária.

5. As quantias devem ser repetidas integralmente e em ato único.

6. Impossibilidade de compensação dos valores a serem devolvidos ao INSS com os proventos do novo benefício a ser concedido, sob pena de burla ao § 2º do art. 18, uma vez que as partes já não mais seriam transportadas ao status jurídico anterior à inativação (por força da necessidade de integral recomposição dos fundos previdenciários usufruídos pelo aposentado).[\[34\]](#)**(grifo nosso)**

O doutrinador Wladimir Novaes Martinez ataca a questão com absoluta propriedade, demonstrando a dificuldade em encontrar a melhor solução possível para a sociedade e o cidadão, em suas palavras:

Rigorosamente o que determinar a solução é a efetividade do regime de repartição simples e da solidariedade social da previdência social. Individualmente considerando-se, o segurado deveria devolver o que recebeu, o que será fácil num plano de contribuição definida. Mas bastaria indagar das dificuldades matemáticas de se estimar o que foi consumido em razão da cobertura de prestações não programadas, para se chegar à conclusão de que são tantas as hipóteses que alguém que pagou menos e

recebeu mais que será despidendo argüir-se sobre a devolução.^[35]

Destarte, sendo adotado o efeito *ex tunc* a desaposentação, incorrendo o segurado ao *status quo* anterior, ou seja, primando pela devolução dos valores já recebidos a título de aposentadoria, o instituto tornar-se-á inviável economicamente para os requerentes.

2.4 Da viabilidade atuarial e financeiro na previdência social

Tema de forte discussão relacionado à desaposentação é o referente ao prejuízo que a previdência, em tese, sofreria no caso da viabilidade deste instituto.

A previdência social é um sistema baseado, principalmente, em quatro princípios: compulsoriedade, contributividade, equilíbrio financeiro e atuarial e solidariedade.

Através do *princípio da compulsoriedade*, todo cidadão ao exercer uma atividade privada será obrigatoriamente filiado a um regime previdenciário, bem como terá de verter contribuições (*princípio da contributividade*) para este regime, sendo, assim, lhe retirado, pelo Estado, sua autonomia de investir a totalidade de sua remuneração da maneira que lhe convier, resultando em uma maior segurança econômica para todos os filiados ao sistema (*princípio da solidariedade*). Em troca, este cidadão, agora segurado, recebe uma série de proteções sociais como compensação dessa atividade paternalista.

Nesse caminho, os segurados ao verterem suas contribuições para o sistema previdenciário buscam mantê-lo em *equilíbrio financeiro e atuarial*, para, futuramente, após o término de sua obrigação como contribuinte, obtenham a sonhada aposentadoria.

Contudo, em torno de 500.000 (quinhentos mil)^[36] aposentados continuam contribuindo para o seu regime previdenciário, pois suas aposentadorias não substituíram a renda mensal como trabalhador. Nesse momento, após já atingir sua cota de contribuições necessárias (preencher

os requisitos para uma das formas de aposentadoria), irão acrescer novas contribuições que representarão um excesso ao sistema, uma vez que não eram previstas, porém não gerarão benefício algum para este aposentado.

Diante do exposto, encontramos a corroboração do autor Fábio Zambitte Ibrahim:

Do ponto de vista atuarial, a desaposentação é plenamente justificável, pois se o segurado já goza de benefício, jubilado dentro das regras vigentes, atuarialmente definidas, presume-se que neste momento o sistema previdenciário somente fará desembolsos frente a este beneficiário, sem o recebimento de qualquer cotização, esta já feita durante o período passado.

Todavia, caso o beneficiário continue a trabalhar e contribuir, esta nova cotização gerará excedente atuarialmente imprevisto, que certamente poderia ser utilizado para a obtenção de novo benefício, abrindo-se mão do anterior de modo a utilizar-se do tempo de contribuição passado. Daí vem o espírito da desaposentação, que é renúncia de benefício anterior em prol de outro melhor. [37]

A corroborar o exposto acima, insta transcrever o entendimento da renomada Adriane Bramante de Castro Ladenthin e Viviane Masotti que prelecionam *ad litteram*:

Entendemos que não há que se falar em desequilíbrio financeiro e atuarial com a desaposentação visando um melhor benefício. Muito pelo contrário! Os segurados realizam suas contribuições e obtiveram a concessão da tão sonhada aposentadoria. Com a continuação da atividade laboral e, conseqüentemente, com pagamento compulsório das contribuições, eles

verteram ao sistema valores que não estavam previstas.[\[38\]](#)

Ademais, para a corrente doutrinária que entende pela ausência de um desequilíbrio financeiro e atuarial, a contribuição recolhida pelo aposentado sem a contraprestação de benefícios, deixa de ser uma contribuição social e passa a possuir a natureza de um tributo. Nessa linha de raciocínio, com fulcro no princípio da preexistência do custeio, onde não pode haver benefício ou serviço sem fonte de custeio[\[39\]](#), deve existir um via de mão dupla, não podendo também haver custeio sem criação, majoração ou extensão de benefício. Dessa forma, infringisse a função social para qual foi criado o sistema de seguridade social, sobressaindo-se apenas a questão fiscal, contrária aos fins precípuos da Ordem Social.[\[40\]](#)

2.5 Da desaposentação no Supremo Tribunal Federal

Atualmente, o Poder Judiciário possui cerca de 70.000[\[41\]](#) (setenta mil) ações versando sobre a possibilidade da desaposentação.

Em 2003, chegou ao Supremo Tribunal Federal, via Recurso Extraordinário (RE) n.º 381.367, após passar pelas instâncias judiciais inferiores do Rio Grande do Sul, o caso da aposentada Lucia Costella, de 65 anos de idade, funcionária do Grupo Hospitalar Conceição, que se aposentou em 1994, mas continuou trabalhando por mais 6 (seis) anos para complementar a sua renda mensal, até ser demitida em 2001, momento em que ingressou com uma ação judicial para buscar a sua desaposentação.[\[42\]](#)

O presente RE teve seu julgamento adiado por 3 (três) vezes, constando, apenas com o voto do relator Ministro Marco Aurélio, proferido no dia 16/09/2010, o qual proveu o recurso, favorável a desaposentação.

Nesse passo, é de todo o oportuno trazer a baila o entendimento do Relator Ministro Marco Aurélio que asseverou que o trabalhador aposentado, ao voltar à atividade, seria segurado obrigatório e deveria contribuir para o custeio da seguridade social. Ressaltou que no Estado Democrático de Direito é assegurado ao aposentado o retorno as atividades laborativas. Enfatizou que o disposto no artigo 201 da Carta Maior não se coaduna com o artigo 18, § 2º da Lei 8.213/91, que implica em desequilíbrio na equação ditada pela Constituição. Realçou que não se

pode concluir-se pela existência da dupla aposentadoria, e que o trabalhador, aposentado, retorna à atividade caberia o ônus da contribuição previdenciária, devendo-se a ele a contrapartida, os benefícios próprios, primando pelo princípio da dignidade da pessoa humana, calcular-se, ante o retorno e as novas contribuições e presentes os requisitos legais, o valor a que tem jus sob o ângulo da aposentadoria. Ademais, asseverou pela desnecessidade de ser declarada a inconstitucionalidade do § 2º do art. 18 da Lei 8.213/91, pois ele possui como intuito afastar a duplicidade de benefício, porém não poderá ser usado para negar o novo cálculo de parcela previdenciária que deva ser satisfeita.^[43]

Finalmente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão ocorrida no dia 26 de outubro de 2016, considerou inviável o recálculo do valor da aposentadoria por meio da chamada desaposentação. Por maioria de votos, os ministros entenderam que apenas por meio de lei é possível fixar critérios para que os benefícios sejam recalculados com base em novas contribuições decorrentes da permanência ou volta do trabalhador ao mercado de trabalho após concessão da aposentadoria.

Prevaleceu o entendimento do ministro Dias Toffoli, apresentado na sessão de 29 de outubro de 2014. Ele afirmou que, embora não exista vedação constitucional expressa à desaposentação, também não há previsão desse direito. O ministro Toffoli salientou que a Constituição Federal dispõe de forma clara e específica que compete à legislação ordinária estabelecer as hipóteses em que as contribuições previdenciárias repercutem diretamente no valor dos benefícios, como é o caso da desaposentação, que possibilitaria a obtenção de benefício de maior valor a partir de contribuições recolhidas após a concessão da aposentadoria. Na ocasião, foi acompanhado pelo ministro Teori Zavascki^[44].

Durante o julgamento, além dos Ministros Dias Toffoli e Teori Zavascki, votaram pela inviabilidade da desaposentação os Ministros Edson Fachin, Celso de Mello, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia. Foram vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator), Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski.

3. CONCLUSÃO

Diante da conjectura socioeconômica, a maioria dos trabalhadores filiados ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS) ao concretizarem o

sonho da aposentadoria necessitam retornar ao mercado de trabalho, pois os seus rendimentos auferidos na inatividade não são suficientes para nutrir um padrão mínimo de vida.

Ocorre que o aposentado ao exercer, novamente, atividade remunerada volta a recolher contribuições sociais para a previdência social, porém, em decorrência da legislação vigente, não adquire o direito as prestações previdenciárias, salvo salário-família e reabilitação profissional, conseqüentemente, enxerga, mensalmente, apenas o tolhimento de uma parcela de seu novo salário.

Na legislação pretérita, as novas contribuições recolhidas pelo aposentado possuíam destino através dos institutos do abono de permanência em serviço, pecúlio e abono de retorno. Porém, com a extinção destes, o equilíbrio existente entre o RGPS e o aposentado deixou de existir. Nesse momento, a doutrina e a jurisprudência começaram a construir o instituto da desaposentação.

Dessa forma, o cidadão para pleitear a possibilidade da desaposentação no RGPS precisa completar três etapas consecutivas: 1) Aposentar-se no RGPS; 2) Retornar ao mercado de trabalho filiado ao RGPS, ou seja, recolhendo contribuições à previdência social; 3) E, concomitantemente, renunciar sua antiga aposentadoria para somar todo o período contributivo, anterior e posterior a aposentadoria, requerendo a concessão de uma nova aposentadoria.

Nesse sentido, a desaposentação no RGPS pode ser definida como a renúncia a aposentadoria já concedida, visando somar todo o tempo trabalhado pelo cidadão, para que seja recalculado o valor de uma nova aposentadoria.

Sendo assim, este instituto buscava melhorar as condições econômicas dos aposentados que, pelo baixo valor de sua aposentadoria, retornam ao mercado de trabalho, almejando, futuramente, obter, através da desaposentação, uma aposentadoria que viabilize uma melhor condição econômica na inatividade.

Entendemos que como os valores recebidos a título de aposentadoria não devem ser restituídos, pois, enquanto perdurou o aposentado fez jus a eles, sendo este também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Ademais, filiamo-nos ao caráter alimentar dessa prestação, sendo, assim, inviável pensar em sua devolução.

Por fim, acerca da viabilidade atuarial e financeira do instituto à previdência social, logramos pela lógica de que as contribuições recolhidas pelo aposentado que retornou ao mercado de trabalho, representa um excesso imprevisto pelo sistema previdenciário, o qual será utilizado para custear o recálculo da nova aposentadoria, dessa forma, não criaria prejuízos ao sistema, bem como não viola o princípio da solidariedade vigente no RGPS.

Apesar de todo o exposto, a solidificação da desaposentação não foi possível, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, durante o recurso extraordinário 381.367, negou a viabilidade do instituto.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALECAR, Hermes Arrais. **“Desaposentação” e o instituto da “transformação” de benefícios previdenciários do regime geral de previdência social**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

BALERA, Wagner. **Sistema de seguridade social**. São Paulo: LTr, 2000.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25/05/2017.

_____. Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/1999/3048.htm>>. Acesso em: 13/02/2017.

_____. Lei n. 5.890, de 08 de junho de 1973. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/1999/3048.htm>>. Acesso em: 13/02/2017.

_____. Lei n. 8.212, de 24 de junho de 1991. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em
21/02/2017.

_____. Lei n. 8.213, de 24 de junho de 1991. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em:
23/02/2017.

_____. Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm>. Acesso
em: 13/04/2017.

_____. Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso
em: 13/01/2017.

_____. Lei n. 10.097, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10097.htm>. Acesso
em: 18/03/2017.

_____. Lei n. 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11096.htm>. Acesso em: 18/04/2017.

_____. **Previdência Social**. Disponível em:
<<http://www.previdenciasocial.gov.br/conteudoDinamico.php?id=1155>>
. Acesso em: 20/05/2017.

_____. **Previdência Social**. Disponível em:
<http://www.anfip.org.br/Fundacao_ANFIP/publicacoes/publicacoes/artigos/IreneFreitas_08AGO08.pdf>. Acesso em: 13/02/2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. 3º Seção. Embargos de
divergência em Recurso Especial n. 551.997/RS, Relator Ministro Gilson
Dipp, DJ. 26/07/2004. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/pagina_lista.asp>. Acesso
em: 10/11/2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.019.099/RS, 5º Turma, Relator Ministro Adilson Vieira Macabu. DJ de 18/08/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/pagina_lista.asp>. Acesso em: 13/02/2017.

_____. **Tribunal Regional Federal da 4º Região**. Embargos Infringentes n. [5002253-15.2010.404.7100](#)/ RS, 3ª Seção, Relator Juiz Luís Alberto D'azevedo Aurvalle. DJ de 06/10/2011. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?txtValor=500225315.2010.404.7100&selOrigem=RS&chkMostrarBaixados=&selForma=NU&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&PHPSESSID=b252a8ff27f148e4ad98e058234cc6ad>. Acesso em: 08/02/2017.

_____. **Tribunal Regional Federal da 4º Região**. Apelação Cível n. [96.04.45954-6](#), 6º Turma, Relator Juiz Wellington Mendes de Almeida. DJ de 16/09/1998. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?txtValor=95.80.032483&selOrigem=SC&chkMostrarBaixados=S&selForma=NU&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&PHPSESSID=b252a8ff27f148e4ad98e058234cc6ad>. Acesso em: 20/02/2017.

_____. **Tribunal Regional Federal da 4º Região**. Apelação Cível n. [0001719-75.2009.404.7009](#), 6º Turma, Relator Juiz Celso Kipper. DJ de 26/05/2010. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?selForma=NU&txtValor=00017197520094047009&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=>>. Acesso em: 13/02/2017.

_____. **Tribunal Regional Federal da 4º Região**. Apelação/Reexame Necessário n. [2008.70.07.000181-0](#)/PR, 5º Turma, Relator Juiz Maria Isabel Pezzi Klein. DJ de 23/02/2010. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?selForma=NU&txtValor=200870070001810&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=>>. Acesso em: 19/02/2017.

_____. **Tribunal Regional Federal da 2º Região.** Apelação/Reexame Necessário n. 200851018043420 – RJ, 1º Turma Especializada, Relator Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de castro Mendes. DJ de 15/01/2010. Disponível em: <http://www2.trf2.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=base_jur:v_juris>. Acesso em: 18/02/2017.

_____. **Turma Recursal dos Juizados Especiais de Santa Catarina.** Processo n. 2004.92.95.003417-4, Relator Juiz Ivori Luis da Silva Scheffer, Sessão de 5.8.2004.

BRIGUET, Magadar Rosália Costa; VICTORINO, Maria Cristina Lopes; HORVATH JUNIOR, Miguel. **Previdência social:** aspectos práticos e doutrinários dos regimes jurídicos próprios. São Paulo: Atlas, 2007.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito previdenciário médico:** benefícios por incapacidade laborativa e aposentadoria especial. São Paulo: Atlas, 2010.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário.** 5. ed. São Paulo, LTr, 2004..

DAL BIANCO, Dânae. **Princípios constitucionais da previdência social.** São Paulo: LTr, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo.** 21. ed. 2. reimpr. - São Paulo: Atlas, 2008.

DUARTE, Marina Vasquez. **Temas atuais de direito previdenciário e assistência social.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

FELIPE, J. Franklin Alves. **Curso de direito previdenciário.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. **Novo dicionário da língua portuguesa.** 20. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

FORTES, Simone Barbisan. **Previdência social no estado democrático de direito**: uma visão à luz da teoria da justiça. São Paulo: LTr, 2005.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação**: o caminho para uma melhora aposentadoria. 5. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM. 2010.

LANDENTHIN, Adriane Bramante de Castro. MASOTTI, Viviane. **Desaposentação**: teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2010.

LONDUCCI, Silmara. **[Entrevista disponibilizada em 30 de setembro de 2011, a Internet]**. 2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=190628>>. Acesso em 13/03/2013.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de direito previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 4^a ed. São Paulo: LTR, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

PULINO, Daniel. **A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001.

ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à previdência social**. Porto Alegre: Livrariado Advogado, 2004.

SFREDO, Marta. A espera da gaúcha que representa os aposentados. **Zero Hora**, Rio Grande do Sul, 05 de outubro de 2011. Disponível em:

<http://www.sindppd-rs.org.br/images/stories/arquivospdf/materia_ZH.pdf>. Acesso em 13/02/2013.

SILVA, Fábio de Souza. **Direito previdenciário**. Niterói: Impetus, 2005.

STEPHANES, Reinhold. **Reforma da previdência sem segredos**. Rio de Janeiro: Record, 1998.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NOTAS:

[1] BRAMANTE, Ivani Contini. *Desaposentação e Nova Aposentadoria*. Revista de Previdência Social, nº 244, março/2011, p. 150-155 passim.

[2] IBRAHIM, *op. cit.*, p. 35.

[3] MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. – 4. Ed. – São Paulo: LTr, 2011, p. 46.

[4] Tábua completa de expectativa de sobrevida disponível no endereço eletrônico da Previdência: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2016/12/Fator-Previdenci%C3%A1rio_-2017-Tabela-IBGE-2015-pdf.pdf>. Acesso em: 26 de junho de 2017.

[5] *Ibidem*.

[6] Decreto 3.048/99. Art. 181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis. ([Incluído pelo Decreto nº 3.265, de 1999](#))

[7] DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. - 21ª. ed. – 2. reimpr. - São Paulo: Atlas, 2008, p. 63.

[8] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. - 23ª ed. - São Paulo: Malheiros, 1997, p. 153.

[9] Brasil, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº [0001719-75.2009.404.7009](#), 6º Turma, Relator Juiz Celso Kipper. DJ de 26/05/2010.

[10] Brasil, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação/Reexame Necessário nº [2008.70.07.000181-0/PR](#), 5º Turma, Relator Juiz Maria Isabel Pezzi Klein. DJ de 23/02/2010.

[11] MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Op. cit.*, p. 105-107 passim.

[12] CF/88. Art. 201, § 2º: Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20, de 1998).

[13] Tábua completa de expectativa de sobrevida disponível no endereço eletrônico da Previdência: <
<http://www.previdencia.gov.br/2013/12/aposentadoria-tabua-de-vida-do-ibge-muda-fator-previdenciario-4/>>. Acesso em: 26 de maio de 2017.

[14] O fator previdenciário é calculado através da formula definida na Lei 9.876, de 1999.

[15] Lei 3.807/60. Art. 5º, § 3º. Aquele que conservar a condição de aposentado não poderá ser novamente filiado à previdência social, em virtude de outra atividade ou emprego.

[16] ALENCAR, Hermes Arrais. *“Desaposentação” e o Instituto da “Transformação” de Benefícios Previdenciários do Regime Geral de Previdência Social*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 67

[17] Lei 5890/1973. Art. 12. O segurado aposentado, por tempo de serviço, que retornar à atividade será normalmente filiado e terá suspensa sua aposentadoria, passando a perceber um abono, por todo o novo período de atividade, calculado na base de 50% (cinquenta por cento) da aposentadoria em cujo gozo se encontrar.

[18] ALENCAR, Hermes Arrais. *Op. cit.*, p. 70.

[19] Lei 8.212/91. Art. 12, § 4º. O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer

atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata esta Lei, para fins de custeio da Seguridade Social. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.032, de 28.4.95).

[20] Constitucional Federal. art. 5º, inciso XXXVI. A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

[21] BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 272.

[22] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação*. – 5ª ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2011, p. 49.

[23] MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. – 4ª ed. – São Paulo: LTR, 2011, p. 51.

[24] SILVA, Fábio de Souza. *Direito previdenciário*. Niterói: Impetus, 2005, pp. 99-122.

[25] Brasil, Tribunal Regional Federal da 4º Região. Apelação Cível nº 0404738-1/RS, 6º Turma, Relator Juiz Wellington Mendes de Almeida. DJ de 16/09/1998, p 516.

[26] Brasil, Turma Recursal dos Juizados Especiais de Santa Catarina. Proc. 2004.92.95.003417-4, Relator Juiz Ivori Luis da Silva Scheffer, Sessão de 5.8.2004.

[27] IBRAHIM. Fábio Zambitte. *op. cit.*, p. 64.

[28] *Ibid.*, p 65.

[29] PREVIDÊNCIA SOCIAL, *Boletim Estatístico da Previdência social*. Disponível no site: <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2017/05/beps17.03.pdf>>. Acesso em 26/05/2017.

[30] BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação/Reexame Necessário n.º 200851018043420/RJ, 1º Turma Especializada, Relator Desembargador Federal ALUISIO GONCALVES DE CASTRO MENDES. DJ de 15/01/2010.

[31] Brasil, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.019.099 - RS, 5º Turma, Relator Ministro ADILSON VIEIRA MACABU. DJ de 18/08/2011.

[32] DUARTE, Marina Vasquez. *Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

[33] ALECAR, Hermes Arrais. *Desaposentação e o Instituto da Transformação de Benefícios Previdenciários do regime Geral de Previdência Social*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 100.

[34] BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Embargos Infringentes nº [5002253-15.2010.404.7100/RS](#), 3ª Seção, Relator Juiz LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE. DJ de 06/10/2011.

[35] MARTINEZ, Wladimir Novaes. *op. cit.*, p. 147.

[36] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível no site:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=190628>>. Acesso em 26/05/2017.

[37] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *op. cit.*, p. 59-60 passim.

[38] LANDENTHIN, Adriane Bramante de Castro. MASOTTI, Viviane. *Desaposentação: teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2010.

[39] Constituição Federal. art. 195, § 5º. Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

[40] LANDENTHIN, Adriane Bramante de Castro. MASOTTI, Viviane. *op. cit.*, p. 99.

[41] Supremo Tribunal Federal. Disponível no site:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=190628>>. Acesso em 25/05/2017.

[42] SFREDO, Marta. *A espera da gaúcha que representa os aposentados*. Zero Hora. Disponível no site:

<http://www.sindppd-rs.org.br/images/stories/arquivospdf/materia_ZH.pdf>. Acesso em 12/11/2011.

[43] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 381.367/RS. Relator Ministro Marco Aurélio. DJE 16/09/2010.

[44] Supremo Tribunal Federal. Disponível no site:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328199&caixaBusca=N>>. Acesso em 25/05/2017.

TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PRISCILLA BATISTA DE ALBUQUERQUE:

Advogada. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pós Graduada em Direito Constitucional pela Faculdade entre Rios do Piauí (FAERPI).

RESUMO: O presente artigo visa analisar de forma sintética a conceituação do instituto da terceirização e seus desdobramentos históricos, bem como suas implicações na prática jurídico-trabalhista. Nesse sentido, trará as principais decisões dos Tribunais Superiores, no sentido da constitucionalidade da previsão do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93, que veda a responsabilidade subsidiária da Administração por encargos trabalhistas gerados pelo simples inadimplemento da empresa prestadora de serviços, entre outros entendimentos. *Vale* destacar que a metodologia adotada será o estudo jurisprudencial e doutrinário.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Não decorre do mero inadimplemento. Demonstração de culpa. Ação autônoma.

SUMÁRIO: 1.Introdução - 2.Origem e conceito de terceirização - 3.Evolução jurisprudencial e a responsabilidade subsidiária da Administração Pública em contratos de terceirização - 4. Impossibilidade de ajuizamento de ação autônoma contra a Administração Pública para responsabilizá-la subsidiariamente - 5. Conclusão – 6. Referências.

1.INTRODUÇÃO

Trata-se de artigo jurídico que objetiva analisar a origem, o conceito e a evolução jurisprudencial do instituto da terceirização e suas implicações na Administração Pública, com a análise dos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários a respeito do assunto, bem como a impossibilidade de ajuizamento de ação autônoma contra o ente público para responsabilizá-lo subsidiariamente.

A terceirização é um instituto antigo, mas que traz muitas celeumas no âmbito jurídico, justamente por ser um fenômeno de características e enfoques extremamente amplos e variados.

Para fins didáticos, a explanação será dividida em três partes. Na primeira, apresenta-se a origem e o conceito de terceirização. Na segunda parte, discorre-se sobre a evolução jurisprudencial e a responsabilidade subsidiária da Administração Pública em contratos de terceirização. Por fim, na terceira parte, narra-se sobre a impossibilidade de ajuizamento de ação autônoma contra a Administração Pública para responsabilizá-la de forma subsidiária.

2. ORIGEM E CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

Terceirização significa a contratação de terceiros, por parte de uma empresa, para realização de atividades gerais, não essenciais, visando à racionalização de custos, à economia de recursos e à desburocratização administrativa.

Ela teve sua origem definida em uma palavra existente na língua portuguesa, “terceiro”, que significa “intermediário” ^[1] e a sua prática é oriunda dos Estados Unidos, após a Segunda Guerra Mundial, quando as indústrias bélicas necessitaram firmar parcerias externas objetivando aumentar sua capacidade de produção. ^[2]

Nesse contexto, a terceirização, na década de 40, foi amplamente utilizada em países europeus para produção de armas durante a Segunda Guerra Mundial.

No Brasil, a prática da terceirização teve início a partir de 1929, quando o país encontrava-se devastado por uma crise econômica, na qual os cafeicultores investiram em indústrias que empregavam terceiros para execução das tarefas secundárias. ^[3]

Na década de 80, o Brasil valendo-se do Decreto-Lei nº 2.300 de 1986 permitiu a contratação de empresas para a execução de obras e serviços públicos, mediante deflagração de certame licitatório, ao passo

que a prática passou a ganhar força no final dos anos 80, com as montadoras, empresas ligadas a indústria automobilística.

Entretanto, o desenvolvimento da terceirização no Brasil apenas atingiu considerável desenvolvimento na década de 1990, quando o país encontrava-se marcado por considerável inflação, crises econômicas e dívidas externas. A necessidade de tais práticas destinava-se a manter empresas brasileiras no mercado concorrendo com poderosas empresas estrangeiras no mercado mundial.^[4]

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo 175 a faculdade da Administração Pública prestar serviços através de terceiros, mediante concessão ou permissão, embora não tenha sido expressa quanto ao instituto da terceirização.

Ante o contexto existente, podemos classificar a terceirização em lícita e ilícita. A primeira refere-se a regulada pela súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, sendo necessário que a terceirização esteja prevista nos seguintes dispositivos, quais sejam: *I- Trabalho Temporário (Súmula 331, I, TST); II- Serviços de Vigilância (Súmula 331, III, TST); III- Serviços de conservação e limpeza (Súmula 331, I, TST); IV- Serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador (Súmula 331, I, TST)*; a segunda, terceirização ilícita, dá-se com a contratação do empregado para trabalhar em atividades ligadas diretamente às atividades principais da empresa tomadora de serviços (atividade fim), podendo dar ensejo a fraudes à legislação trabalhista e causar prejuízos aos trabalhadores. Vejamos:

SÚMULA Nº 331 DO TST

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.
LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011**
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.

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.

Importa frisar que restando caracterizada a terceirização ilícita, as empresas envolvidas são solidariamente responsáveis pelos créditos trabalhistas do empregado, por fraudarem a legislação pátria, conforme dispõe artigo 942 do Código Civil, “*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 responderão solidariamente pela reparação.”.

Assim, a terceirização ilícita, ao contrário da terceirização lícita, é ilegal, formando-se o vínculo trabalhista diretamente com o tomador dos serviços prestados, prática repudiada pela jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores.

3. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO

A Lei nº 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, estabeleceu em seu artigo 71, “*caput*” e § 1º que não se transfere ao ente público tomador de serviços a responsabilidade por eventual inadimplemento do prestador de serviços para com seus empregados. Vejamos o teor da norma, *in verbis*:

“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”.**
(grifamos)

O artigo supracitado expressa com clareza que não se transfere automaticamente à Administração Pública a responsabilidade do prestador dos serviços em relação ao inadimplemento de suas obrigações e encargos trabalhistas, fiscais e comerciais.

Em sua redação original, a súmula 331 do TST contrariava o artigo 71, “*caput*” e § 1º da Lei nº 8.666/93, imputando a responsabilidade

subsidiária à Administração Pública de forma instantânea, como tomadora de serviços, pelo inadimplemento das obrigações e encargos trabalhistas, fiscais e comerciais do prestador de serviços.

Nesse contexto, tínhamos intensos debates e divergências quanto à questão da responsabilidade. De um lado, o TST, na quase maioria dos casos, condenava a Administração Pública de forma automática, bastando o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador. Por sua vez, a Fazenda Pública em suas defesas refutava tal entendimento, com fundamento no já citado artigo da lei de licitações, no qual dispõe que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere a ela a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato.

Para por fim à celeuma até então existente, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº16, declarando a constitucionalidade da previsão do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93, que veda a responsabilidade subsidiária da Administração por encargos trabalhistas gerados pelo simples inadimplemento da empresa prestadora de serviços. Vejamos:

RESPONSABILIDADE	CONTRATUAL.
Subsidiária.	Contrato com a administração pública.
Inadimplência	negocial do outro contraente.
Transferência	consequente e automática dos seus
encargos	trabalhistas, fiscais e comerciais,
resultantes	da execução do contrato, à administração.
Impossibilidade	jurídica. Consequência proibida pelo
art., 71,	§ 1º, da Lei federal nº 8.666/93.
Constitucionalidade	reconhecida dessa norma. Ação
direta de	constitucionalidade julgada, nesse sentido,
procedente.	Voto vencido. É constitucional a norma
inscrita no	art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26
de junho	de 1993, com a redação dada pela Lei nº
9.032,	de 1995. (STF – ADC: 16 DF , Relator: Min.
CEZAR	PELUSO, Data de Julgamento: 24/11/2010,

Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-173 DIVULG
08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-
01 PP-00001)

Segundo o Pretório Excelso, para que reste caracterizada a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, é necessário a comprovação da culpa *in vigilando* (falta de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas) ou/e a culpa *in eligendo* (má escolha da prestadora de serviços) do ente público e que ela se dê de forma robusta, sem presunções, cabendo o ônus probatório de quem alega, ou seja do empregado, por se tratar de fato constitutivo do seu direito, a teor dos artigo 818 da CLT, como, inclusive, vem reconhecendo o TST em precedentes recentes.

Em razão da decisão da Suprema Corte, a súmula 331 do TST fora revisada firmando-se, igualmente, no entendimento de que a responsabilidade do tomador de serviços alcança os entes da Administração Pública direta e indireta, de forma subsidiária, quando verificada conduta culposa no cumprimento das obrigações do prestador de serviços ou mesmo quando houver culpa da Administração Pública na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços na condição de empregadora. Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RITO SUMARÍSSIMO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. TOMADOR DE SERVIÇOS. **SÚMULA N.º 331, V, DO TST. COMPROVAÇÃO DA CULPA -IN VIGILANDO-NECESSIDADE.** AGRAVO DE INSTRUMENTO. RITO SUMARÍSSIMO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. TOMADOR DE SERVIÇOS. **SÚMULA N.º 331, V, DO TST. COMPROVAÇÃO DA CULPA IN VIGILANDO-NECESSIDADE.** Não comprovada a culpa -in vigilando- da entidade pública, a decisão proferida

pelos Regional contraria a jurisprudência pacífica desta Corte, consagrada no antigo item IV e atual item V da Súmula n.º 331. Agravo de Instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. TOMADOR DE SERVIÇOS. SÚMULA N.º 331, V, DO TST. COMPROVAÇÃO DA CULPA -IN VIGILANDO-. NECESSIDADE. **De acordo com a nova redação conferida à Súmula n.º 331 do TST, 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 8.666/93; a aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. Ora, não havendo comprovação da inobservância do dever de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos promovidos com a prestadora de serviços (arts. 58, III, 67 e 70 da Lei n.º 8.666/93), não há de se falar em negligência, nem responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST – RR: 7106320115050133 710-63.2011.5.05.0133, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 22/05/2013, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/05/2013) (grifo nosso)**

Com efeito, resta pacificado que a condenação da Administração Pública, na qualidade de tomadora de serviços, em responder subsidiariamente por débitos provenientes de inadimplementos da prestadora de serviços somente será possível se houver prova inequívoca

de sua conduta omissiva ou comissiva na má escolha da prestadora e na fiscalização dos contratos.

4. IMPOSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO AUTÔNOMA CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA RESPONSABILIZÁ-LA SUBSIDIARIAMENTE

Embora o tema da responsabilidade subsidiária mostre-se pacificado, já existiram controvérsias quanto à possibilidade de ajuizamento de ação autônoma para responsabilizar a Administração Pública subsidiariamente.

Diante da nova redação da súmula 331 do TST (incisos IV e V), revela-se de clareza solar a impossibilidade de ajuizamento de ação autônoma contra o ente público, tendo em vista que a dicção legal menciona como requisito necessário que o tomador tenha participado da relação processual e conste também do título executivo.

É sabido que o TST tem se pautado na imutabilidade da coisa julgada e a necessidade de assegurar a ampla defesa e o contraditório às partes conforme estabelece o art. 507 do Novo Código de Processo Civil.

“Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.

Art. 508. Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.”

Em razão do estatuído em lei e da recente decisão da Suprema Corte, a jurisprudência vem solidificando o entendimento que a procedência de ação rescisória afrontaria a coisa julgada produzida na primeira ação e atentaria contra o direito do tomador de serviços à ampla defesa e ao contraditório. Vejamos:

“AÇÃO RESCISÓRIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte

do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto às obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. Súmula 331, IV e V, do C. TST. JUROS DE MORA. ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. INAPLICABILIDADE À FAZENDA PÚBLICA CONDENADA SUBSIDIARIAMENTE. A Fazenda Pública, quando condenada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas devidas pela empregadora principal, não se beneficia da limitação dos juros, prevista no artigo 1º-F da Lei 9.494/97. Orientação Jurisprudencial 382 da SDI-I do C. TST. AÇÃO RESCISÓRIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. **A Ação Rescisória calcada em violação de lei não admite reexame de fatos e provas do processo que originou a decisão rescindenda. Súmula 410 do C. TST. CONCLUSÃO.** Pretensão rescisória deduzida pela União julgada improcedente. (TRT-1 - AR: 00106590220125010000 RJ, Relator: Marcia Leite Nery, Data de Julgamento: 14/11/2013, Seção Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 21/01/2014)”

O entendimento supra foi objeto da súmula 410 do TST, publicada em 08/03/2017:

“Súmula 410/TST - 08/03/2017. Ação rescisória. Violação de lei. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade. CPC, art. 485, V. CLT, art. 836. A ação

rescisória calcada em violação de lei não admite reexame de fatos e provas do processo que originou a decisão rescindenda. (ex-OJ 109/TST-SDI-II - DJ 29/04/2003”

Ante todo o exposto, a responsabilização do tomador dos serviços (ente público) está condicionada à sua integração no polo passivo da reclamação trabalhista, encontrando óbice na ação autônoma, pois o trânsito em julgado da demanda ajuizada somente em face do empregador torna impossível a discussão das verbas trabalhistas já deferidas, tendo em vista a coisa julgada ser, em regra, *inter partes* e soberana.

5. CONCLUSÃO

Terceirização é a contratação de serviços por meio de empresa, interposta entre o tomador de serviços e a mão de obra, mediante contrato de prestação de serviços. A relação de emprego faz-se entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, e não diretamente com o tomador, salvo nos casos de terceirização ilícita, presentes a personalidade e a subordinação direta, não podendo ser transferido ao tomador de serviços o poder diretivo do empregador-prestador.

Somente há permissivo legal para se terceirizar nos seguintes casos:
a) trabalho temporário b) vigilância, conservação e limpeza c) atividade fim.

Dessa forma, a terceirização ilícita é ilegal, formando-se o vínculo de trabalho diretamente com o tomador dos serviços prestados, sendo prática rechaçada pela jurisprudência pátria.

Restou pacificado que a condenação da Administração Pública, na qualidade de tomadora de serviços, em responder subsidiariamente por débitos provenientes de inadimplementos da prestadora de serviços, não decorre de forma automática pelo mero inadimplemento das obrigações contratuais e legais por parte do prestador dos serviços, devendo haver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na má escolha da prestadora e na fiscalização dos contratos.

Por fim, a responsabilização do tomador dos serviços (ente público) está condicionada à sua participação na relação processual, bem como constar do título executivo, sob pena de afronta à coisa julgada produzida na primeira ação e atentar contra o direito do tomador de serviços à ampla defesa e ao contraditório.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 16/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 24/11/2010, p. DJe 09/09/2011. Disponível em: www.stf.jus.br.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula de jurisprudência, enunciado nº 331 (Contrato de prestação de serviços. Legalidade). DEJT 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: www.tst.jus.br.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Quarta Turma. Recurso de Revista 710-63.2011.5.05.0133, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, j. 22/05/2013, p. DEJT 24/05/2013. Disponível em: www.tst.jus.br.

DELGADO, Gabriela Neves. Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho contemporâneo. São Paulo: Ltr, 2003;

VIEIRA, Antonieta Pereira, FURTADO, Madeline Rocha. Gestão de Contato de Terceirização na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2008;

ALVES, Osvaldo Nunes. Terceirização de Serviços na Administração Pública. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054228.PDF>;

FERNANDES, Jacoby. Responsabilidade Fiscal; 2ª edição. Editora Brasília: Brasília Jurídica LTDA, 2002

NOTAS:

[1] DELGADO, Gabriela Neves. Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho contemporâneo. São Paulo: Ltr, 2003;

[2] VIEIRA, Antonieta Pereira, FURTADO, Madeline Rocha. Gestão de Contato de Terceirização na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2008;

[3] ALVES, Osvaldo Nunes. Terceirização de Serviços na Administração Pública. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054228.PDF>;

[4] FERNANDES, Jacoby. Responsabilidade Fiscal; 2ª edição. Editora Brasília: Brasília Jurídica LTDA, 2002

DA POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA APÓS O TERMO DO PRAZO FIXADO

JOSÉ WILTON FLORÊNCIO MENESES: : advogado, formado em Direito pela Universidade Tiradentes (2012), especialista em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera (2015), e pós-graduando em Direito Público pelo Instituto Elpídio Donizetti (2017).

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar a possibilidade de prorrogação de contrato de obra pública ao termo do prazo fixado, sob o argumento de reconhecida falha de planejamento original, decorrentes de problemas relacionados com o projeto inicial, através de uma análise acerca das disposições da Lei n° 8.666/93, perpassando pelo entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema. Visa-se estabelecer a diferenciação entre os contratos por objeto ou escopo dos contratos por prazo, analisando os limites à vigência dos contratos administrativos, bem como os efeitos do término do prazo em cada espécime, de modo a demonstrar que o contrato de obra pública é condicionado pela entrega do objeto determinado, quando, então, poder-se-á tê-lo por finalizado, e não pelo prazo contratual. Seu maior fim é a conclusão do objeto em si, de forma que o vencimento do prazo não provoca, per si, a conclusão automática do contrato.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da análise da possibilidade de prorrogação de contrato de obra pública ao termo do prazo fixado. 3. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Não é raro a Administração Pública se deparar com contratos administrativos de obras públicas que se arrastam por séculos, sem o devido atendimento do interesse público primário, o que gera grande impacto no orçamento público, na medida em que não permite um melhor planejamento da alocação dos recursos públicos exercício após exercício.

Nesse sentido, um grande ponto que é trazido à baila, diz respeito à existência ou não de limites temporais para a vigência de um contrato administrativo. A resposta pressupõe uma atenta análise das disposições da Lei n° 8.666/93, perpassando pelo entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema.

Não há como explorar a matéria, sem demonstrar a diferenciação entre os contratos por objeto ou escopo dos contratos por prazo, de modo a analisar os limites à vigência dos contratos administrativos, bem como os efeitos do término do prazo em cada espécime.

Nesse cotejo, o contrato de obra pública é condicionado pela entrega do objeto determinado, quando, então, poder-se-á tê-lo por finalizado, e não pelo prazo contratual. Seu maior fim é a conclusão do objeto em si, de forma que o vencimento do prazo não provoca, per si, a conclusão automática do contrato.

2. DA ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA AO TERMO DO PRAZO FIXADO

O art. 57, §1º e §2º, da Lei n.º 8.666/93, permite a prorrogação de prazo contratual, mantidas as demais cláusulas, desde que justificada por escrito e autorizada pela autoridade competente, e desde que haja algum dos seguintes motivos, devidamente caracterizados no processo, *in verbis*:

Art. 57. (...)

§1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, **desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:**

I – alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

§2º Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.
(grifos)

Como se observa, a Administração deve justificar por escrito eventuais prorrogações, dentre as hipóteses do art. 57, §1º. Observando as recomendações do TCU neste ponto:

- Assunto: CONTRATOS. DOU de 13.05.2010, S. 1, p. 138. Ementa: alerta a uma prefeitura no sentido de que se abstenha de efetuar prorrogações

contratuais, fundamentadas em justificativas que configurem má-gestão administrativa, tais como atrasos na entrega de materiais pelos fornecedores e demora no pagamento de medições, visto não serem estas aptas a respaldar as mencionadas prorrogações, o que poderá ensejar futuras punições por descumprimento ao disposto no art. 57, §1º da Lei nº 8.666/1993 (item 1.5, TC-032.893/2008-9, Acórdão nº 2.014/2010-2ª Câmara).

Não menos, as justificativas deverão existir nas hipóteses de alteração contratual, no caso presente, por sua vez, amparado no que prescreve o art. 65 da Lei nº 8.666/93:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

(...)

§1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de

50%(cinquenta por cento) para os seus acréscimos.
(grifos)

Em qualquer situação legal, a necessidade de demonstração da subsunção a uma das hipóteses tratadas na Lei nº 8.666 faz-se imperiosa, devendo ser expressamente tratada nos autos pela Administração, pois a ocorrência ou não de um dos eventos ali dispostos implica na completa distinção entre as providências que devem ser adotadas pela Administração.

Como forma de aclarar o tema, transcrevemos trecho do artigo de Marcelo Bruto da Costa Correia^[1]:

A persistente existência de contratos com a Administração Pública com períodos de vigências que ultrapassam, até mesmo, uma década, resultantes, não raro, do desequilíbrio fiscal do Estado, a provocar seguidas paralisações nas execuções de obras, tem lançado sobre a doutrina e a jurisprudência necessárias e acirradas discussões sobre os limites à vigência dos contratos administrativos.

A primeira questão que se põe a quem se proponha a enfrentar o assunto atine à existência ou não de limites temporais para a vigência de um contrato administrativo. A resposta pressupõe atenta análise das normas que disciplinam o prazo de vigência dos contratos administrativos e as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais a elas correlatas.

Introdutoriamente, imprescindível é a distinção entre os contratos de obras públicas e os demais, cuja natureza seja diversa.

Caracteriza os primeiros o fim perseguido pela Administração ao celebrá-los: a execução de um

objeto pré-determinado cuja entrega coroa a conclusão dos objetivos contratuais.

Desta forma, o contrato de obra pública é condicionado pela entrega do objeto determinado, quando, então, poder-se-á tê-lo por finalizado. Ao revés, o contrato, por exemplo, de prestação de serviços, consubstancia-se no oferecimento de serviços, tal qual pactuado, durante o transcorrer de um prazo contratualmente estabelecido, integrando este período - o prazo – em que são prestados os serviços à própria dimensão do objeto.

Ponderadas essas características, nota-se que o trespasse do prazo provoca efeitos bem diferentes para cada espécime contratual acima mencionada.

Partindo desta premissa de que o prazo provoca diferentes efeitos sobre subespécies de contratos administrativos, pode-se afirmar, portanto, que os contratos administrativos subdividem-se em contratos por objeto e contratos por prazo. Exemplo dos primeiros é a empreitada de obra; dos segundos, o contrato de prestação de serviços de vigilância ou asseio e conservação.

Os efeitos do término do prazo em cada espécime são obviamente diferentes porque, nessas duas modalidades contratuais, o lapso temporal desempenha função bastante distinta. No contrato de empreitada, o prazo contratualmente estabelecido não serve à definição do objeto, mas apenas à demarcação do tempo concedido ao contratado para a sua entrega. No contrato de vigilância, o prazo contratual define a própria extensão e valor do objeto (ex.: prestação do serviço de vigilância por seis meses).

Isto posto, nos contratos que se extinguem pela conclusão de seu objeto (contratos por objeto), o vencimento do prazo não provoca, per si, a conclusão automática do contrato, tal como ocorre nos contratos por prazo, nos quais, ao término do prazo, está entregue o objeto - “oferecimento dos serviços pelo período determinado” - e finalizado o contrato.

Após fazer a diferenciação entre os contratos por objeto ou escopo dos contratos por prazo, o autor ataca o ponto central da questão pertinente à consulta formulada pela Administração, nos seguintes termos:

Nos contratos por objeto, alcançado o prazo, há de se averiguar se foi efetivamente entregue o objeto pactuado, suscitando-se, então, o exame da ocorrência ou não de mora da contratada no cumprimento de suas obrigações, com a conseqüente aplicação das sanções contratuais, por, eventualmente, não ter entregue as obras concluídas dentro do lapso de tempo estipulado - obviamente, apenas se responsabiliza a contratada se tiver dado causa ao fato que impediu o cumprimento do prazo.

Assim, os prazos previstos nos contratos por objeto são prazos moratórios, o que significa dizer que a expiração dos mesmos não extingue o ajuste. É que nos contratos que se extinguem pela conclusão do seu objeto, a prorrogação independe de aditivo ou de nova licitação, porque, embora ultrapassado o prazo, o contrato continua em execução até que seja entregue o objeto ou rescindida a avença, por uma das hipóteses legais.

De se concluir, então, que, no contrato de obras, ao revés de ser limite inexorável a pôr fim à relação contratual, o prazo opera como obrigação temporal para a entrega da obra, ou seja: é o período em que,

findo, deverá o contratado entregar o objeto, sob pena de operar-se sua mora (por óbvio, se culpa sua houver). Não é, pois, prazo extintivo, mas obrigação temporal para a entrega da obra, sob pena de se aplicar sanção ao contratado inadimplente - sanção que pode subsumir-se, inclusive, na rescisão do contrato, embora, evidentemente, a inadimplência do contratado no cumprimento dos prazos pode ser causa para rescisão, nos termos do art. 78 da Lei Federal nº 8.666/1993.

A doutrina acima ressaltada faz alusão aos ensinamentos do mestre Hely Lopes Meirelles, ressaltando o que segue:

A extinção do contrato pelo término de seu prazo é a regra dos ajustes por tempo determinado. Necessário é, portanto, distinguir os contratos que se extinguem pela conclusão de seu objeto e os que terminam pela expiração do prazo de sua vigência: nos primeiros, o que se tem em vista é a obtenção de seu objeto concluído, operando o prazo como limite de tempo para a entrega da obra, do serviço ou da compra sem sanções contratuais; nos segundos o prazo é de eficácia do negócio jurídico contratado, e assim sendo, expirado o prazo, extingue-se o contrato, qualquer que seja a fase de execução de seu objeto, como ocorre na concessão de serviço público, ou na simples locação de coisa por tempo determinado. Há, portanto, prazo de execução e prazo extintivo do contrato. (Licitação e contrato administrativo. 10. ed. São Paulo: RT, p. 230)

(...)

Nos demais contratos, como no de empreitada de obra pública, não se exige, nem se justifica cláusula de prorrogação, porque o contrato não se

extingue pela fluência do prazo fixado, mas sim pela conclusão da obra. Nestes contratos o prazo é apenas limitativo do cronograma físico, e será prorrogado (com ou sem mora das partes) tantas vezes quantas sejam necessárias para a conclusão da obra independentemente de previsão contratual. (Op. cit., idem, ibidem)

Portanto, razoável que a Administração deva investigar os reais motivos que determinaram o atraso nas obras, diante sobretudo da alteração contratual, e prorrogar o contrato efetivamente se entender configurada cabalmente as hipóteses legais, não deixando de apurar eventual falha da administração, considerando hipótese em que a contratada atribui o retardamento do andamento da obra em razão de conduta da própria administração e o reconhecimento por ela própria de existência erros de planejamento.

Sobre o assunto, ensina Jessé Torres Pereira Junior:

Decorrente embora de incúria administrativa, a necessidade da modificação deverá ser atendida, promovendo-se as alterações correspondentes no contrato, para que não sofra o interesse público. Porém, estará a Administração no dever de apurar responsabilidades, inclusive para investigar se os erros de projeto, especificação ou quantificação não terão sido de indústria, no propósito de favorecer ou afastar fornecedores ou empreiteiras. (Op. cit., idem, ibidem)

Mesmo que eventualmente haja incúria administrativa de um agente público, a fim de que não sofra o interesse público, pode ser promovida a alteração do objeto contratado caso seja:

(...) constatada a existência de erro ou omissão relevante nos projetos das obras de interesse da Autarquia, proceda à devida apuração das

responsabilidades do projetista e do setor competente que aprovou o projeto, principalmente se da falha resultou prejuízo para a administração ou grave perturbação da execução normal dos serviços (item 9.2.1, TC-000.880/2005-6, Acórdão nº 2.242/2008-Plenário)

Por isso, deve haver pronunciamento da área técnica sobre a possibilidade de ter havido erro passível de apuração de responsabilidade (Acórdão nº 355/2001 – Plenário).

Noutro sentido, se entender que o atraso na execução da obra pode ser tributado à empresa Contratada, deve a administração iniciar o procedimento de aplicação de penalidade, oficiando a contratada para apresentar defesa, no prazo legal, sob pena de aplicação das sanções previstas na lei, no edital e no contrato, sem prejuízo do dever de indenizar os prejuízos causados à Administração, com o posterior registro das sanções no sistema eletrônico pertinente.

Nesse prisma, se o atraso decorrer de dolo ou culpa do contratado, o mesmo deve ser sancionado, independentemente da prorrogação ou extinção do contrato, que apenas se opera com a conclusão e recebimento do objeto, nos moldes supra.

Assim, a Administração deve verificar se houve atraso culposo por parte do contratado, o que pode ensejar a multa moratória prevista no art. 86, da Lei n.º 8.666/93, ou as sanções previstas no contrato.

Não é demais ressaltar que no âmbito do TCU, a questão formal do prazo de vigência dos contratos foi suplantada em virtude de circunstância materiais, nos seguintes processos: Acórdão Plenário n.º 1.740/2003, Decisão Plenário n.º 732/1999, Decisão n.º 606/1996 e Acórdão 1º Câmara n.º 1.980/2004, senão vejamos:

34. Citem-se decisões do Tribunal em que a questão formal do prazo de vigência dos contratos foi suplantada em virtude de circunstâncias materiais: TC

925.214/1998-1 - Decisão 732/1999 - Plenário - Voto do Relator, Ministro Bento Bugarin:

No entanto, ao meu ver, inexistindo motivos para sua rescisão ou anulação, a extinção de contrato pelo término de seu prazo somente se opera nos ajustes celebrados por tempo determinado, nos quais o prazo constitui elemento essencial e imprescindível para a consecução ou eficácia do objeto avençado, o que não é o caso do contrato firmado pelo DER/MG, no qual a execução da obra é o seu objetivo principal. Dessa forma, não havendo motivos para a cessação prévia do ajuste, a extinção do contrato firmado com o DER/MG operar-se-ia apenas com a conclusão de seu objeto e recebimento pela Administração, o que ainda não ocorreu. (Acórdão n.º 1.980/2004 – 1º Câmara).

Com o término do prazo de vigência do contrato do contrato administrativo, eventual aditamento perde sua eficácia momentânea, de modo que, apenas é possível conceder efeito retroativo capaz de suscitar sua convalidação, exatamente por se tratar de contrato por escopo, isto é, possibilidade de estender pacto cujo termo final já se operou de pleno direito ou sua eficácia lhe tenha sido retirada pela própria administração, quando não diligencia antecedentemente nem programa sua renovação a tempo de evitar a extinção de sua vigência.

Ademais, não é absolutamente razoável que se associe a falta de eventual pagamento sobre os serviços já prestados pela empresa, como empecilho para retardar as diligências para a prorrogação contratual em detrimento do mesmo interesse público que administração toma de suporte fático para justificar a necessidade de conclusão da obra.

Por muitas vezes, a Administração Pública no exercício da atividade administrativa acaba por desencadear uma sucessão de faltas inexplicáveis, ausências, como de planejamento inadequado.

Apropriadamente, em se tratando de ausência de planejamento, a situação nos parece similar às consequências previstas na Orientação Normativa nº 11/2009-AGU que enfatiza, destacando:

A CONTRATAÇÃO DIRETA COM FUNDAMENTO NO INC. IV DO ART. 24 DA LEI Nº 8.666, DE 1993, EXIGE QUE, CONCOMITANTEMENTE, SEJA APURADO SE A SITUAÇÃO EMERGENCIAL FOI GERADA POR FALTA DE PLANEJAMENTO, DESÍDIA OU MÁ GESTÃO, HIPÓTESE QUE, QUEM LHE DEU CAUSA SERÁ RESPONSABILIZADO NA FORMA DA LEI.

INDEXAÇÃO: DISPENSA DE LICITAÇÃO. EMERGENCIA. CONTRATAÇÃO DIRETA. FALTA DE PLANEJAMENTO. DESÍDIA. MÁ GESTÃO. RESPONSABILIDADE. APURAÇÃO.

REFERÊNCIA: art. 24, inc. IV, da Lei nº 8.666, de 1993; Acórdão TCU 1.876/2007-Plenário.

Nesse diapasão, se é essa a causa determinante, o Tribunal de Contas da União já decidiu que o planejamento inadequado por parte da administração traduz-se em medida de apuração de responsabilidade, na forma a seguir:

Mediante pedido de reexame, responsável, reitor da Universidade Federal do Tocantins – UFT, manifestou seu inconformismo diante do Acórdão 3.489/2009 – 2ª Câmara, proferido em sede de processo de representação, no qual fora apenado com a multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/92, por conta da realização indevida de contratação emergencial, por dispensa de licitação (art. 24, inc. IV, da Lei 8.666/93), de serviços de vigilância armada e desarmada, tendo entendido o Tribunal que a emergência, essencialmente, ocorrera da ausência de

planejamento adequado. Após descrever todo o iter pela qual passou a contratação, enfatizando a morosidade havida, o relator, no voto, destacou que “os gestores deflagraram um processo licitatório sem ao menos definir as necessidades da Administração, o que mais uma vez contribuiu para o atraso verificado na condução do certame”. Além disso, quanto a uma alegada carência de pessoal, observou “se tratar de fato previsível a ser contornado com um adequado planejamento, o que não ocorreu”. Por tudo, concluiu que “restou devidamente evidenciado que a contratação emergencial decorreu da ausência de planejamento adequado por parte da administração da entidade”. Assim, por considerar, ainda, que a penalidade aplicada anteriormente seria compatível com o grau de reprovabilidade verificado na conduta inquinada, votou pelo não provimento do recurso, no que foi acompanhado pelos demais ministros da 2ª Câmara. Acórdão n.º 7557/2010-2ª Câmara, TC-030.657/2008-2, rel. Min. Benjamin Zymler, 07.12.2010.

Portanto, fixadas as possíveis situações de alteração contratual e o modo correto de a Administração proceder ao ajuste, a atuação do gestor passa necessariamente, sob pena de responsabilização perante o TCU, pela adoção das seguintes medidas:

a) exigir que o projeto básico, com os elementos descritivos a ele pertinentes, seja tecnicamente adequado e atualizado, no momento da realização da licitação de obras públicas, conforme prescrevem os arts. 6º, inciso IX, e 7º, ambos da Lei 8.666/93, evitando-se alterações contratuais que o desnaturem ou que sejam motivadas por erros grosseiros, omissões, insuficiências ou obsolescência do projeto básico, o qual deve permitir a correta

aferição dos quantitativos de serviços necessários à execução integral da obra;

b) ainda que a licitação seja para contratação de obra no regime de empreitada por preço global, o edital deverá expressamente adotar critério de aceitabilidade de preços unitário e global, como determina o art. 40, inciso X, da Lei 8.666/93;

c) havendo necessidade de celebração de aditivos contratuais, certificar-se de que a alteração contratual não se destina a suprimir a vantagem econômica inicialmente obtida pela Administração (“jogo de planilha”), devendo a revisão ser coerente com o projeto básico;

d) na eventualidade de ter sido celebrado termo aditivo que evidencie a prática do “jogo de planilha”, deverá ser exigida a restauração do desconto percentual ofertado inicialmente pela licitante vencedora, a fim de manter as condições efetivas da proposta e preservar a vantagem do contrato e, se for o caso, anulado o termo aditivo modificador das condições originais;

e) afastada essa hipótese, sendo a alteração tecnicamente justificável, por corresponder a um avanço qualitativo ou quantitativo genuíno em relação ao projeto da obra (art. 65, inciso I, alíneas “a” e “b”, da Lei 8.666/93), e efetuada exclusivamente para atender ao interesse público e não para propiciar ganhos indevidos, tudo amplamente comprovado, se o termo aditivo vier a reduzir ou suprimir o desconto originalmente concedido sobre o orçamento-base, essa circunstância acarretará a presunção de possível desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a ser completa e cabalmente confirmada ou

refutada pela Administração, oferecendo-se ampla oportunidade de manifestação da empresa contratada;

f) na celebração de aditivos contratuais nos quais são acrescidos os quantitativos de serviços já previstos, os preços unitários devem limitar-se, no máximo, pelo valor de mercado. Caso o valor do contrato seja inferior ao de mercado, prevalece o da avença, consoante prescreve o art. 65, § 1º, da Lei 8.666/93; e

g) na celebração de aditivos contratuais nos quais são acrescidos novos itens de serviços, não previstos no contrato original, os preços unitários devem ser deduzidos dos preços dos itens congêneres previstos no contrato original e das condições licitadas, não se admitindo que, nas suas composições de preço, constem custos elementares de insumos diferentes dos atribuídos aos mesmos insumos em composições preexistentes nem taxas de consumo ou de produtividade em visível desacordo com as especificadas em composições semelhantes, atentando-se para o fato de que o preço de mercado sempre deverá servir de limitante superior. (AC-1755-43/04-P Sessão: 10/11/04)

Deve-se ainda levar em conta que, a prorrogação de contrato administrativo certamente gerará acréscimo no valor da obra, desta forma além dos cuidados anteriormente mencionados deve-se: exigir a complementação do valor da garantia; haver manifestação do ordenador de despesas sobre a disponibilidade orçamentária para atender ao acréscimo pretendido; ser feito o prévio empenho, conforme determina o art. 60 da Lei nº 4.320/1966, e também demonstrada a regularidade fiscal da empresa e que não tenha ocorrido nenhuma causa que implique em rescisão contratual.

Registre-se também que o fato de que os termos aditivos somente poderem ter efeitos prospectivos, não havendo amparo legal para se proceder alteração de contrato, cujo objeto já tenha sido executado na prática. Qualquer execução de serviço que já tenha sido realizada em desacordo com o contrato, não pode ser protegido por um ajuste posterior, devendo serem pagos na forma de indenização com o fim e evitar enriquecimento sem causa da administração.

É que mesmo que não houvesse um contrato entre as partes, ainda assim subsistiria o dever de indenizar o particular pelo serviço executado. Neste sentido confira o eminente administrativista Marçal Justen Filho:

A questão se torna ainda mais complexa se o terceiro tiver executado, total ou parcialmente, as prestações que o contrato (nulo) lhe impunha. A Administração Pública tem de arcar com as conseqüências dos atos praticados por seus agentes. Em caso de ato lesivo ao particular, a Administração está obrigada a indenizar, de modo mais amplo e complexo, as perdas e danos daquele derivadas. Nem se pode cogitar de enriquecimento sem causa da Administração Pública. Se a Administração recebesse a prestação executada pelo particular e se recusasse a cumprir o contrato por invocar sua nulidade, haverá seu locupletamento indevido. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 2000, p. 534)

Eventual decisão por parte da Administração no sentido de superar o vício formal em favor da regular conclusão da obra deve estar voltada ao atendimento do interesse público, devendo o gestor do contrato certificar-se a respeito da inexistência de qualquer lesão ao erário ou irregularidade na execução do contrato, sem que se desconsidere o risco da desaprovação por parte dos órgãos de fiscalização, a despeito dos precedentes acima reproduzidos, tudo independentemente da necessidade

de se apurar eventual responsabilidade no controle dos contratos administrativos.

3. CONCLUSÃO

Nesse contexto, se não houver motivo para a extinção do contrato, que tem por objeto uma modalidade de obra (art. 6º, inc. I, da Lei n.º 8.666/93), a extinção da obrigação não se opera em virtude do decurso do prazo, mas apenas com a conclusão do objeto e o recebimento pela Administração, de forma que a extensão de vigência encontra-se sob inteira responsabilidade da administração pela emissão de seu juízo de conveniência quanto ao prazo solicitado para sua concretização e razoabilidade de seu estabelecimento, desde que comprovada a necessidade e justificadas as alterações quantitativas e qualitativas que estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei n.º 8.666/93.

Por fim, insta consignar que na hipótese do gestor público desidiosamente deixar de prorrogar a tempo os contratos administrativos deve-se a Administração apurar tais fatos, de forma que medidas corretivas e(ou) punitivas sejam tomadas no sentido de que se evitem situações semelhantes no futuro. Desta feita, ainda que haja embasamento doutrinário e alguns precedentes do TCU amparando a possibilidade de continuidade da execução da obra mesmo após o fim da vigência do contrato de escopo, como demonstrado por meio do presente trabalho, em razão da natureza do vínculo obrigacional existente entre as partes, é medida adequada a devida apuração da faltas funcionais, mediante regular apuração da responsabilidade de quem lhe deu causa, amparado no mandamento preconizado no art. 143 da Lei n.º 8.112/90, que determina a apuração imediata de ato irregular ou ilegal no serviço público, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, neste último caso enquanto prontamente identificável o seu autor, sem prejuízo do envio dos autos ao conhecimento do controle interno e Ministério Público para as providências cabíveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. O Prazo de Vigência dos Contratos Administrativos de Obras. Revista IOB de Direito Administrativo nº 51 – Março/2010 - Doutrina

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 2000, p. 534.

NOTA:

[1]CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. O Prazo de Vigência dos Contratos Administrativos de Obras. Revista IOB de Direito Administrativo nº 51 – Março/2010 - Doutrina

DEFINIÇÕES DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS AO LOGO DO TEMPO NO BRASIL

RICARDO BAVARESCO BONGIOLO: Graduado em Direito pela UNISUL e Pós-Graduado em Direito Constitucional no Damásio de Jesus.

Resumo: No presente artigo, com base em pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, analisa-se as definições trazidas pelo ordenamento jurídico sobre as diversas definições de organização criminosa. No Brasil, há três grandes momentos conceituais para organizações criminosas, mas apenas o último trouxe uma definição concreta. Foram anos sem nenhum respaldo legal, até o surgimento de um primeiro conceito trazido pela Lei n. 12.850/13. Essa novidade permitiu a definição de organização criminosa e o a punição de criminosos, que até então não era possível por não haver uma definição legal.

Palavras-chave: Definição, organização criminosa, convecção de Palermo, Lei n. 12.694/12 e Lei n. 12.850/13.

Abstract: In this article, based on bibliographical, doctrinal and jurisprudential research, the definitions brought by the legal order on the different definitions of criminal organization are analyzed. In Brazil, there are three major conceptual moments for criminal organizations, but only the last has brought a concrete definition. These were years without any legal support, until the appearance of a first concept brought by Law n. 12.850/13. This news allowed the definition of a criminal organization and the punishment of criminals, which until then was not possible because there was no legal definition.

Keywords: Definition, criminal organization, convection of Palermo, Law n. 12.694/12 and Law n. 12.850 /13.

Sumário: Introdução. 1. O conceito da Convenção de Palermo. 2. A definição legislativa segundo a Lei n. 12.694/2012. 3. O conceito trazido pela Lei n. 12.850/2013. Conclusão.

Introdução

As organizações criminosas são um fenômeno muito antigo na história da humanidade, tendo se desenvolvido e aprimorado suas ações e comportamentos criminosos ao longo dos anos.

Neste artigo serão apresentadas as diversas definições relacionados ao tema “organizações criminosas”, de forma a colaborar com o leitor na compreensão das especificidades desta matéria, tendo como supedâneo a Lei n. 12.850/13, que define organizações criminosas e dá outras providências.

A partir disso, pretender-se elaborar uma análise descritiva dos principais conceitos de organizações criminosas presentes no ordenamento jurídico brasileiro, de forma a compreender melhor suas formas de atuação no âmbito da sociedade contemporânea.

1. O conceito da Convenção de Palermo

O conceito do que seria uma organização criminosa ficou vazio desde a publicação da Lei n. 9.034/95 até a promulgação da conhecida Convenção de Palermo. Esta Convenção foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 5.015/04, o qual passou a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro.

Os artigos 1º e 2º da Convenção, que tratam dos objetivos e terminologias, respectivamente, têm a seguinte redação:

“Art. 1º O objetivo da presente Convenção consiste em promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional.

Art. 2º Para efeitos da presente convenção, entende-se por:

a) ‘Grupo criminoso organizado’ - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou

enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;

b) 'Infração grave' - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior;

c) 'Grupo estruturado' - grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada [...]”.

No entanto, como se trata de tratado internacional, este não pode definir crimes e penas no âmbito do direito interno, o que exige que a lei fosse discutida e aprovada pelo parlamento brasileiro. Martins (2013, p.6) afirma que um tratado internacional somente detém jus puniendi no plano do direito internacional, entre indivíduos e organismos internacionais, não podendo estabelecer tipos penais e sanções do Direito Penal brasileiro.” Supremo Tribunal Federal, por sua vez, entendeu ao apreciar o HC nº 96.007/SP, o seguinte: o STF apontou que os dispositivos mencionados pela Convenção de Palermo não deveriam ser aplicados à Lei n. 9.034/95.

Em síntese, sustenta o Ministro Marco Aurélio que não se pode utilizar o conceito da Convenção de Palermo, porque essa foi ratificada por simples decreto, sem passar pelas formalidades do devido processo legislativo, exigência do princípio da Legalidade.

Nesse contexto, afirma ainda o referido Ministro, que a definição de Organização Criminosa da Convenção de Palermo não pode ser potencializada, sendo necessário que se defina o conceito através de lei, que preveja não só a conduta, mas também a pena, nos termos do art. 5º, XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).

Nesse sentido, Gomes:

“Em primeiro lugar, a definição de crime organizado trazida pela Convenção de Palermo é por demais ampla, genérica, e viola a garantia da taxatividade, corolário do princípio da legalidade. Em segundo, o conceito apresentado tem valor para nossas relações com o direito internacional, não com o direito interno. Por último, as definições preceituadas pelas convenções ou tratados internacionais jamais valem para reger nossas relações com o Direito penal interno em razão da exigência do princípio da democracia (ou garantia da *lex populi*)”.

Portanto, é consenso entre os doutrinadores e a jurisprudência que a chamada convenção de Palermo não pode ser aplicada ao direito brasileiro, pois não passou pelo crivo necessário do Poder Legislativo, ferindo assim o princípio da legalidade. Ademais, a definição trazida pela convenção é demasiadamente ampla, o que fere o princípio da taxatividade. Para tanto, essa falta de definição acabou quando a Lei n. 12.694/2012, a qual passou a disciplinar e conceituar organizações criminosas.

2. A definição legislativa segundo a Lei n. 12.694/2012

Com a entrada em vigor da Lei n. 12.694/2012, que dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, foi definido pela primeira vez o que se considera uma organização criminosa por uma lei ordinária. Ao contrário da Lei n. 9.034/95, aquela não se esquivou de conceituar o tema, conforme se vê no artigo 2º:

“Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja

igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional”.

A Lei n. 12.694/2012 não seguiu o mesmo conceito da Convenção de Palermo. Modificou de forma leve, mas significativas a antiga definição. Observa-se que a nova lei passou a enquadrar crimes com penas igual ou superior a 4 anos e quanto aos crimes transnacionais, qualquer que seja a pena. Ainda, o objetivo do crime pode ser vantagem de qualquer natureza. Conforme Cunha a referida Lei:

“Modificou o rol de infrações sobre as quais podem incidir a caracterização de crime organizado, passando a ser apenas os crimes de pena máxima igual ou superior a 4 anos ou crimes, qualquer seja a pena, desde que transnacionais. O antigo conceito englobava qualquer infração penal, crimes ou contravenções, com pena máxima também igual ou superior a 4 anos e, ainda, as infrações previstas na própria Convenção. O objetivo do grupo no conceito da Convenção deveria ser a obtenção de vantagem econômica ou benefício material; enquanto que na Lei 12.694/12 este objetivo seria a obtenção de vantagem de qualquer natureza, inclusive a não econômica”.

Ficou claro que o legislador quis dar maior importância em combater os delitos transnacionais, pois não especificou a quantidade de pena, bastando que seja transnacional. De outro modo, ampliou a punição das organizações criminosas, eis que pouco importa se há ou não vantagem econômica, bastando à vantagem de qualquer natureza.

Cabe destacar que embora a Lei n. 12.694/12 seja específica e objetiva a formação de colegiados para julgamentos quando se tratarem de organizações criminosas, a doutrina não hesitou em dizer que a dita definição não se restringiu apenas a esse instituto, aplicando-se também nos procedimentos previstos na Lei n. 9.034/95. Apesar da importância dessa lei para o ordenamento jurídico brasileiro, tal conceito não perdurou por muito

tempo, o que resultou na necessidade de uma nova lei para efetivamente ser aplicada nos crimes envolvendo organizações criminosas.

3. O conceito trazido pela Lei n. 12.850/13

Antes de iniciar a conceituação trazida pela nova lei, é importante mencionar que atualmente que o conceito da Lei n. 12.694/12 não é mais aceito para regulamentar as organizações criminosas em geral, já que esta lei se aplica apenas para disciplinar a formação de um colegiado para julgamento de tais delitos.

O aparente conflito de normas entre a Lei n. 12.694/12 e a Lei 12.850/13 é tratado hodiernamente assim, conforme Pacelli (2013, p. 45):

“Muito embora a Lei 12.850/13 não faça qualquer referência à eventual revogação parcial da Lei 12.694/12, notadamente no que respeita ao conceito de organização criminosa, não se pode admitir a superposição de conceitos em tema de tamanha magnitude. Tal situação, ao nosso ver, deve ser solucionada a luz dos critérios utilizados para a superação do conflito aparente de normas, especialmente, o critério cronológico. Assim, deve-se entender que a Lei 12.850/13 revogou, no que tange ao conceito em apreço, a Lei 12.694/12, devendo ser utilizado, portanto, a definição naquela prevista”.

Hoje a única norma que conceitua corretamente o tema é a Lei 12.850/13. No entanto, é importante frisar que a definição de organização criminosa é complexa e controversa, tal como a própria atividade do crime nesse cenário. O artigo 1º, §1º da referida lei traz o seguinte conceito:

“Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas

máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”.

Não obstante o legislador optar pelo número de quatro ou mais integrantes na organização criminosa, é possível ocorrer crimes com as mesmas características com que citadas, com menos integrantes. Nucci (2013, p. 13) afirma que o número de associados, para configurar o crime organizado, resulta de pura política criminal, pois variável e discutível. Conforme o caso concreto, duas pessoas podem organizar-se, dividir tarefas e buscar um objetivo ilícito comum.

Assim como na Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), no seu art. 35, onde prevê que para associarem-se necessitam-se apenas de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, os crimes previstos nos artigos 33 e 34 (tráfico). Apesar disso, o legislador optou pela ideia esboçada pela antiga redação do artigo 288 do Código Penal, constitutiva de quadrilha ou bando, que é a reunião de mais de três pessoas, ou seja, quatro ou mais.

Para entendermos no que o legislador se baseou para elaborar o novo conceito de organização criminosa é preciso verificar a antiga redação do artigo 288 do Código Penal.

Ressalta-se, no entanto, que há uma distinção entre a nova lei de organização criminosa e o antigo crime de quadrilha ou bando, conforme Fuller:

“Na lei n. 12.850/13 para restar configurado o crime são necessários os seguintes requisitos: concurso necessário de 4 ou mais pessoas; estruturada e com divisões de tarefas; com o fim de auferir vantagem de infrações penais, portanto abrange as contravenções e infrações transnacionais (qualquer pena) ou nacionais com pena máxima superior a 4 anos. Já para configurar o antigo tipo penal do artigo 288 do Código Penal era preciso mais de 3 pessoas, com estabilidade ou permanência, não se exigindo estrutura e divisão de tarefas e o cometimento de quaisquer crimes, não

importando a pena ou se nacionais ou transnacionais” (2013, p. 202).

Denota-se dessas diferenciações, que o legislador se preocupou em tipificar detalhadamente as organizações criminosas na Lei n. 12.850/13, baseando-se para isso na antiga redação do art. 288 do Código Penal quanto ao número de integrantes. Mas, adicionou a necessidade de ser estruturada e com divisão de tarefa. Ademais, agora é preciso o cometimento de uma infração penal almejando vantagem de qualquer natureza, o que antes não era necessário.

Por fim, conforme Sanches o novo conceito é analisado da seguinte maneira, com os seguintes critérios para a configuração do crime:

“Além da associação de 4 ou mais pessoas, exige-se um conjunto de pessoas estabelecido de maneira organizada, significando alguma forma de hierarquia (superiores e subordinados); a divisão de tarefas, ou seja, a divisão de tarefas de modo que cada uma possua uma atribuição particular, respondendo pelo seu posto. Além disso, é necessária a obtenção de vantagem de qualquer natureza, permitindo vantagem de outra natureza, mesmo que a de cunho econômico seja a regra. Ademais, as infrações penais sejam superiores a 4 anos ou que tenham o caráter transnacional, independente da natureza da infração penal (crime ou contravenção)” (2013, p. 121).

Então, mesmo que o conceito tenha vindo de maneira tardia, oportuno mencionar que a Lei 12.850/13 – pela primeira vez – tipificou as condutas de organização criminosa, transformando-as em crime autônomo. Com essa alteração, o crime de organização criminosa passou da seguinte forma, conforme se pode observar no artigo 2º da Lei 12.850/13:

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

A definição de organização criminosa está fora do tipo penal (art. 2º), embora na mesma lei (está no art. 1º). Segundo Fuller (2013, p. 213): “Trata-se de norma penal em branco do tipo homogênea, pois tanto o tipo penal quanto o complemento se encontram-se em lei federal (norma de mesma hierarquia). Ainda, é classificada como homóloga ou univitelina, pois ambas estão no mesmo diploma legal, na mesma lei.”

Para maior eficácia da norma, o legislador previu a possibilidade, no art. 2º, §1º de punir o agente que impede ou embaraça a investigação, conforme:

Art. 2º [...]

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

[...].

A lei, no seu art.2º, §§2º, 3º e 4º ainda previu algumas causas de aumento de pena:

Art 2º [...]

§ 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.

§ 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.

§ 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços):

- I - se há participação de criança ou adolescente;
- II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal;

III - se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior;

IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes;

V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização.

Percebe-se que o legislador se preocupou em incluir todas as pessoas envolvidas na organização criminosa, mesmo que de forma indireta, nitidamente quando inclui o agente que impede ou embaraça investigações. Ainda, teve um cuidado especial de prever uma pena mais severa àqueles que envolvem crianças ou adolescentes, funcionários públicos, dentre outros.

Enfim, é necessário destacar que com a entrada em vigor da Lei 12.850/13, esta modificou de forma expressa o título “quadrilha ou bando” prevista no Código Penal, para agora, atingindo-se a terminologia adequada, correspondente a “associação criminosa”, que prevê a associação de 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes.

Conclusão

Não há como negar que a organização criminosa é um problema que necessita ser enfrentado pela sociedade. Para que que isso fosse possível, tornou-se necessário uma definição do que é crime organizado. Levou anos até que se chegasse a definição trazida pela Lei n. 12.850/13. Embora o combate ao crime organizado seja tarefa árdua e complexa, é fundamental que o Estado forneça subsídios, inclusive legislativos, aptos e suficientes a aparelhagem os órgãos, instituições e poderes estatais incumbidos de, direta e indiretamente, velarem pela manutenção de segurança pública e pela efetivação da justiça.

De outro modo, o Estado deve encontrar o adequado ponto de equilíbrio entre a necessária preservação dos direitos e garantias individuais e o poder-dever estatais de punir àqueles que lastreiam suas vidas no crime, especialmente o crime organizado.

Referências:

BRASIL. **Decreto 5015, de 12 de março de 2004.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 15 abr. 2017;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 96.007/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 13 de novembro de 2012. Disponível em: Acesso: 11 mai. 2017;

BRASIL. **Lei 12.694, de 24 de julho de 2012.** Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nos 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em: 21 mai. 2017;

BRASIL. **Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 21 mai. 2017;

GOMES, Luiz Flávio. **Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo.** Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 18 abr. 2017;

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. **O conflito conceitual de organização criminosa nas Leis nº 12.694/12 e 12.850/13.** Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3814, 10 dez. 2013;
SANCHES, Rogério; PINTO, Rogério Batista. **Crime Organizado:** Comentários à Nova Lei Sobre o Crime Organizado. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodvm, 2013.

CRÉDITO NO IPVA PELA REDUÇÃO DOS CRIMES E INFRAÇÕES DE TRÂNSITO

UNIVALDO SINHORINI: Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade Brasil.

ADAUTO JOSÉ DE OLIVEIRA(Orientador)

RESUMO: O objetivo principal desse artigo é trazer critérios para diminuir os crimes e infrações de trânsito no Brasil, incentivando a concessão do crédito no IPVA, observando a legalidade e inovação dos Princípios Constitucionais, com base na Constituição Federal, Código Nacional de Trânsito, Código Tributário Nacional e Código Penal Brasileiro, bem como os efeitos e consequências positivas ou negativas que esse crédito poderá trazer aos cofres públicos estaduais e municipais a médio e longo prazo. Apresentaremos outros incentivos que estão dando certo, para comparar o que o artigo pretende, e os reflexos positivos ou negativos que poderá trazer à sociedade, e o impacto que poderá ocasionar na economia brasileira e sua viabilidade, sendo que, a principal característica desse artigo, é buscar alternativas concernentes à redução dos crimes de trânsito em todo o território brasileiro.

Palavras-Chave: Redução, Acidente, IPVA, Crimes, Economia

ABSTRACT: The main objective of this article is to provide criteria to reduce crime and traffic violations in Brazil, encouraging a non-IPVA credit concession, observing the legality and innovation of the Constitutional Principles, based on the Federal Constitution, National Traffic Code, National Tax Code And Brazilian Penal Code, as well as the effects and positive or negative consequences that this credit will bring to the state and municipal public coffers in the medium and long term. We will present other incentives that work, so that what is the article looks for, and the positive or negative effects that society brings, the impact it can have on the Brazilian economy and its viability, Look for alternatives concerning the reduction of traffic crimes in all The Brazilian territory.

Keywords: Reduction, Accident, IPVA, Crimes, Economics.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 HISTÓRIA SOBRE O IPVA. 2 SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL. 2.1 Tributos. 2.1.1 Espécies Tributárias. 2.1.2 Ipva. 2.1.3 Competência, Repartição, Cálculos e

Alíquotas. 2.1.4 Fato Gerador. 2.1.5 Destinação do IPVA . 3 Motivação da Redução do IPVA. 4 Comparativos de Descontos como Incentivos. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Esse artigo busca apresentar no futuro, pesquisas e estatísticas da frota de veículos no território nacional, bem como os valores arrecadados anualmente pelos cofres públicos do IPVA.

Buscaremos também apresentar os valores anuais gastos com mortes, invalidez permanente, despesas ambulatoriais, cirúrgicas, internações entre outras, causadas por esse tipo de acidentes.

Com os dados em mãos através dessas pesquisas, buscaremos demonstrar a viabilidade positiva ou negativa a médio e longo prazo, sabendo de antemão, que com a concessão desses créditos no IPVA, haverá queda na arrecadação, mas mesmo essa queda, compararemos também, com a possível queda no número desses acidentes de trânsito e seu efeito “cascata”, com a possibilidade de reduzir o número de mortes e outras despesas causadas por esses acidentes.

A pretensão desse artigo é buscar a concessão de créditos no IPVA junto aos Órgãos competentes para concedê-los, somente aos proprietários que não tiverem seus veículos envolvidos em qualquer infração ou crime de trânsito durante aquele ano, mas com a finalidade principal, que é a redução de acidentes provocados pelos condutores(as) imprudentes ou negligentes, chamando à atenção não só os proprietários de veículos, mas o “despertar” do Estado e de seus Legisladores, que é possível sim ceder, e que através desse pequeno incentivo, diminuímos os altos índices de acidentes de trânsito e suas consequências.

Entre outros, de maneira bem resumida, apresentaremos nesse artigo, alguns incentivos concedidos que estão dando certo, como nos casos do IPTU Verde, Carros Elétricos e com a Nota Fiscal Paulista e, redução da sonegação fiscal.

Assim, poderemos ter no futuro, um “bônus”, crédito, ou, desconto no IPVA para os proprietários de veículos automotores que não vierem a sofrer nenhum tipo de penalidade, restrições, crimes ou infrações de trânsito durante o exercício daquele ano anterior, buscando dessa forma, obter queda nos acidentes de trânsito, fundamentados em Normas Jurídicas.

1 HISTÓRIA SOBRE IPVA

Segundo a Constituição Federal de 1967, era permitido que a União, os Estados membros, Distrito Federal e Municípios arrecadassem Taxas pelos valores que esses entes haviam gastos em seus serviços prestados, dos quais, não se difere muito dos dias atuais.

Diante disso, muitas taxas eram cobradas da população, entre elas, a de serviços que eles prestassem em relação às despesas concernentes à construção de estradas.

Em 1968, através do Decreto-Lei 397/68, em seu artigo 1º, começou a existir e a ser cobrada a Taxa Rodoviária Federal – TRF, para todo veículo motorizado que se locomovesse no território brasileiro, na qual, a totalidade da sua arrecadação, se destinava a projetos para manter e reformar as estradas de rodagem federais.

Com a nova Taxa, surgiram novas críticas, das quais uma delas poderia ser sobre a inconstitucionalidade dessa cobrança. (MARTINS, p. 867, 2012).

Segundo (BALLEIRO, 2005, p. 567 apud MARTINS, 2012, p. 868), temos algumas críticas em relação ao IPVA:

Ora, a Constituição de 1967, no art.19, II, veda limitações ao tráfego no território nacional, tendo a Emenda n. 1;1969 eliminado a ressalva relativa a pedágios em estradas. Pedágios são cobrados de cada veículo quando penetra numa via de transporte sujeita por lei a esse tributo. O fato gerador é a utilização efetiva de certa estrada, ponte, túnel, etc.

Mas, admitindo-se que tal taxa seja modalidade de pedágio tendo como base de cálculo o valor de veículo, parece certo que não poderá incidir sobre veículos que apenas transitem nas rodovias municipais, urbanas ou não. Nem mesmo nas interestaduais. Taxa cabe a quem tem competência para executar o serviço e efetivamente o executa. Não parece taxa a que a União pretende exigir de veículo que não trafega nunca em rodovias federais ou enquanto não transitar por elas. Tal taxa se reveste do caráter de imposto sobre o patrimônio, não previsto na Constituição e, por isso, reservado à competência federal. Mas, apesar disso, estaria em conflito com as normas do art. 19, II, da CF e parágrafo único do art. 77 do CTN. Aliás, o Dec.-Lei n. 791, de 27-09-1969, instituiu pedágio nas rodovias federais. E o Dec.-Lei n. 999, de 1969, decretou a Taxa Rodoviária Única, partilhada entre o DNER, Estados e Municípios. A respeito dessa última, o STF decidiu que tem por fato gerador o registro do veículo ou a renovação anual da licença para circular e a elas estão sujeitos os proprietários de veículos automotores registrados e licenciados em todo o território nacional (RE 86.198, C. Peixoto, DJ de 18-02-1977, p.889).

Em 1969, devida a grande expansão da malha rodoviária em todo o país, houve a necessidade da criação da Taxa Rodoviária Única – TRU, substituindo então a antiga TRF – Taxa Rodoviária Federal.

Essa nova taxa TRU, era cobrada anualmente pelo Governo Federal, referente a licenciamento de veículos em todo Território Nacional, à qual foi adicionada no Ordenamento Jurídico, em que estava vinculada ao Sistema de Transportes, para gastos específicos.

Em 1969, houve o Decreto-Lei nº 999 de 21 de outubro de 1969, que trouxe a Taxa Rodoviária Única – TRU, cobrada de todos proprietários de

veículos automotores registrados e licenciados em todo país. A cobrança se dava ao se fazer o registro ou na renovação da licença para circulação, e era o único tributo que tinha incidência sobre tal fato gerador. Havia também tabelas baixadas pelo Ministro dos Transportes com os vários dados dos veículos, e os percentuais variavam de 2 a 7%, conforme a categoria de cada veículo. (BRASIL, 1969).

Em 1985, devido a reforma tributária emergencial, a Taxa Rodoviária Única -TRU, foi extinta, deixando de ser Taxa, pelo motivo de não ser mais vinculada a um gasto específico usado na construção de Rodovias, transformando em Imposto sobre Propriedade de Veículos - IPVA, conforme Emenda Constitucional nº 27/85, que entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 1986, tendo transferido as responsabilidades desse suposto Imposto, aos Estados e Municípios, da qual, temos até os dias atuais.

2 SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

O Brasil, devido a sua variedade de conceitos principiológicos referentes ao Direito Tributário, fez da Constituição Brasileira, uma das maiores existentes, deixando-a complexa quanto ao Sistema tributário, levando-a, a três fatores fundamentais, dos quais o primeiro se refere aos preceitos encravados na Constituição, tornando-os parciais nesse conjunto de regras, a União, os Estados Membros e os Municípios.

Um segundo fator, refere-se ao texto fundamental do Ordenamento Jurídico-Tributário, que foi colocado na Constituição, tornando-o primordial aos Juristas e Advogados; e em terceiro, o fator está relacionado com ideias ou, conceitos estranhos que sempre aparecem, devendo-se tomar muito cuidado ao apreciá-los, por haver pluralidades constitucionais. (Almeida, Gomes & Catarino, 2012).

Dessa maneira, o Sistema Tributário Nacional possui um conjunto de regras jurídicas para apontar se é a União, Estados, ou Municípios que tem competência para arrecadar os tributos em dinheiro dos seus contribuintes, aqui chamados de sujeitos passivos diretos, ou indiretos, sejam eles pessoas físicas, ou pessoas jurídicas.

Dentro dessa passividade, o sujeito passivo direto é o contribuinte que pode ser o próprio dono, ou proprietário, e, em alguns casos, podemos encontrar o sujeito passivo indireto, que não é o contribuinte, mas sim, o responsável pelo pagamento do Tributo determinado pela Lei, em casos de morte do contribuinte, ou alguma impossibilidade do dono ou proprietário, como em alguns casos, o inventariante, o administrador, entre outros.

Esse Sistema está controlado pela Emenda Constitucional nº 18, também por Leis Complementares e decisões do Senado Federal, os quais limitaram a competência dadas em Leis Federais, Estaduais e Municipais, conforme artigo 2º. (BRASIL, 1966).

Para Machado (2009), as palavras Lei e Legislação têm diferenças entre si e se distinguem claramente ao serem interpretadas no Código Tributário Nacional, das quais, a Lei propriamente dita no CTN, trata-se do cumprimento exato, ou estrito das regras feitas a quem a Constituição outorgou competência para legislar, enquanto que a Legislação, já é a própria Lei no seu sentido abrangente.

No Sistema Tributário Nacional, há cinco tipos de tributos que são os impostos, taxas, contribuições de melhorias, contribuições especiais e empréstimos compulsórios, dos quais veremos mais à frente.

2.1 TRIBUTOS

“Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em Lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. (BRASIL, 1966).

Prestação pecuniária é o dinheiro pago pelo contribuinte ao Estado, chamado de Fisco.

Segundo Mello, “não é porque o Estado, para sobreviver, precisa de meios pecuniários (dinheiro) que os contribuintes podem ter seus direitos atropelados”. (MELLO, 1981, Revista dos Tribunais apud ALMEIDA, GOMES & CATARINO, 2012, p. 578-579).

Ao observarmos, veremos que o contribuinte não pode ter seus direitos arrancados ou esmagados, para pagar o “pato” pela manutenção dessa gigantesca Máquina Estatal, sendo que, podemos resumir que o Tributo em si, é a essência Jurídica que através do Fato Gerador, faz nascer uma obrigação do contribuinte em relação ao Fisco, caracterizando-o em Impostos, Taxas e Contribuições de Melhoria, dados pelos artigos quatro e quinto. (BRASIL, 1966).

2.1.1 ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS

Nessas Espécies Tributárias, destacaremos as três que são:

A)- IMPOSTO: Segundo a Constituição Federal, em seu artigo 145, Inciso I traz: “Imposto é o Tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”. (BRASIL, 1988).

Está amparado pelos Princípios Gerais da Constituição Federal, artigo 145, Inciso I, e no Código tributário Nacional, artigo 16. (BRASIL, 1966).

Para Nogueira, “o imposto é a viga mestra da arrecadação tributária, é um levantamento pecuniário junto aos particulares, baseado apenas em uma medida geral de capacidade econômica ou contributiva e em virtude da competência tributária” (NOGUEIRA, 1995, p. 158).

B)- TAXAS: De acordo com o artigo 145, Inciso II da CF, “Taxas, em razão do exercício do poder de polícia, ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição”. (BRASIL, 1988).

O artigo 77 do Código Tributário Nacional traz em relação à Taxa, além o que está previsto na Constituição, que poderá ser cobrada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme suas atribuições. No que se refere ao poder de polícia, o mesmo Código trata da liberdade, ou do limite dados pelo Poder Público na atividade específica do contribuinte. (BRASIL, 1966).

A diferença entre os dois se dá, pois no Imposto não há nenhuma vinculação à atividade, entrando num rateio, onde o

dinheiro arrecadado poderá ser gasto onde houver demanda, como saúde, educação, entre outros, enquanto que a Taxa está vinculada à uma finalidade, ou seja, é uma remuneração cobrada por aquele serviço que foi feito ao contribuinte, usado naquela finalidade.

C)- CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIAS, dada pela Constituição Federal em seu artigo 145, Inciso III, referindo sobre a consequência dos resultados das obras públicas realizadas.(BRASIL, 1988).

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 81 confirma também a respeito da cobrança de melhorias, pela valorização do imóvel, seja parcial ou total, que tenha sido valorizado pelas obras públicas feitas naquele local. (BRASIL, 1966).

2.1.2 IPVA

O IPVA, comumente é chamado, é o Imposto Sobre Propriedade de Veículos Automotores, do qual, após esse imposto ter sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, deixou de ter vínculo a gastos específicos, como era a antiga TRU, sendo que, sua finalidade como imposto, é arrecadar dinheiro em espécie.

Mas o que é veículo automotor? O senhor Yoshiaki respondeu que veículo automotor é “qualquer veículo com propulsão por meio de motor, com fabricação e circulação autorizada e destinada ao transporte de mercadorias, pessoas ou bens”. (YOSHIAKI, 1989, p. 144 apud MARTINS, 2012, p. 876).

De acordo com essa afirmação, podemos dizer que, se há uma tração que faz o veículo se movimentar por si próprio, ele é veículo automotor, conforme disposto no artigo 96, Inciso I, demonstrando suas categorias (BRASIL, 1997).

Quando falamos em veículos automotores conforme já descrito, o fato gerador se estende tanto a veículos que transitam em vias terrestres, ou, em naves por via aérea e embarcações por via marítimas.

Porém, quanto às naves e embarcações, foi concedida a isenção do IPVA que gerou muita polêmica sobre as mesmas, e, diante desse impasse, o Superior Tribunal Federal pacificou através do Recurso Extraordinário (RE) 379572, fundamentando que não há incidência e que

esse Imposto, por ser sucessor da antiga TRU, não deve ser cobrado. (STF, 2007).

Segundo Martins, esse Imposto sobre Veículos Automotores é patrimonial e real, porém, não pessoal, sendo que essa espécie de tributo tem relação direta com o bem individual, e não às rendas ou outros patrimônios e fortunas de pessoas físicas ou jurídicas, mas sim, com o bem patrimonial específico, que é o veículo automotor, com algumas exceções de imunidades, das quais não iremos abordar.

Outro aspecto importante que a mesma Autora traz, é no que se caracteriza a Natureza Jurídica desse tributo, é que o imposto recai sobre o bem e o patrimônio, sendo esse específico lançado sobre os veículos automotores. (MARTINS, 2012, p.875,876).

Uma outra abordagem feita por outro Autor sobre o IPVA, é referente ao aspecto em que a obrigação “propter rem”, ou o Tributo propriamente dito, está ligado à coisa “in casu”, ou seja, ao bem móvel, sendo que em situações de venda, o comprador, ou o novo proprietário ao transferir o veículo para seu nome, não necessitará pagar esse imposto novamente do mesmo período, ou ano, pois o IPVA, está ligado, ou vinculado à coisa, ou seja, ao veículo, e não ao novo proprietário.(PEREIRA, 2011, p. 115).

2.1.3 COMPETÊNCIA, REPARTIÇÃO, CÁLCULOS E ALÍQUOTAS

De uma forma bem resumida, veremos quem tem competência para cobrança do IPVA, como são calculados e quais são as alíquotas utilizadas para tais cobranças.

A)- **COMPETÊNCIA** para cobrança do IPVA foi outorgada pela Constituição, aos Estados Membros, e ao Distrito Federal, artigo 155 “caput” e Inciso III, bem como a repartição dos valores arrecadados, ficará cinquenta por cento ao Estado, e os demais cinquenta por cento, ao território do Município onde o veículo estiver licenciado, artigo 158, Inciso III da Constituição Federal.

Segundo a Emenda Constitucional nº 3 de 17 de março de 1993, em seu parágrafo 3º traz o seguinte texto:

Em relação ao imposto previsto no inciso III do artigo 155 da Constituição Federal, cabe à Lei Complementar:

I – fixar suas alíquotas máximas. (BRASIL, 1988).

O artigo 158, inciso III, traz a divisão da porcentagem dos valores arrecadados do imposto sobre a propriedade de veículos automotores, sendo cinquenta por cento para o Estado, e cinquenta por cento para os municípios licenciados em seus territórios.(BRASIL, 1988).

B)- CÁLCULO do IPVA, é feito segundo o valor venal do automóvel, sendo contrário aos demais bens, pela diminuição desse a cada ano, observando que há uma regressão natural ano a ano, por saber que a cada ano que se passa, o seu valor venal também é diminuído, exceto em alguns casos, como verdadeiras relíquias, que, ao passar os anos, aumentam consideravelmente seus valores.

C)- ALÍQUOTAS do IPVA: Com referência às alíquotas dos veículos automotores, a o artigo 155, parágrafo 6º, diz que, “o imposto previsto no inciso III – (propriedade de veículos automotores): I -Terá alíquotas mínimas fixadas pelo Senado Federal; II- Poderá ter alíquotas diferenciadas em função do tipo e utilização”. (BRASIL, 1988).

Referentes às alíquotas mínimas que devem ser fixadas pelo Senado Federal, o mesmo não se manifestou sobre tal fato até o presente momento, tendo diferenças de um Estado para o outro, gerando uma “guerra fiscal”, em que muitos proprietários de veículos migram para outros Estados com alíquotas menores do IPVA.

Quanto à alíquota sobre carro nacional e importados, da qual, o STF vetou a diferenciação, de acordo com o Princípio da Não Discriminação da Procedência, com base no artigo 152 da Constituição Federal, que diz: “É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer

diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino”.(BRASIL, 1988).

Em relação ao artigo acima mencionado da Constituição, é confirmado também pelo artigo 11 do Código Tributário Nacional, tendo apenas uma diferenciação, da qual, esse último, não traz a palavra bens e serviços, e somente a “bens de qualquer natureza”.(BRASIL, 1966).

Desse mesmo artigo, no caso de não fazer distinção entre veículos automotores, traz nitidamente os dois princípios da uniformidade geográfica e o da isonomia tributária.

2.1.4 FATO GERADOR DO IMPOSTO

O fato gerador desse imposto está relacionado à propriedade do veículo automotor, e não ao uso do mesmo, sendo que os artigos 114 e 115 do Código Tributário Nacional, retratam sobre o fato gerador de duas obrigações, sendo que no caso da obrigação principal que o artigo 114 menciona que tal situação deve ser definida na Lei quando houver sua ocorrência, e a respeito do artigo 115 do mesmo Código, diz: “fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da Legislação aplicável, impõe a prática ou abstenção de ato que não configure obrigação principal”. (BRASIL, 1966).

Dentro desses dois artigos mencionados, para que se tenha um melhor entendimento, o artigo 113 do mesmo Código, traz em seu parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional o seguinte: “a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente”, e do mesmo Código, no parágrafo 2º, menciona que: “a obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objetivo as prestações positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”. (BRASIL, 1966).

2.1.5 DESTINAÇÃO DO IPVA

Para um melhor entendimento sobre alguns dados já mencionados do IPVA, bem como sua utilização, ou destinação, o Consultor Legislativo

Roberto Bocaccio Piscitelli nos traz informações adicionais e preciosas sobre tais fatos:

[...] Do ponto de vista de sua repartição, cinquenta por cento da arrecadação do IPVA serão atribuídos aos Municípios, com base no critério do licenciamento dos veículos nos respectivos territórios (CF, art. 158, inc. III). Por se tratar de um imposto, e não de outras espécies de tributos – taxas e contribuições, o IPVA não está vinculado a qualquer tipo de aplicação, isto é, constitui fonte genérica de recursos para o financiamento das ações do Poder Público. É, aliás, a própria Constituição Federal, em seu art. 167, inc. IV, que consagra o princípio da não-vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, com as exceções expressamente mencionadas.

Tais exceções, entretanto (depois da repartição dos 50% da arrecadação, antes aludidos), se referem à destinação genérica das receitas de impostos (inclusive transferências constitucionais) em âmbito estadual, distrital e municipal, quais sejam:

- ações e serviços públicos de saúde;
- manutenção e desenvolvimento do ensino;
- realização de atividades da administração tributária;
- prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita;
- prestação de garantia ou contra garantia à União e para pagamento de débitos com esta.

Nos dois primeiros casos, como se sabe, há percentuais específicos. Nos dois últimos, os limites dependem do montante das respectivas operações.

Na realização de atividades da administração tributária, assegura-se tão-somente a destinação de

recursos prioritários para a realização das atividades das administrações tributárias.

Em suma, a destinação dos recursos do IPVA (e demais impostos) dependerá, em cada caso, do que for alocado em cada Administração, a cada exercício, pelas respectivas leis orçamentárias, naturalmente em consonância com os correspondentes planos plurianuais e diretrizes orçamentárias.(PISCITELLI, 2010).

Outra informação importante que temos é através do site da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, que retrata o seguinte:

Descontadas as destinações constitucionais, notadamente o FUNDEB - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, que corresponde a 20% (vinte por cento) do valor pago pelo contribuinte, o remanescente do valor arrecadado com o IPVA é repartido 50% (cinquenta por cento) para o Estado e a outra metade para o município de registro do veículo, que deve corresponder ao local de domicílio ou residência de seu proprietário. A quota-parte estadual vai compor o orçamento anual e, dessa forma, destinar-se-á às diversas áreas de atuação do Estado, dentre as quais, a saúde, a educação, a segurança pública e a infraestrutura.

Apesar de ouvirmos muito falar em “transparência, temos muitas dificuldades em termos dados atualizados sobre muitos assuntos relevantes, e, em especial, não foge dessa característica os dados atualizados sobre arrecadação do IPVA, entre outros.

Mas, segundo os sites G1 e Portal Transporta Brasil, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBPT demonstrou que no ano de 2014, o valor médio de cada brasileiro que pagaria pelo IPVA seria de

R\$ 161,55, atingindo a casa dos R\$ 32,7 bilhões em arrecadações, numa frota da época de aproximadamente 86,7 milhões de veículos.

Diante dessa gigantesca arrecadação e, conforme visto, todos os entes que têm direito ao percentual arrecadado, podem fazer uso desses valores onde houver maior necessidade, seja nas áreas da saúde, educação, entre outros, porém, deixa uma estranheza e perturbadora interrogação a todo contribuinte: Por que sempre faltam verbas nessas áreas de suma importância, com tantos valores arrecadados?

3. MOTIVAÇÃO DA REDUÇÃO DO IPVA

É fato que o Brasil é um dos países que tem uma das maiores cargas tributárias no mundo, bem como os seus métodos aplicativos de sanções, ou penalidades para àqueles que não se encaixam dentro dos quesitos.

Há, no entanto, pouco incentivo do Fisco ao contribuinte, em cobranças de impostos, dos quais, alguns trazem, algum percentual pequeno para os contribuintes que pagam até os seus vencimentos.

A prioridade que esse artigo tem como meta, não é simplesmente

a concessão desse desconto, ou redução, como alívio do fardo tributário colocado sobre às costas dos contribuintes, mas sim, o foco é trazer os efeitos positivos, na busca de bons resultados e, na tentativa de reduzir os altos índices de acidentes de trânsito em nosso território.

Trata-se de uma inovação ousada, tendo como alvo principal, a redução de acidentes que ocasionam altas taxas de mortalidade, invalidez permanente, entre outros, gerados pelos acidentes de trânsito em nosso país.

Se ao analisarmos esse tipo de desconto no IPVA concedido aos “bons e comportados” motoristas de veículos, veremos que a maior parte deles não dirigirão seus carros de qualquer maneira, nem emprestarão para qualquer pessoa imprudente.

Nos casos de empresas, somente irão contratar motoristas profissionais capacitados, bem treinados para tal exercício, obedecendo horários sagrados de descanso, para trabalhadores externos conforme trouxe a Lei 12619 de 2012, que tornou obrigatório que os motoristas profissionais sejam fiscalizados por blocos de anotações, fichas de trabalho externo dentro do se veículo, ou, utilize outros meios como rastreamentos, GPS, tacógrafos, nos termos do § 3º do art. 74 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, e acrescidos com seus respectivos parágrafos e incisos dos artigos 235-A ao 235-G, pela mesma Lei 12619 de 30/04/2012, trazendo os deveres e direitos dos motoristas profissionais de cargas ou de passageiros. (BRASIL, 1943).

O Código de Trânsito Brasileiro – CTB, também teve adicionado os artigos 67-A ao 67-E pela Lei 12.619/2012, regulamentando horários entre outros dos motoristas profissionais. (BRASIL, 1997).

Vale-se dizer que, ao se conceder o desconto no IPVA para proprietários que não cometerem nenhum tipo de infração ou crime de trânsito não é estar corrompendo os mesmos, mas, de certa forma, diferenciando e reconhecendo os “bons e prudentes” dos demais que violam as Leis de Trânsito do País, e estaremos diante do “Princípio da Isonomia e Igualdade”, ou seja, dar tratamento igual aos iguais e diferentes aos diferentes, conforme os artigos 5º caput e 150, Inciso II da Constituição. (BRASIL, 1988).

Apesar de não terem sido apresentados dados oficiais atualizados, percebe-se que os valores gastos em acidentes de trânsito são exorbitantes, e, dentro desse panorama geral entre frotas de veículos, acidentes e gastos, o que pretendemos trazer, é uma boa saída, ou seja, uma espécie de bônus, com uma redução no IPVA, para os proprietários que não cometerem nenhuma infração ou crime tipificados no Código de Trânsito Brasileiro- CTB, e, bem como não estarem respondendo à penalidade do Código Penal Brasileiro referente a esses tipos de crimes.

O intuito desse artigo, é trazer uma alternativa para esse caso alarmante e de extrema importância que é a redução nos acidentes de trânsito, incentivando assim a todos os proprietários de veículos que,

durante o exercício do ano anterior não responderem a nenhuma penalidade de trânsito tipificados no CTB ou Código Penal, lhes sejam concedidos descontos de dez por cento (10%) para aquele exercício, tendo assim, progressão sucessiva, ou, descontos cumulativos, desde que não cometa nenhuma infração ou crime de trânsito.

Dessa maneira, para que cada proprietário alcance os seus descontos redutivos, procurará com zelo, colocar em dia a documentação de seus veículos, como pagamentos do próprio imposto em dia, DPVAT, licenciamento, legalização de documentos e transferências, bem como, ser cuidadoso de seu veículo para que pessoas sem condições não venham a dirigi-lo, evitando assim, acidentes.

4. COMPARATIVOS DE DESCONTOS COMO INCENTIVOS

Veremos a seguir de maneira bem resumida, alguns descontos concedidos como forma de incentivos:

A)- IPTU VERDE: Segundo a Prefeitura Municipal de São Carlos/SP, na busca de uma cidade mais arborizada, concedeu descontos do IPTU aos proprietários de imóveis, adotando o “IPTU Verde”, incentivando os proprietários de imóveis edificadas a plantarem árvores, prevista na Lei 13.692/2005, nos seus artigos 44 e 45, com descontos de 2% no imposto de 2017, podendo ser cumulativos, como benefício ambiental, e que poderão fazer uso da internet ou nas unidades do SIM, sobre o andamento de suas solicitações junto à Prefeitura.

Como visto, a Administração Pública Municipal de São Carlos, num ato nobre, constatou que um desconto não gera perdas à máquina pública, mas sim, traz ganhos em qualidade de vida para seus habitantes, além de uma cidade mais saudável e bonita.

B- CARROS ELÉTRICOS EM SÃO PAULO: Segundo a Prefeitura Municipal de São Paulo, pelo Projeto de Lei nº 276/2012 do vereador Donato, foi sancionada pelo ex-prefeito, Sr. Fernando Haddad, a Lei Municipal nº 15.997, do dia 27 de maio de 2014, em seus artigos 1º ao 9º, trouxe incentivos aos proprietários de veículos automotores elétricos ou

movidos a hidrogênio, chamados de “híbridos”, de uma maneira ecologicamente correta.

Dentro dessa magnífica isenção, considerou através da mesma Lei que esses veículos tenham a devolução da quota parte desse imposto que estiver sendo arrecadado pelo Município, devido ao tributo que incide sobre esses veículos, sendo que, no parágrafo único desse artigo 3º, essa devolução dada por esse incentivo que pertence ao Município, fique restrito aos cinco primeiros anos referente à incidência desse tributo nesse tipo de veículo, bem como serem esses excluídos do rodízio de circulação municipal de veículos, em seu artigo 6º.

Essa mesma Lei, em seu artigo 6º, ainda traz a respeito de quem pode alcançar o benefício da redução do IPVA, para esses veículos até cento e cinquenta mil reais.

C)- NOTA FISCAL PAULISTA E DESCONTO NO IPVA: Outro incentivo que foi uma “tacada de mestre” por parte da Prefeitura Municipal de São Paulo, e pelo Governo do Estado de São Paulo, e que está dando certo, é a Nota Fiscal Paulista, onde combate à sonegação fiscal do ICMS, incentivando os consumidores exigirem seus cupons fiscais, oferecendo-lhes alguns prêmios através de sorteios, e enquanto o governo premia alguns consumidores que exigem seus cupons fiscais, em contrapartida, os mesmos ajudam o governo a engordar os cofres públicos.

Por enquanto está funcionando no Estado de São Paulo, e no Município de São Paulo, como Nota Fiscal Paulistana, com previsão de atingir mais municípios em termos de incentivos fiscais, na forma de renúncia tributária. Teve início em outubro de 2007.

CONCLUSÃO

Diante de um assunto complexo, temos duas situações caóticas existentes em nosso país, da qual, a primeira é referente à crise econômica, em que o governo busca exaustivamente maiores arrecadações para “tapar os buracos” existentes na economia brasileira, e por outro lado, tem-se o alto índice de acidentes de trânsito que cresce cada vez mais, fazendo aumentar ainda mais os gastos com mortes,

aposentadorias por invalidez, gastos com internações, cirurgias e exames de alta complexidade, medicamentos, materiais médicos, entre outros.

Esse artigo não tem a pretensão de apresentar nenhuma mágica para solucionar tais problemas, mas sim, de buscar alternativas para melhorar e, quem sabe, diminuir gradativamente o alto número de acidentes de trânsito, que é um dos maiores vilões responsável por perdas de vida e de bens materiais, trazendo muita tristeza, aborrecimentos e muitas despesas a todos envolvidos, especialmente à máquina pública.

Sendo assim, esse artigo também não tem a intenção de lesar ainda mais os cofres públicos com essa proposta de redução no IPVA em épocas difíceis, mas sim, de buscar alternativas para diminuir esse grande número de acidentes de trânsito no país que aumenta cada vez mais.

Sabemos bem que, para cada ação, há uma reação, podendo ser negativa, ou positiva, e, diante dessa redução no IPVA que esse artigo traz para os proprietários que não terem seus veículos automotores envolvidos em nenhuma infração ou crime de trânsito previstos na Legislação, talvez tenhamos o “efeito dominó”, demonstrando resultados positivos na diminuição dos acidentes de trânsito e, conseqüentemente, uma notável redução de perdas de vidas entre outras perdas já mencionadas, bem como os gastos provocados por esses acidentes, que na maioria das vezes ocorrem por imprudência e negligência por parte de motoristas e proprietários que muitas vezes “fecham os olhos” para tais problemas.

Com tudo isso, o artigo busca se levantar essa “bandeira” de maneira clara, objetiva na diminuição dos acidentes automobilísticos, para preservar o bem maior que é a vida, garantido pela Constituição Federal.

No futuro pretendemos apresentar estatísticas com dados sobre o crescimento da frota de veículos, número de acidentes e os seus gastos existentes, e, se é viável ou não a concessão desse desconto no IPVA.

Por vários fatores, o povo brasileiro está a cada dia mais desacreditado nas possibilidades das soluções dos problemas, e como

vimos, há em vários locais do Brasil sendo apresentados incentivos na redução de outros impostos para melhorar a qualidade de vida do cidadão.

Quando o povo de uma nação tem o conhecimento da causa de seus problemas e a coragem de enfrentá-los com suas ações, com certeza reverterão boa parte desses problemas que escravizam.

Dessa maneira, esse artigo, traz uma pequenina luz, buscando amenizar a situação caótica que vivemos em termos de acidentes de trânsito, de mortes e feridos e com gastos exorbitantes da máquina pública.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniel e, GOMES, Fabio Gomes, CATARINO, João Ricardo. **Garantias dos Contribuintes no Sistema Tributário**, 1ª Ed. Saraiva, 10/2012, pg. 574-575. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502182592/pageid/573>> acesso em 07 mai. 2017

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil **[Decreto-Lei nº 999, de 21 de outubro de 1969/ Subchefia para Assuntos Jurídicos](#)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0999.htm> acesso em 04 dec. 2016.

_____. Código Tributário Nacional (1966). **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Brasília, DF: Senado Federal; 1966. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> acesso em 07 mai. 2017.

_____. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988, **Lei nº 12.619** de 30 de abril de 2012, CLT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Ato2011-2014/2012/Lei/L12619.htm> acesso em 07 mai. 2017. às 19:00.

SÃO PAULO, Governo do Estado de São Paulo. Secretaria da Fazenda. **Nota Fiscal Paulista**. Disponível em: <<http://www.fazenda.sp.gov.br/>> acesso em 04 dec. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jusbrasil, Jurisprudência 14729026 Re 379572-rj **Decisão do não pagamento de IPVA de Aeronaves e Embarcações**. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729026/recurso-extraordinario-re-379572-rj>> acesso em 04 dec. 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**, 30ª Edição, Malheiros Editores, (2009, p.77-78).

MARTINS, Ives Granda Silva. **Curso de Direito Tributário**, 14ª Edição. Saraiva, 11/2012. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502148819/pageid/868>> acesso em 07 mai. 2017.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**, 14ª edição, 1995, Editora Saraiva, São Paulo.

PEREIRA, Luciano Almeida. **Direito Tributário Simplificado**, 1ª edição. Saraiva, 07/2011. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502170926/pageid/115>> acesso em 07 mai. 2017.

PISCITELLI, Roberto Bocaccio – **Consultoria Legislativa, março/2010**. Câmara dos Deputados Praça 3 Poderes Consultoria Legislativa Anexo III - Térreo Brasília DF. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema10/2010>> acesso em 04 dec. 2016.

PORTAL TRANSPORTA BRASIL. **Economia e Tributos**. Disponível em: <<http://www.transportabrasil.com.br/2015/02/arrecadacao-com-ipva-alcancara-marca-de-r-327-bi-neste-ano/>> acesso em 04 dec. 2016.

<http://g1.globo.com/carros/noticia/2015/02/ipva-tem-arrecadacao-media-de-r-16155-por-habitante-diz-estudo.html> > acesso em 07 mai. 2017.

PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS. **Incentivo Ambiental – IPTU VERDE**. Incentivo Ambiental aos Contribuintes do IPTU. Disponível em: <http://www.saocarlos.sp.gov.br/index.php/incentivo-ambiental-iptu.htm> > acesso em 05 dec. 2016.

PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO. Secretaria da Fazenda, **Carros Elétricos Desconto IPVA**

http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/fazenda/servicos/imunidades_e_isencoes/index.php?p=6600 > acesso em 07 mai. 2017. <http://carros.uol.com.br/noticias/redacao/2014/12/16/andar-de-carro-eletrico-em-sp-ainda-e-temer-apagao-a-cada-curva.htm> > acessado em 05 dec. 2016.

DA ATUAÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO: REFLEXÕES SOBRE O ESTADO REGULADOR E AS FORMAS DE INTERVENÇÃO NA ECONOMIA

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

Resumo: Em harmonia com a dicção contida no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, a ordem econômica encontra-se centrada em dois postulados fundamentais, quais sejam: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Denota-se que, ao fixar os dois postulados como alicerces da ordem econômica, o Texto Constitucional de 1988 objetivou indicar que todas as atividades econômicas, independentemente de quem possa exercê-las, devem com eles encontrar compatibilidade. Das premissas ora mencionadas, extrai-se que, caso a atividade econômica estiver de alguma forma vulnerando os preceitos supramencionados, será a atividade considerada inválida e inconstitucional. Além disso, a intervenção do Estado na vida econômica substancia um redutor de riscos tanto para os indivíduos quanto para as empresas, sobremaneira quando identifica, em termos econômicos, a segurança como princípio. Repise-se, neste ponto, que a intervenção do Estado não poderá entender-se como uma limitação ou um desvio imposto aos próprios objetivos das empresas, mas sim como uma diminuição de riscos e uma garantia de segurança maior na prossecução dos fins últimos da acumulação capitalista. Assim, o presente busca promover uma análise acerca do papel desempenhado pelo Estado, enquanto regulador, no domínio econômico, bem como as formas de intervenção.

Palavras-chave: Estado Regulador. Domínio Econômico. Intervenção na Economia.

Sumário: 1 Comentários Introdutórios; 2 Do Estado Regulador; 3 Repressão ao Abuso de Poder Econômico; 4 Controle de Abastecimento; 5 Tabelamento de Preços; 6 Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

1 Comentários Introdutórios

Em harmonia com a dicção contida no artigo 170 da Constituição Federal de 1988^[1], a ordem econômica encontra-se centrada em dois postulados fundamentais, quais sejam: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Denota-se que, ao fixar os dois postulados como alicerces da ordem econômica, o Texto Constitucional de 1988 objetivou indicar que todas as atividades econômicas, independentemente de quem possa exercê-las, devem com eles encontrar compatibilidade. Das premissas ora mencionadas, extrai-se que, caso a atividade econômica estiver de alguma forma vulnerando os preceitos supramencionados, será a atividade considerada inválida e inconstitucional. Carvalho Filho, em complemento, vai afirmar que “fundamentos, na verdade, são os pilares de sustentação do regime econômico e, como tal, impõem comportamentos que não os contrariem”^[2].

Assim, a ordem econômica, também nominada de “Constituição econômica”, pode ser apresentada, enquanto elemento integrante da ordem jurídica, como o sistema de normas, institucionalmente, determinado modo de produção econômica. A ordem econômica diretiva abarcada pela Constituição Federal de 1988 objetiva a transformação do mundo do ser. Neste aspecto, inclusive, a redação do artigo 170 afixa que a ordem econômica deverá estar alicerçada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, bem como ter por escopo assegurar a todos existência digna, consoante os ditames preconizados pela justiça social, observados determinadas diretivas. Diógenes Gasparini^[3] vai afirmar que a intervenção do Estado no domínio econômico como ato ou medida legal que restringe, condiciona ou suprime a iniciativa privada em determinada

área econômica, em benefício do desenvolvimento nacional e da justiça social, assegurados os direitos e garantias individuais.

Além disso, a intervenção do Estado na vida econômica substancia um redutor de riscos tanto para os indivíduos quanto para as empresas, sobremaneira quando identifica, em termos econômicos, a segurança como princípio. Repise-se, neste ponto, que a intervenção do Estado não poderá entender-se como uma limitação ou um desvio imposto aos próprios objetivos das empresas, mas sim como uma diminuição de riscos e uma garantia de segurança maior na prossecução dos fins últimos da acumulação capitalista. Ora, a denominada intervenção do Estado no domínio econômico é não apenas adequada, mas indispensável à concretização e à preservação do sistema capitalista de mercado. Sobre o papel desempenhado pelo Estado, no que toca à intervenção na ordem econômica, o Supremo Tribunal Federal já assentou entendimento robusto que:

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei n. 7.844/92, do Estado de São Paulo. Meia entrada assegurada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino. Ingresso em casas de diversão, esporte, cultura e lazer. Competência concorrente entre a união, estados-membros e o distrito federal para legislar sobre direito econômico. Constitucionalidade. Livre iniciativa e ordem econômica. Mercado. Intervenção do estado na economia. Artigos 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição do Brasil. 1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o

Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno/ ADI 1.950/ Relator: Ministro Eros Grau/ Julgado em 03 nov. 2011/ Publicado no DJ em 02 jun. 2006, p. 04).

Neste sentido, no que toca à valorização do trabalho humano, é importante estabelecer que, entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, a Constituição consignou os valores sociais do trabalho, em seu artigo 1º, inciso IV^[4]. A dicção do dispositivo coloca em destaque a preocupação do Constituinte em promover a conciliação entre os fatores de capital e trabalho de forma a atender aos preceitos da justiça social. Assim, em decorrência de tal alicerce, não encontra mais amparo, por exemplo, comportamentos que conduzam à escravidão ou a meios de trabalho capazes de colocar em risco a vida ou a saúde dos trabalhadores. Ademais, é crucial assinalar, ainda, que a justiça social apresenta escopo protetivo e direcionado a categorias sociais mais desfavorecidas.

No mais, a valorização do trabalho humano encontra relação intrínseca com os valores sociais do trabalho. Inexiste dúvida que, para condicionar o trabalho a aludidos valores, faz-se carecida a intervenção do

Estado na ordem econômica. “A Constituição intervém notoriamente nas relações entre empregadores e empregados, estabelecidos nos arts. 7º a 11 um detalhado elenco de direitos sociais dos empregados”^[5], como leciona Carvalho Filho. Os mandamentos retratam a preocupação estatal em adequar o trabalho aos ditames da justiça social.

Ainda no que atina à valorização do trabalho humano, outro aspecto que decorre desse fundamento é o relativo à automação industrial. Assim, se o uso contemporâneo das recentes tecnologias faz parte do processo de desenvolvimento das empresas do país, não é menos verdadeiro que as máquinas não podem promover a substituição do homem para assegurar benefícios exclusivos do empresariado. Além disso, o Texto Constitucional é ofuscante ao impor a valorização do trabalho *humano*, logo, o homem deve ser considerado como alvo da tutela. A valorização do trabalho humano implica na necessidade de localizar o homem trabalhador em patamar mais elevado do que a outros concernentes a interesses privados, de maneira a ajustar o trabalho aos primados da justiça social.

O outro fundamento norteador da ordem econômica é o da liberdade de iniciativa, o qual indica que todas as pessoas têm o direito de ingressar no mercado de produção de bens e de serviços por sua conta e risco. Com efeito, o postulado em comento desdobra na liberdade de exploração das atividades econômicas sem que o Estado execute sozinho ou, ainda, concorra com a iniciativa privada. A livre iniciativa materializa o postulado maior do regime capitalista adotado no território nacional. Afora isso, o alicerce em foco encontra complementação na redação do parágrafo único do artigo 170 do Texto Constitucional^[6], consoante o qual a todos é assegurado o livre exercício de qualquer atividade econômica, sem necessidade de autorização de órgãos públicos, à exceção das hipóteses expressamente consagradas no ordenamento jurídico vigente.

Tal como o postulado anterior, a liberdade de iniciativa materializa um fundamentos da própria República. Nesta senda, a acepção de livre iniciativa rememora que o Estado não é mero observador, mas desempenha papel de efetivo participante e fiscal do comportamento econômico dos particulares. Destarte, o Estado interfere, de fato, no

domínio econômico, restringindo e condicionando a atividade dos particulares em favor do primado do interesse público. Carvalho Filho^[7] vai mencionar que a garantia da liberdade de iniciativa ao setor privado goza de tamanha proeminência no regime vigente que prejuízos causados a empresários em decorrência da intervenção do Poder Público no domínio econômico são passíveis de serem indenizados em determinadas situações, nos termos preconizados no §6º do artigo 37 do Texto Constitucional de 1988^[8], quando consagra a responsabilidade objetiva. O Supremo Tribunal Federal, em tal trilha, já decidiu que:

Ementa: Constitucional. Econômico. Intervenção estatal na economia: regulamentação e regulação de setores econômicos: normas de intervenção. Liberdade de iniciativa. CF, art. 1º, IV; art. 170. CF, art. 37, § 6º. I. - A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. II. - Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. III. - Contrato celebrado com instituição privada para o estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do poder público. CF, art. 37, § 6º. IV. - Prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia técnica. V. - RE conhecido e provido. (Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma/ RE 422.941/ Relator: Min. Carlos Velloso/ Julgado em 06 dez. 2005/ Publicado no DJ em 24 mar. 2006, p. 55).

Há um critério, ainda, que reclama apreciação. A acepção de liberdade de iniciativa, de certa forma, é antagônica à valorização do trabalho humano. Ora, a deixar-se à iniciativa privada inteira liberdade para exploração das atividades econômicas, existiria o risco inevitável de não se proteger o trabalho humano. Assim, é perceptível a necessidade de conciliar os fundamentos, desenvolvendo estratégias de restrições e condicionamentos à liberdade de iniciativa, com o escopo de que seja alcançada, de fato, a justiça social e os valores emanados.

2 Do Estado Regulador

Compreende-se *Estado regulador* como aquele que, por meio de regime interventivo, se incumbe de estabelecer as regras norteadoras e disciplinadoras da ordem econômica com o escopo de ajustá-la aos primados da justiça social. O artigo 174 da Constituição Federal oferta o subsídio sustentador do Estado regulador, notadamente quando diciona que, “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”^[9]. Assim, na condição de agente normativo, cabe ao Estado criar as regras jurídicas que são destinadas à regulação da ordem econômica. Incumbem-lhe três formas de atuação, a saber: fiscalização, incentivo e planejamento.

A atuação de *fiscalização* consiste na verificação dos setores econômicos para o fim de serem evitadas formas abusivas de comportamento de alguns particulares, desencadeando gravames a setores menos favorecidos, a exemplo dos consumidores e dos hipossuficientes. Por sua vez, o *incentivo* representa o estímulo que o governo deve oferecer para o desenvolvimento econômico e social do país, estabelecendo as medidas a serem empregadas, a exemplo das isenções fiscais, o aumento das alíquotas para importação, a abertura de créditos especiais para setores produtivos agrícolas e de outros gêneros. O *planejamento*, por derradeiro, consiste em um processo técnico instrumentado para alterar a realidade existente, com o escopo de atender objetivos previamente determinados. “Planejar no texto constitucional

significa estabelecer metas a serem alcançadas pelo governo no ramo da economia em determinado período futuro”^[10].

Em especial no que toca ao *incentivo* – denominado por alguns de *fomento* -, incumbe ao Estado disponibilizar o maior número possível de instrumentos para o desenvolvimento econômico a ser perseguido pela iniciativa privada. Na verdade, trata-se de estímulo para o desenvolvimento econômico, logo, configuram instrumentos de incentivo os benefícios tributários, os subsídios, as garantias, os empréstimos em condições favoráveis, a proteção aos meios nacionais de produção, a assistência tecnológica e outros mecanismos semelhantes que persigam tal fito.

No que atina à natureza da atuação, cumpre esclarecer que, quando figura como *regulador*, o Estado não abandona sua posição interventiva; ao reverso, a intervenção em tal cenário dá-se por meio das imposições normativas destinadas, maiormente, aos particulares, tal assim os mecanismos jurídicos preventivos e repressivos para coibir eventuais condutas abusivas. Além de substancializar um meio de intervenção na ordem econômica, a atuação do Estado regulador se materializa de forma direta, sem intermediação de ninguém. Ora, as normas, os fatores preventivos e os instrumentos repressivos tem origem diretamente do Estado. Assim, é possível caracterizar a função do Estado regulador como intervenção direta no domínio econômico.

Atinente à competência, quadra ponderar que, em decorrência do sistema vigente de partilha constitucional de atribuições, a competência quase que absoluta da atuação do Estado regulador ficou concentrada na União Federal. Assim, no elenco da competência administrativa privativa, insculpida no artigo 21 do Texto Constitucional^[11], encontram-se várias atribuições que acenam essa forma de atuar estatal. Entre elas, pode-se mencionar: (i) fiscalização das operações financeiras, como a de crédito, de câmbio, de seguros e de previdência privada (inciso VIII); (ii) elaboração e execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (inciso IX); (iii) a reserva relativa à função postal (inciso X); (iv) a organização dos serviços de telecomunicações, de radiodifusão, de energia elétrica (incisos XI a XII); (v)

o aproveitamento energético dos cursos d'água e os serviços de transporte (inciso XIII, "b", "c", "d" e "e").

Verifica-se o mesmo com relação à competência legislativa privativa, insculpida no artigo 22 da Constituição Federal^[12], dentro da qual se encontram incluídas diversas atribuições específicas. Neste sentido, é possível sublinhar: (i) as competências para legislar sobre comércio exterior e interestadual (inciso VIII); (ii) diretrizes da política nacional de transportes (inciso IX); (iii) sobre jazidas, minas e outros recursos minerais (inciso XII); (iv) organização do sistema nacional de empregos (inciso XVI); (v) sobre os sistemas de poupança, de captação e de garantia da poupança popular (inciso XIX). Ora, em cada uma das atribuições delineadas pelo Texto Constitucional, observa-se que pouco, ou nada, restou para os demais entes federativos, "o que denuncia claramente a supremacia da União como representante do Estado-Regulador da ordem econômica"^[13].

Não é demasiado assinalar, ainda, que a União desenvolve atividade de regulação do setor econômico privado por meio das agências reguladoras, ou seja, autarquias instituídas diretamente para esse escopo. Incumbe-lhes, ainda, a regulação dos serviços públicos econômicos, quando delegados a empresas privadas, em especial por intermédio de concessões e permissões de serviços públicos. Nesta linha, os demais entes federativos possuem competência para criação de entidades reguladoras próprias, com o fito de regular as atividades de sua parcela de partilha.

Na relação de atribuições que formam a competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal que o Texto Magno contemplou algumas funções supletivas para estes últimos entes federativos. Seguindo tal senda, a redação do artigo 24 afixa que compete, de maneira concorrente, a essas pessoas: (i) legislação sobre direito econômico e financeiro (inciso I); (ii) sobre produção e consumo (inciso V); (iii) sobre proteção do meio ambiente (inciso VI). A competência da União, em aludidas hipóteses, concentra a produção de normas gerais, incumbindo aos demais entes federativos a edição de normas

complementares, nos termos dos §§1º e 2º do artigo 24 da Constituição[14].

A competência administrativa comum, contida no artigo 23, igualmente aponta atividades vinculadas à intervenção estatal no domínio econômico. Logo, em decorrência de tal competência, incumbe, de modo concorrente, a todas as entidades federativas, a saber: (i) proteger o meio ambiente (inciso VI); (ii) fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar (inciso VIII); (iii) combater as causas da pobreza e promover a integração social dos segmentos hipossuficientes (inciso X).

3 Repressão ao Abuso de Poder Econômico

Tradicionalmente, o poder econômico advém do acúmulo de riquezas e, verificada que a ordem econômica encontra-se em situação regular e sem as frequentes crises que a assolam, tal poder desempenha papel positivo, promovendo o aperfeiçoamento dos produtos e dos serviços, bem como das condições de mercado. O poder em comento, entretanto, pode provocar distorções no plano econômico, extremamente prejudiciais aos setores mais desfavorecidos da coletividade. Materializando tal cenário, tem-se o uso do poder transformado em abuso de poder econômico, reclamante a intervenção do Estado-regulador. De maneira mais usual, “o abuso de poder econômico é cometido pela iniciativa privada, na qual alguns setores do empresariado, com ambição desmedida e total indiferença à justiça social, procuram e executam fórmulas altamente danosas ao público em geral”[15].

Assim, a repressão ao abuso do poder econômico é descrita como o conjunto de estratégias empregadas pelo Estado que, mediante intervenção na ordem econômica, têm o escopo de neutralizar os comportamentos causadores de distorção nas condições normais de mercado em decorrência do acúmulo de riquezas. Gasparini vai preconizar que é possível definir tal repressão como “a medida ou conjunto de medidas estatais que ajustam o poder econômico ao desenvolvimento nacional e à justiça social”[16]. A Constituição em vigor foi ofuscante ao estabelecer a necessidade de reprimir o abuso econômico, dispondo no §4º do artigo 173 que a “lei reprimirá o abuso do poder

econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”[\[17\]](#).

Ademais, em decorrência da reforma tributária introduzida pela Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003[\[18\]](#), que altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências, o artigo 146-A, em sua redação, dispôs que “lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo”. Como é denotável, o mandamento contido no dispositivo supramencionado tem por escopo em assegurar a concorrência como fator inafastável do setor econômico, guardando harmonia com o corolário contido no inciso IV do artigo 170 do Texto de 1988[\[19\]](#). Trata-se, portanto, de típica situação interventiva do Estado-regulador.

Nesta linha, é conveniente afirmar que o próprio Texto Constitucional aponta para as formas pelas quais se consuma o abuso de poder econômico. A primeira delas encontra esteio na *dominação dos mercados*, consistindo na busca, pela empresa, do desaparecimento do equilíbrio das forças oriundas do fornecimento e do consumo e a da possibilidade de a empresa dominante impor condições que somente sejam favoráveis a ela. Com destaque, a dominação do mercado traz uma série de efeitos nocivos à coletividade. *A eliminação da concorrência* configura a segunda forma, encontrando íntima relação com a primeira. Conquanto seja difícil admitir-se a concorrência perfeita, o certo é que ela regula e confere relativo equilíbrio ao mercado, porquanto a intenção abusiva de um encontra limites na atuação idônea de seu concorrente. Nesta senda, pode-se afirmar que é o regime de competição de preços e produtos que merece defesa. Ademais, conforme preconiza a Constituição Federal, em seu artigo 170, inciso IV, a livre concorrência é um dos baldrames sustentadores da ordem econômica.

Por fim, tem-se como forma abusiva o *aumento arbitrário dos lucros*, que também possui liame com as duas outras espécies. Logo, quando a empresa intenta dominar o mercado e eliminar o sistema de concorrência, o escopo é o mesmo de auferir lucros de maneira

despropositada e arbitrária. Desta feita, verificando-se que o lucro é arbitrário, percebe-se, por consequência, que seu pagamento é efetuado pela massa de consumidores do produto ou do serviço. Ocorrendo tal conduta, incumbe ao Estado-regulador reprimir, eis que é abusivo e ilegal.

O domínio abusivo dos mercados no setor econômico se apresenta sob múltiplas espécies, dentre as quais é possível destacar os trustes, os cartéis e o *dumping*. É possível caracterizar o truste, conforme magistério de Carvalho Filho, como “a forma de abuso de poder econômico pela qual uma grande empresa domina o mercado e afasta seus concorrentes, ou os obriga a seguir a estratégia econômica que adota”[20]. É considerada como uma forma impositiva do grande sobre o pequeno empresário. Gasparini, por seu turno, vai apresentar a concepção de truste como “pressão das grandes empresas sobre suas concorrentes menores com o fito de afastá-las do mercado ou para que concordem com sua política de preço”[21].

O cartel, por sua vez, é substancializado pela materialização da conjugação de interesses entre grandes empresas com o mesmo escopo, ou seja, promover a eliminação da concorrência e ampliar, de maneira arbitrária, seus lucros. “Diante do poderio econômico desses grupos, o pequeno empresariado acaba por sucumbir e, por vezes, se deixar absorver pelo grupo dominante”[22]. Gasparini[23], ainda, elucida que o cartel é considerado como composição voluntária dos concorrentes sobre um ou mais aspectos do negócio explorado. Por derradeiro, o *dumping* encerra o abuso de caráter internacional, porquanto uma empresa recebe subsídio oficial de seu país, de maneira a baratear em excesso o custo do produto. Desta feita, como o preço é muito inferior ao das empresas que arcam com os seus próprios custos, estas ficam alijadas da livre concorrência, desencadeando para as empresas com custos baixos uma inevitável elevação dos lucros[24].

4 Controle de Abastecimento

De acordo com Carvalho Filho[25], o controle de abastecimento é a forma interventiva do Estado que objetiva a manter no mercado consumidor produtos e serviços suficientes para atender à demanda da

coletividade. Gasparini, ainda, vai definir o controle de abastecimento como “todo ato ou medida que assegura a livre distribuição de bens e serviços essenciais à coletividade”^[26]. Em momentos de crise econômica, ou, ainda, de processo inflacionário galopante, é comum que as empresas retenham seus produtos ou deixem de prestar seus serviços, desencadeando insuficiência de consumo no mercado e obstando que a população obtenha regularmente os bens e os serviços. Denota-se, comumente, que tal situação é especulativa e representa modalidade de abuso de poder.

Diante de tal quadro, faz-se necessária a figura do Estado-regulador para que, mesmo contra a vontade dos fornecedores, regularize o abastecimento da população, conquanto sejam carecidas algumas medidas de cunho coercitivo para atender tal escopo. Neste sentido, a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962^[27], que dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo, estabelece várias hipóteses que são justificadoras da intervenção do Estado no setor econômico. Com o escopo de fortalecer as ponderações já apresentadas, o artigo 2º da sobredita legislação apresenta as modalidades em que a intervenção se dará:

Art. 2º A intervenção consistirá:

I - na compra, armazenamento, distribuição e venda de:

- a) gêneros e produtos alimentícios;
- b) gado vacum, suíno, ovino e caprino, destinado ao abate;
- c) aves e pescado próprios para alimentação;
- d) tecidos e calçados de uso popular;
- e) medicamentos;
- f) Instrumentos e ferramentas de uso individual;
- g) máquinas, inclusive caminhões, "jipes", tratores, conjuntos motomecanizados e peças sobressalentes, destinadas às atividades agropecuárias;

h) arames, farpados e lisas, quando destinados a emprêgo nas atividades rurais;

i) artigos sanitários e artefatos industrializados, de uso doméstico;

j) cimento e laminados de ferro, destinados à construção de casas próprias, de tipo popular, e as benfeitorias rurais;

k) produtos e materiais indispensáveis à produção de bens de consumo popular.

II - na fixação de preços e no contrôle do abastecimento, neste compreendidos a produção, transporte, armazenamento e comercialização;

III - na desapropriação de bens, por interesse social; ou na requisição de serviços, necessários à realização dos objetivos previstos nesta lei;

IV - na promoção de estímulos, à produção[28].

Do rol apresentado, verifica-se que a intervenção pode ocorrer por meio da compra (aquisição), armazenamento, distribuição e venda de produtos alimentícios, animais, tecidos, medicamentos, máquinas etc. É possível, ainda, que a intervenção seja materializada por meio da fixação de preços dos produtos. O dispositivo, também, preconiza que a intervenção se dará pela desapropriação por interesse social. “Nota-se, portanto, que o legislador ofereceu ao Poder Público todos os instrumentos necessários à manutenção de bens e serviços no mercado, de modo a permitir o abastecimento regular a toda a coletividade”, conforme explicita Carvalho Filho[29]. Em aditamento, Gasparini[30] vai mencionar a necessidade de uma rápida intervenção por parte do Poder Público, pois cuida considerar que se encontram escasseados no mercado. A hipótese em comento dispensa qualquer procedimento licitatório, nos termos previstos na redação do inciso VI do artigo 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993[31], que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências: “Art. 24. É dispensável a licitação: [omissis] VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento”.

5 Tabelaamento de Preços

Os preços de bens e de serviços existentes em um determinado sistema econômico retratam a expressão monetária de seus valores. A regra geral, como é sabido, consiste na atribuição de preços a tudo o que se encontra oferecido para consumo. Raros são os bens que não têm valores monetários intrínsecos. Os preços são classificados em *privados*, aqueles que se originam das condições normais do mercado, e *públicos*, aqueles estabelecidos unilateralmente pelo Poder Público para os serviços que ele ou seus delegados prestem à coletividade, cobrados através de tarifas. Gasparini^[32], ainda, apresenta os preços semiprivados, ou seja, aqueles que são fixados pela União sob a influência do mercado. Carvalho Filho^[33], em seu escólio, assinala, ainda, que a atuação interventiva do Estado ocorre em relação aos preços privados. A expressão monetária dos preços privados se origina das condições do mercado, por meio da natural lei da oferta e procura, aquela que equilibra ou desequilibra o mercado conforme a natureza dos acontecimentos do sistema econômico.

No mais, quando a oferta é maior que a procura, os preços tendem a reduzir-se; contudo, quando a procura é maior que a oferta, ocorre o reverso, ou seja, a tendência é a elevação dos valores. Assim, os preços devem, naturalmente, ser fixados pelo mercado, porém nem sempre é isso que ocorre. Em determinados momentos, a sonegação de bens e serviços para o consumo regular do mercado, levada a cabo por alguns setores empresariais, desencadeia uma alta artificial dos preços. Ocorrendo tal cenário, em que há o desequilíbrio nas condições de mercado, deve o Estado-regulador atuar de forma interventiva. Em tal situação, o mecanismo mais apropriado para a regulação do mercado é o tabelaamento de preço. Nos dizeres de Carvalho Filho, “tabelaamento de preços, portanto, é a fixação de preços privados de bens e produtos pelo Estado, quando a iniciativa privada se revela sem condições de mantê-los nas regulares condições de mercado”^[34]. Tal mecanismo também é denominado de controle de preços ou congelamento de preços, o que não deixa de ser um tabelaamento protraído no tempo. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

Ementa: Direito econômico. Intervenção do estado no domínio econômico. Tabelação. Preço único. Setor sucro-alcooleiro. Congelamento de preços. Planos econômicos. IAA - Instituto do Alcool e do Açúcar. Apuração de custo de produção pela FGV - Fundação Getúlio Vargas. indenização pleiteada por prejuízo ocasionado por política de fixação de preços em desacordo com os critérios do art. 9º da Lei n.º 4.870/65. I - O exercício da atividade estatal, na intervenção no domínio econômico, não está jungido, vinculado, ao levantamento de preços efetuado por órgão técnico de sua estrutura administrativa ou terceiro contratado para esse fim específico; isto porque há discricionariedade do Estado na adequação das necessidades públicas ao contexto econômico estatal; imprescindível a conjugação de critérios essencialmente técnicos com a valoração de outros elementos de economia pública. II - O tabelação de preços não se confunde com o congelamento, que é política de conveniência do Estado, enquanto intervém no domínio econômico como órgão normativo e regulador do mercado, não havendo quebra do princípio da proporcionalidade ao tempo em que todo o setor produtivo sofreu as consequências de uma política econômica de forma ampla e genérica. III- Apesar de inviável, em sede de recurso especial, a quantificação dos danos sofridos pelas usinas e engenhos de açúcar - com a fixação de preços únicos para o setor sucro-alcooleiro, decorrente de tabelação de preço - porque implica em reexame de prova vedado pela Súmula n.º 07/Colendo Superior Tribunal de Justiça, é possível a discussão da legalidade dos critérios exteriorizadores da defasagem do setor. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 79.937/DF/ Relatora: Ministra

Nancy Andrighi/ Julgado em 06 fev. 2001/ Publicado no DJ em 10 set. 2001, p. 366).

É importante apontar que o tabelamento de preços encontra previsão expressa no inciso II do artigo 2º da Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962^[35], retratando uma das formas de atuação interventiva do Estado no domínio econômico. Carvalho Filho^[36] vai sustentar que a competência para essa atuação é privativa da União ou de entidades a ela vinculadas, às quais foram delegadas essa atribuição. Logo, estão excluídos de tal possibilidade os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Com efeito, o tipo de intervenção estatal, contudo, não pode se afastar de sua finalidade. O escopo a que se dirige o Estado é a regularização do mercado, de modo que se afigura ilegítima a atuação estatal pela qual sejam tabelados preços privados sem observância à natural lei da oferta e da procura. As empresas também não possuem amparo constitucional para a exploração das atividades econômicas, primado da liberdade de iniciativa.

6 Microempresas e Empresas de Pequeno Porte

Além do grande empresariado, o setor econômico possui um elevado número de empresas menores que são, igualmente, responsáveis pelo desenvolvimento econômico do país. Sensível a tal realidade, a Constituição Federal, na redação do artigo 179^[37], estabeleceu, de maneira expressa, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei. Denota-se, portanto, que o escopo constitucional foi de propiciar a categoria de empresas em destaque a oportunidade de competição ou, ao menos, de desenvolvimento, diante das grandes empresas que, naturalmente, carecem de menor auxílio por deterem situação econômica mais sólidas e melhores meios para alcançarem seus fitos.

Em decorrência da reforma tributária, a Constituição, em seu artigo 146, inciso III, alínea “d”, com a Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003[38], que altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências, passou a prever que a lei complementar sobre matéria tributária, também, deve definir o tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, bem como instituir regimes especiais ou simplificados no caso de imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias (artigo 155, inciso II[39]), das contribuições para o PIS (artigo 239[40]) e das contribuições previdenciárias previstas no artigo 195, inciso I, alínea “b”, e inciso IV, do Texto Constitucional[41]. Neste sentido, a Constituição de 1988 atribuiu competência concorrente a todas as entidades federativas no que concerne a ações protetivas para as microempresas, em decorrência de diversos aspectos se encontrarem insertos em competências constitucionais diversas.

Com o escopo de regulamentar a temática em âmbito infraconstitucional, foi promulgada a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006[42], que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. O diploma legislativo foi responsável pela introdução de um sucedâneo de modificações em outros diplomas, bem como revogou legislações, com o escopo de promover a unificação da temática.

Assim, apesar de uma série de alterações trazidas pelo diploma em destaque, dois pontos merecem maior reflexão. O primeiro consiste no aspecto tributário, posto que a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006[43], embora com algumas normas diferenciadas, repetiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, nominado “Simples Nacional”, cujas disposições encontram-se espancadas do artigo 12 a 41. “A lei visou a facilitar os pequenos empresários no que diz respeito ao débito de impostos e outras

contribuições, inclusive reduzindo as exigências formais adotadas normalmente para o pagamento de despesas fiscais”[\[44\]](#).

Em relação ao segundo ponto, cuida mencionar que o acesso aos mercados pretendeu ofertar oportunidades mais robustas às microempresas e às empresas de pequeno porte por meio de preferências no setor de aquisições de bens e serviços pela Administração Pública e da diminuição de formalismos em sede de procedimentos licitatórios, conforme a redação dos artigos 42 a 49. Igualmente, foi introduzida a inovação de permitir a tais empresas a emissão de cédula de crédito microempresarial, dotada de natureza de título de crédito e regida, subsidiariamente, pela legislação norteadora de cédulas de crédito comercial.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jan. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003**. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jan. 2017.

_____. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jan. 2017.

_____. **Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962.** Dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jan. 2017.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jan. 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 11 jan. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 11 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.

NOTAS:

[1] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jan. 2017.

[2] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 836.

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

[4] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jan. 2017: “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: [omissis] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

[5] CARVALHO FILHO, 2011, p. 837.

[6] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jan. 2017.

[7] CARVALHO FILHO, 2011.

[8] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jan. 2017: “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: [omissis] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos”.

[9] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jan. 2017.

[10] CARVALHO FILHO, 2011, p. 839.

[11] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jan. 2017.

[12] *Ibid.*

[13] CARVALHO FILHO, 2011, p. 841.

[14] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jan. 2017: “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [omissis] § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados”.

[15] CARVALHO FILHO, 2011, p. 841.

[16] GASPARINI, 2012, p. 903.

[17] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jan. 2017.

[18] *Idem*. **Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003**. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jan. 2017.

[19] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jan. 2017: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [omissis] IV - livre concorrência”.

[20] CARVALHO FILHO, 2011, p. 843.

[21] GASPARINI, 2012, p. 903.

[22] CARVALHO FILHO, 2011, p. 843.

[23] GASPARINI, 2012.

[24] CARVALHO FILHO, 2011.

[25] CARVALHO FILHO, 2011.

[26] GASPARINI, 2012, p. 902.

[27] BRASIL. **Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962**. Dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jan. 2017.

[28] BRASIL. **Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962**. Dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jan. 2017.

[29] CARVALHO FILHO, 2011, p. 846.

[30] GASPARINI, 2012.

[31] 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. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jan. 2017.

[32] GASPARINI, 2012.

[33] CARVALHO FILHO, 2011.

[34] CARVALHO FILHO, 2011, p. 847.

[35] BRASIL. **Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962**. Dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jan. 2017.

[36] CARVALHO FILHO, 2011.

[37] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jan. 2017.

[38] *Idem*. **Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003**. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jan. 2017.

[39] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jan. 2017. “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [omissis] II - 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”.

[40] *Ibid*. “Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo”.

[41] *Ibid*. “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes

sobre: [omissis] b) a receita ou o faturamento; [omissis] IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar”.

[42] *Idem.* **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.** Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jan. 2017.

[43] BRASIL. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.** Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jan. 2017.

[44] CARVALHO FILHO, 2011, p. 850.

A REALIDADE BRASILEIRA SOBRE O TRÁFICO DE ÓRGÃOS.

DANIELE DA SILVA: acadêmica da Universidade Brasil.

DR. RODRIGO FRESCHI BERTOLO (orientador): graduação em Direito pelo Centro Universitário de Votuporanga (2004). Especialista em Direito Constitucional pela Unisul/IDP (2007). Especialista em Direito Processual pela Unama (2008). Especialista em Direito do Trabalho e Previdência Social pelo Centro Universitário Toledo (2012). Especialização em andamento em Direito Previdenciário (Uniderp). Doutorado em Direito Constitucional em andamento, na Universidad de Buenos Aires. Advogado no escritório de advocacia Páez & Bertolo e Professor Universitário da Universidade Brasil.

RESUMO: O presente estudo tem por finalidade mostrar a realidade brasileira a respeito da prática ilegal do comércio de órgãos, a maneira que eles ocorrem e quem são as pessoas que estão por trás dessa atrocidade. Ademais é necessário mostrar também os casos que na época por certo período de tempo repercutiram na mídia nacional, mas que infelizmente por algum motivo de interesse ainda não tiveram suas devidas condenações e que nos dias de hoje também não se ouve falar mais neles. É notório que esse crime realmente se trata de um crime oculto, mas não se trata de uma mera "lenda urbana" como diz às pessoas que estão envolvidas, pois ele realmente existe e a cada dia que passa mais uma nova vítima é feita, seja através da própria doação, ou seja, através de coação. E o que era pra ser uma bela atitude em salvar vidas acaba sendo uma oportunidade de criminosos em arrecadar dinheiros.

palavras-chave: órgãos, doação, tráfico, criminosos, Brasil

THE BRAZILIAN REALITY ON ORGAN TRAFFICKING.

ABSTRACT: The purpose of this study is to show the Brazilian reality regarding the illegal practice of the organ trade, the way they occur and who the people behind this atrocity are. In addition it is necessary to show also the cases that at the time for a certain period of time reverberated in the national media, but unfortunately for some reason of interest have not yet had their due convictions and that today we do not hear more about them. It is notorious that this crime really is a hidden crime, but it is not a mere "urban legend" as it tells the people who are involved, since it really exists and with each passing day another new victim is made, either

Through donation itself, that is, through coercion. And what was meant to be a beautiful attitude in saving lives ends up being an opportunity for criminals to raise money.

Keywords: organs, donation, trafficking, criminals, Brazil

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 1. BREVE HISTÓRIA SOBRE A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS. 3. CASOS BRASILEIROS. 4. CPI DO TRÁFICO DE ÓRGÃOS. 5. DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO BRASIL. 5.1- PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 5.2- PROTOCOLO DE PALERMO. 5.3- LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. 6. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Doar órgãos sempre foi um ato de amor e solidariedade com o próximo, visto que o doador pode ser tanto pessoas vivas ou não, e saber que infelizmente um ente querido partiu, mas que através dele foi possível salvar outras vidas, de certa forma é algo que se torna gratificante, já que a triste realidade em todos os países do mundo é que há uma grande escassez de órgãos e que há milhares de pessoas esperando receber uma doação, como esperança de vida.

Infelizmente ainda não há um consenso de como abordar essa carência e nem de como incentivar as pessoas a serem doadoras de órgãos, porém alguns países começaram a trabalhar em projetos para estimularem, principalmente as famílias, a pensarem sobre este assunto.

Entretanto em nenhum dos incentivos, eles abordam à respeito do tráfico de órgãos e esta é uma prática ilegal, que vem se fortalecendo na compra e venda de órgãos humanos, devido à falta dos mesmos e dos valores que as pessoas pagam para conseguir um transplante.

O que fica claro que o mercado negro é regado pelo abastecimento de dinheiro de quem é rico e precisa de um órgão e de quem é pobre e não encontra outra solução, se não vender “uma parte do seu corpo” como forma de garantir sua subsistência, é o que demonstrou também a reportagem “Vendem-se Órgãos” publicado pela revista Galileu, em sua edição de nº 217 do ano de 2009.

Agravando a situação, o que se torna ainda mais frustrante, é saber que as pessoas que deveriam lutar contra essa atrocidade, estão envolvidas em inúmeros casos já ocorridos. Um grande exemplo é o caso do menino “Paulinho Pavesi”, que teve sua história contada por seu próprio pai, no livro “Tráfico de órgãos no Brasil: o que a máfia não quer que você saiba”, (sem editora) e em seu blog “A verdade”, caso este que nos remete a pensar, em até que ponto pode confiar na justiça, nos hospitais, e infelizmente nas próprias doações.

1. BREVE HISTÓRIA SOBRE A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS

Em Massachusetts – Estados Unidos, no ano de 1954 o cirurgião Joseph E. Murray alcançou a façanha de realizar o primeiro transplante de rins do mundo entre gêmeos idênticos e vivos, relato esse exposto em matéria produzida por Paulo Martinelli em 17 de julho de 2013 e publicada no portal de notícias *onlinerac.com.br*.

Ainda de acordo com a matéria, “no Brasil, o primeiro transplante ocorreu no ano de 1964, na cidade do Rio de Janeiro, e no ano seguinte em São Paulo, ambos se tratavam de transplante de rim”.

Paulo também descreve outro fato de suma importância para a história do transplante de órgãos, em que, em 1967, o médico Christian Barnard, na Cidade do Cabo – África do Sul realizou o primeiro transplante de órgãos vitais com o uso de doadores vivos tratados como mortos, tendo por conhecimento a época à chamada “morte cerebral”, entre uma jovem doadora que havia sofrido acidente automobilístico e o seu paciente que sofria por diabetes e uma doença cardíaca incurável. O transplante foi realizado, e enquanto a vida da doadora cessou com o início dele, a vida do paciente com o novo coração durou apenas 18 dias.

Hoje em dia, e de acordo com o Ministério da Saúde, em um informativo disponibilizado por este em seu portal (portalsaude.saude.gov.br), é possível realizar transplante com órgãos de doadores mortos, que tiveram suas mortes constatadas como “morte encefálica” e doadores vivos, em ambos os casos os órgãos que poderão ser doados são: rim, fígado, pulmão, coração e pâncreas, além dos tecidos e células que também pode ser doados como: córneas, válvulas do coração, ossos, pele, sangue, cartilagem e medula óssea.

Entretanto o que era pra continuar sendo uma boa prática, como a do início de 1954, salvando vidas, tornou-se algo assustador, isso porque por trás dela existem pessoas que aproveitam deste procedimento utilizando-se de pessoas doadoras abreviando sua morte ou até mesmo de pessoas que foram coagidas a doar, vender ou até mesmo mortas para terem seus órgãos arrancados e a partir deles arrecadarem fortunas de dinheiro vendendo os mesmo para quem procura, garantindo uma fonte de renda.

2. O TRÁFICO DE ÓRGÃOS NO BRASIL E NO MUNDO

De acordo com a Declaração de Istambul sobre tráfico de órgãos e turismo de transplante, realizada entre 30 de abril a 02 de maio de 2008, definiu o tráfico de órgãos como:

O tráfico de órgãos consiste no recrutamento, transporte, transferência, refúgio ou recepção de pessoas vivas ou mortas ou dos respectivos órgãos por intermédio de ameaça ou utilização da força ou outra forma de coação, rapto, fraude, engano, abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade, ou da oferta ou recepção por terceiros de pagamentos ou benefícios no sentido de conseguir a transferência de controle sobre o potencial doador, para fins de exploração através da remoção de órgãos para transplante.

Conhecido também como “mercado negro”, o tráfico de órgãos é uma triste realidade que está ocorrendo em todos os países do mundo, inclusive no Brasil e o principal problema é que este é um crime oculto, e na maioria das vezes é cometido por pessoas que deveriam prezar pela vida do outro indivíduo de maneira ética, moral e legal.

Esta prática vem ocorrendo devido aos inúmeros casos de pessoas que precisam de um órgão para sobreviver, das enormes filas que devem enfrentar para conseguir um transplante e da grande escassez de órgãos e doadores que todo o mundo enfrenta.

E foi através dessa insuficiência de órgãos, que criminosos começaram a atuar em busca de dinheiro fácil, pois viram uma oportunidade na necessidade de quem realmente quer viver e faria de tudo para que isso ocorresse inclusive pagar por um órgão, que na maioria das vezes não se sabe de onde veio.

Em matéria do jornal Folha de São Paulo, publicada no portal UOL, em 29/11/2014, o tráfico de órgãos movimentava entre R\$ 1,6 bilhões a R\$ 3,2 bilhões por ano no mundo, dados esses, obtidos de acordo com a Global FinanceIntegrity, uma organização não governamental especializada no rastreamento de fluxos financeiros ilegais.

E muitos são os casos em que as pessoas que são submetidas a isso, estão em extremo estado de necessidade, e precisam passar por esse método para garantir a sua sobrevivência, ou até mesmo os casos de seqüestros, ameaças e mortes de pessoas de que não tiveram se quer a chance de escolher entre ser um doador ou não.

No Brasil essa é uma atrocidade que cada vez mais vem ganhando força, isso porque ocorre de forma silenciosa e conseqüentemente reinando a impunidade de quem os pratica, sendo eles: médicos, hospitais, políticos, policiais e a própria população.

Vale lembrar que tanto a imprensa como as autoridades e até mesmo os próprios criminosos, tratam esse crime como uma mera “lenda urbana”, porém todo o conteúdo exposto no texto é embasado em fatos verídicos, depoimentos reais e histórias verdadeiras, para demonstrar que esse crime realmente existe, mas ninguém toma uma atitude.

Para que ocorra o tráfico é necessário que existam “doadores”, tanto vivos como mortos.

Na maioria das vezes as pessoas vivas, são pobres, miseráveis e com péssima qualidade de vida, em que se dispõe em vender “parte de seu corpo” em troca de recebimento em dinheiro ou até mesmo recusando tal proposta, correndo o risco de sofrer um seqüestro e conseqüentemente a própria morte. Já os doadores mortos, podem ser aqueles que previamente declararam ainda em vida serem doadores ou após o “óbito” sua família autorizou esse processo, porém os órgãos não tomam o destino que legalmente deveriam-se ter, sendo então contrabandeados, indo ao encontro dos receptores que pagaram alta quantia em dinheiro pelos mesmos.

Isso porque os valores pelo quais são vendidos chamam a atenção dos criminosos. De acordo com o portal R7, em uma matéria divulgada em 13 de abril de 2015, na coluna “Segredos do mundo”, mostram os 15 órgãos humanos mais vendidos, com base em uma pesquisa feita pela Medical Transcription, uma empresa que trata a respeito de transplante, tendo eles os seguintes valores:

- Par de olhos – R\$ 2.877,00
- Escalpo (cabeleira destacada do crânio com a pele) – R\$ 1.145,00
- Fígado – R\$ 296.277,00
- Rim – R\$ 494.341,60
- Artéria coronária – R\$ 2.877,37
- Pele (pologada) – R\$ 18,86
- Mão e antebraço – R\$ 726,41
- Coração – R\$ 224.529,20
- Litro de sangue – R\$ 635,85
- Vesícula biliar – R\$ 2.300,00
- Caveira com dentes – R\$ 2.264,16
- Intestino delgado – R\$ 4.752,84
- Baço – R\$ 958,49

- Ombros – R\$ 943,40
- Estômago – R\$ 958,49

Desse modo, as pessoas que tem condições pagam e conseqüentemente acabam passando na frente das pessoas que esperam anos na fila de transplante do Sistema Único de Saúde. A evidência disso é a estatística publicada pela primeira vez no site da Associação Brasileira de Transplante de Órgãos, referente à quantidade de pessoas que ingressaram e morreram na fila do Sistema Único de Saúde a espera de um transplante em todo o país no ano de 2015, pessoas essas que não tiveram se quer a chance de evolução na fila de espera, porque evidentemente sua vez foi “passada” para quem tinha condições de pagar pelo o órgão.

A seguir, expõe-se a tabela da referente estatística.

LISTA DE ESPERA

Número de pacientes que ingressaram na lista de espera e mortalidade durante o ano de 2015, por estado

	RIM		FÍGADO		CORAÇÃO		PULMÃO		PÂNCREAS		PÂNCREAS/ RIM		CÓRNEA		TOTAL		
	Total	Pediátrico	Total	Pediátrico	Total	Pediátrico	Total	Pediátrico	Total	Pediátrico	Total	Pediátrico	Total	Pediátrico	Total	Pediátrico	
Total - Brasil	Ingresso	9.342	396	2.634	245	435	74	123	13	22	0	215	0	16.170	924	28.941	1.652
	Mortalidade	1.215	11	835	31	145	20	54	2	2	0	36	0	46	0	2.333	64

Fonte: <<http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2015/anual-n-associado.pdf>>

Ainda não foram divulgados os números totais do ano de 2016, mas apenas em um ano, como demonstrado na tabela acima foram mais de 2 mil mortes constatadas oficialmente por falta de órgãos necessários, e infelizmente a tendência é que os mesmos números aumentem isso porque com a máfia agindo por trás dessa atrocidade, não teria outro resultado diferente.

Uma das formas desses criminosos agirem é através das listas de transplante, visto que além da lista do Sistema Único de Saúde, existe uma lista de espera para pessoas privilegiadas, ou seja, quem paga pelo órgão a ser transplantado têm preferência sob qualquer outra lista. É o que também expõe Paulo Airton Pavesi, vítima desse crime, em uma entrevista ao site R7, publicada em 19 de setembro de 2015, no qual diz:

— Do lado legal funciona desta maneira: a pessoa é constatada morta, os dados são levados para a fila e vão comparar para ver quem é o próximo que pode receber o órgão. O que a máfia faz? Ela tem uma lista paralela, ela pega esses dados e compara com a lista dela, que tem pessoas inscritas em consultórios particulares aguardando

por um rim. A máfia tem poder financeiro e político. No Brasil, com poder e dinheiro, você faz o que quiser e a máfia é regida por isso.

Segundo Pavesi, no esquema da máfia, uma lista privada tem privilégios sobre a do Sistema Nacional de Transplantes.

— O procedimento é o mesmo, só se muda a lista, o que era da lista pública vai para a lista privada. E se na lista privada a pessoa oferece muito dinheiro e está muito necessitada, surge à necessidade de apressar a morte do paciente para resolver logo o problema. É o que eles (da máfia) estão fazendo.

Assim, fica demonstrado que em alguns estados, como no citado depoimento acima ocorreu no estado de Minas Gerais, a máfia que nesse caso seriam os médicos responsáveis pelo transplante, tratam alguns pacientes como prioritários na fila que eles (médicos) próprios criaram, pois sabem que receberão valores consideráveis o quanto antes fizerem os transplantes e que não terão gastos, visto que quem paga por tudo isso é o Sistema Único de Saúde.

Ainda, em uma entrevista concedida à revista *Época*, publicada em 08/12/2003 e disponível no site revistaepoca.globo.com, à antropóloga Nancy Scheper-Hughes, que trabalhou na investigação sobre o tráfico internacional de órgão no Brasil por mais de 10 anos, descreveu a maneira como funciona o tráfico no decorrer dos tempos, sendo:

ÉPOCA - Há quanto tempo existe tráfico de órgãos no Brasil?
Nancy - Pelas indicações que temos, o comércio para transplantes vem do final dos anos 70. De acordo com os cirurgiões que entrevistei, no final da ditadura militar era flagrante o tráfico velado de cadáveres, órgãos e tecidos retirados de pessoas das classes sociais e políticas mais desprezadas, com o apoio do regime militar. Um médico veterano, agregado a um grande hospital acadêmico de São Paulo, revelou que cirurgiões como ele próprio recebiam ordens para produzir cotas de órgãos de qualidade. Às vezes, eles aplicavam injeções de barbitúricos fortes e em seguida chamavam dois outros médicos acima de qualquer suspeita para testemunhar que os critérios de morte cerebral haviam sido preenchidos e que os órgãos podiam ser retirados.

ÉPOCA - E depois do período militar?

Nancy - Existe o tráfico aberto e semiclandestino de tecidos e órgãos envolvendo a corrupção de encarregados de institutos médico-legais, necrotérios, etc. Também tenho casos bem documentados no Brasil de roubo de órgãos de pacientes. Um comportamento criminoso por parte de alguns médicos, que tiram vantagem de pessoas submetidas a pequenas cirurgias para remover ao mesmo tempo uma mercadoria preciosa. Um exemplo é o caso de Laudicéia Cristina da Silva, uma jovem recepcionista de São Paulo. Em junho de 1997, um de seus rins foi retirado sem seu conhecimento

durante pequena cirurgia para remoção de um cisto ovariano. O cirurgião do hospital explicou que o enorme cisto havia envolvido o rim, coisa altamente improvável. O hospital recusou-se a apresentar seus registros médicos. Laudicéia, porém, deu seguimento ao processo legal. Em julho de 2001, o Conselho de Medicina revelou para mim que o caso estava próximo de ser resolvido por acordo. Como muitos casos que investiguei, esse tipo de acordo inclui uma cláusula de sigilo. Assim, a verdadeira história nunca vem a público.

Desta forma, mais uma vez ficou comprovado e demonstrado que o tráfico de órgãos existiu e existe até os dias de hoje, não se tratando apenas de uma teoria da conspiração ou como na maioria das vezes é chamada, uma simples lenda urbana.

3. CASOS BRASILEIROS

Paulo Veronese Pavesi era uma criança de 10 anos na época em que teve sua vida ceifada, sendo vítima do crime de homicídio, cometido pela equipe médica do hospital de Poços de Caldas-MG, para a retirada de seus órgãos, antes mesmo de ser constatada a sua morte, no qual estava internado, após um trágico acidente doméstico.

Seu pai, Paulo Airton Pavesi, no blog “A verdade” e no livro “Tráfico de órgãos – o que a máfia não quer que você saiba”, de sua própria autoria que por censura não foi publicado, mas que se encontra disponível em seu blog, relata a sua triste e dura realidade após a morte de seu filho, o qual incansavelmente foi em busca de justiça e está até os dias de hoje, visto que a criança foi vítima do maior esquema de tráfico de órgãos do sul de Minas Gerais, como ele mesmo relata.

Paulinho, ainda tinha sinais vitais quando teve seus órgãos retirados pela equipe médica de transplante de Poços de Caldas, fato esse que ficou comprovado por uma auditoria feita pelo Ministério da Saúde, que demonstrou uma série de irregularidades no procedimento de transplante, do qual o pai desconfiou quando viu que deveriam ser pagos um total de R\$ 11.668,62 ao primeiro hospital do qual o filho ficou internado.

Na investigação ficaram comprovadas fraudes nos documentos, faltas de exames realizados e datas alteradas além da suspeita de alta dosagem de medicamento, e um total de sete médicos envolvidos, incluindo um deputado estadual.

Segundo um documento do Ministério Público, toda a equipe médica sabia que a criança ainda estava viva no momento em que teve seus órgãos retirados; e após os fatos serem comprovados, por um longo período os promotores e a própria justiça concordaram com a tese de Paulo Pavesi, de que seu filho havia sido morto.

Tanto que na época, o crime teve repercussão à âmbito nacional, fazendo com que todo o país soubesse do drama que estava vivendo aquele pai.

Entretanto de forma bem estranha e suspeita, todos se calaram, incluindo justiça e mídia e já não mais se ouvia falar no “caso do menino Pavesi”. O que acarretou na injustiça e a não punibilidade dos responsáveis, bem como o pai passou a receber ameaças e teve que pedir asilo na Itália onde mora até hoje em um país europeu.

Após esse caso, vários outros foram se revelando, envolvendo hospitais, médicos, políticos, militares e demais autoridades e pessoas influentes no Brasil, como por exemplo, no caso: “Operação Bisturi” que foi uma investigação feita para enquadrar os criminosos que estavam atraindo moradores da periferia de Recife-PB para a retirada de seus órgãos na África do Sul, a troca de dinheiro, operação esta, comandada por um ex-major do Exército israelense, envolvendo médicos e enfermeiras de todo o mundo.

De acordo com um esclarecimento no site da Polícia Federal, publicado no dia 30/07/2014 a respeito dessa operação, os mesmos disseram:

No período de 2002 a 2003, o israelense, associado a cidadãos brasileiros, negociou a compra de rins de 19 cidadãos brasileiros, no estado de Pernambuco. Esses cidadãos, após exames médicos realizados no Brasil, eram levados à África do Sul, para a realização dos transplantes encomendados por cidadãos israelenses, os quais eram impedidos, por motivos religiosos, de se submeterem às cirurgias em seu país de origem.

Outro caso que também foi investigado à respeito de tráfico de órgãos, foi ocorrido na cidade de Taubaté/SP, do qual investigou cinco médicos que participaram de quatro homicídios de pacientes que tiveram sua morte antecipada, visto que eles comunicaram as famílias que os mesmos estariam com “morte encefálica” ou “coma irreversível”, ocorre em que nos exames em que foram submetidos esses pacientes ficou comprovados que todos ainda não estava em estado de morte encefálica e que tiveram suas vidas interrompidas devido ao procedimento cirúrgico em que passaram para a retirada dos órgãos.

O caso ocorreu em 1987, mas somente 25 anos depois é que houve julgamento e foram condenados a 17 anos e seis meses de prisão, entretanto em uma reportagem publicada no site globo.com em 20/10/12, nota-se que de nada adiantou o júri:

[...] A liberdade dos médicos foi autorizada pelo juiz Marco Montemor que durante a condenação, anunciada após júri popular em 20 outubro de 2011, permitiu que os réus pudessem recorrer da decisão em liberdade por não apresentarem antecedentes criminais. No mesmo ano, os três réus entraram com um recurso pedindo a anulação do júri popular. O recurso não foi julgado pelo Tribunal de Justiça, que não informou um prazo para o andamento do processo. [...]

Todos os casos citados acima também estão presentes na Comissão Parlamentar de Inquérito do Tráfico de Órgãos, disponível no site da Câmara dos Deputados.

4. CPI DO TRÁFICO DE ÓRGÃOS

Devido às inúmeras denúncias que foram surgindo a respeito dessa prática, houve a necessidade de se investigar mais a fundo o que de fato acontece e aconteceu com os casos supramencionados.

Assim no ano de 2003, por ato de requerimento nº 22/2003 do Deputado Neucimar Fraga, solicitou-se a criação de COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO (CPI) com o fim de averiguar a ação de organizações criminosas atuantes no tráfico de órgãos humanos. Assim discorre o requerimento:

REQUERIMENTO Nº 22/2003 (Do Sr. NEUCIMAR FRAGA)
Requer a criação de Comissão Parlamentar de Inquérito, com a finalidade de investigar a atuação de organizações criminosas atuantes no tráfico de órgãos humanos (documentos em anexo). No Brasil, em diversas regiões, encontramos fatos comprovados do tráfico ilegal de órgão, como por exemplo, na cidade de Poços de Caldas/MG, ocorrido em Abril de 2000, que resultou na morte de uma criança chamada Paulo Veronese Pavesi. Na cidade de Taubaté/SP, encontramos denúncias efetivadas por um médico, o Sr. Roosevelt Kalume, denunciando o tráfico realizado por seus colegas de profissão no Hospital Universitário, em Franco da Rocha/SP vários corpos foram exumados por ordem do Delegado Marco Antonio Dano, que constatou a retirada ilegal dos órgãos. São dezenas de denúncias, com envolvimento de políticos, de médicos e de instituições.

Foram destaques nessa Comissão, o caso do menino Paulinho Pavesi, os médicos de Taubaté e a “Operação Bisturi” do ex-Major israelense, todos citados no tópico anterior, bem como também os casos: do menino Marcos, de Brasília, que tinha 9 anos na época de sua morte devido um acidente que sofrerá. Após sua mãe, concordar com a doação de seus órgãos, a mesma percebeu ainda no funeral da criança que havia

irregularidades que os médicos não cumpriram a respeito da retirada dos órgãos, como a percepção da ausência dos glóbulos oculares, dos quais o local deveria estar preenchido para que ninguém percebesse a sua falta, bem como a ausência do fígado no corpo da criança, constatada no laudo da necropsia, após o mesmo ter sido transplantado.

A mãe da criança foi ouvida na Comissão, e tiveram como conclusão do caso as seguintes irregularidades confirmadas: constatação da morte encefálica antes mesmo que ela ocorresse, falta de documentos com informações dos médicos cirurgiões, transplante do fígado realizado por equipe médica diversa da credenciada, entre outras irregularidades.

O caso AthaidePatreze, radialista, que em uma entrevista para uma rede de televisão em 2004, contou como foi realizada a proposta por um médico de um renomado hospital de São Paulo, capital, para a compra de um rim para o seu transplante por 100 mil dólares. Entretanto ao ir ao ar a entrevista, uma senhora, mãe de um paciente que esperava pelo transplante na fila do SUS, denunciou o caso ao Ministério Público. Segundo o próprio radialista, na página 166 da Comissão Parlamentar de Inquérito, o médico em suas palavras disse: *“Não seja bobo, no Brasil só pobre fica na fila, ricos não.”*

Da Comissão o caso foi encaminhado para a Polícia Federal para que eles pudessem se aprofundar nas investigações, visto que havia mais coisas a ser investigadas.

O caso de Franco da Rocha, sobre vendas ilegais de cadáveres e parte de seus corpos no ano de 2000, dos quais médicos foram denunciados, pois estariam vendendo os mesmo para universidades sem a devida autorização legal. O que chamou mais atenção foi o fato de um dos médicos deste caso, ser um dos envolvidos no caso de Taubaté-SP.

Segue um trecho da Comissão Parlamentar de Inquérito, na página 165, ao que se refere ao caso acima:

Ouvido pela CPI, o acusado limitou-se a dizer que realmente encaminhava cadáveres para faculdades, legalmente, e com auxílio de um assessor jurídico, ao qual tentou atribuir a ocorrência de irregularidades. Não conseguiu confrontar as provas dos autos, limitando-se a negar genericamente as acusações.

Entretanto o caso passou a ser de competência do Poder Judiciário, fazendo com está Comissão de nada pudesse recomendar.

Após seis meses de investigação, foi possível confirmar o que de fato acontece por trás da maioria dos transplantes realizados no Brasil e como é a atuação dessas organizações criminosas, isso porque foram

ouvidas tanto as pessoas que estavam sendo acusadas como as pessoas que foram vítimas desse crime, pessoas essas que demonstraram através de provas a maneira como eles ocorriam e que de fato ocorriam.

Assim, ao findar essa investigação, teve como uma das conclusões, destacada na página 171/172 do relatório final da Comissão:

[...] Listamos uma série de problemas na área detectados pela Organização Mundial de Saúde na área dos transplantes, dentre os quais se destacam a falta de informações confiáveis no nível internacional, a constatação da existência de comercialização de órgãos, exemplificada pelo “turismo para transplante”, e a necessidade de revisão dos princípios internacionais para que sejam mantidas as restrições ao comércio de órgãos [...]

Relata ainda na página 173 [11]:

[...] Dentre os problemas que são objetos de medidas que propomos para aperfeiçoar a legislação estão os relacionados aos direitos dos potenciais doadores e seus familiares, pois é preciso garantir maior transparência nos procedimentos relacionados com decisões de elevada responsabilidade, como é a indicação da morte encefálica de um indivíduo, a fim de que esses procedimentos sejam realizados com eficiência e segurança cadavez maior [...]

Dentre essas sugestões destacadas, o relatório fez menção a 17 alterações nos artigos da Lei dos transplantes, lei 9434/97. Além de fazer recomendações ao Poder Executivo, ao Ministério da Saúde, solicitou também ao Ministério Público o indiciamento de oito médicos por negligência, captação e transplante ilegais de órgãos, apoiando três projetos de lei sobre o assunto que tramitaram na Câmara dos Deputados, sendo eles:- Projeto de lei para alteração da lei de transplantes, Lei nº 9434/97,- Projeto de lei sobre o prontuário médico e a criação de comissões de revisão de prontuários,- Projeto de lei que torna hediondo os crimes lei de transplantes, Lei nº 9434/97.

Bem como pediu a Polícia Federal o aprofundamento das investigações sobre os casos apurados.

Contudo, nos dias de hoje ainda não houve nenhuma modificação nos artigos proposto por essa Comissão Parlamentar de Inquérito na lei de transplante, bem como nenhuma mudança para que se tornasse esse crime hediondo.

5. DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO BRASIL

5.1- PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS

Destaca-se a alguns princípios que buscam nortear e regulamentar a doação de órgãos, sendo eles:

- PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é o primeiro fundamento do nosso sistema constitucional, considerado ser o maior princípio para a interpretação e criação de outros princípios. Trata-se do ser humano se tornar merecedor do respeito e consideração pelas outras pessoas, não podendo assim, ser tratado como simples objeto, devendo sempre prevalecer o respeito sob as demais coisas.

- PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE HUMANA

É o ato que demonstra símbolo de amor e de esperança, pois vem contribuir para que outras pessoas possam muitas das vezes permanecer vivo, com um simples gesto voluntário. Além do amor fraterno, não há mais tamanha nobreza quanto a este gesto, quando se faz uma doação de órgãos, respeitando todas as formalidades legais, sem pensar em lucro. Isso sim é ter uma atitude de amor pelo próximo sem nada pedir em troca, apenas salvando uma vida entre milhares que esperam por um ato solidário.

- PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO CORPO HUMANO

Para se falar do princípio da indisponibilidade do corpo humano primeiro tem que se falar sobre a integridade física na visão jurídica. Para esta, a integridade física abrange o direito ao corpo, incluindo todas as suas partes, órgãos e tecidos; bem como o direito ao cadáver, tornando-se assim o corpo humano, indisponível, irrenunciável e impenhorável.

Deste modo é possível compreender que a doação de órgãos fere diretamente o princípio da indisponibilidade, mas em sua exceção, torna-se um meio necessário e legal, pois permite a disposição do corpo, desde que não cause nenhum prejuízo ao titular e esteja visando o fim terapêutico e solidário. Entretanto essa disposição do corpo profere que o órgão ou tecido apenas poderá ser doado e nunca vendido, vez que não são objetos manipuláveis, e sim dotados de individualidade própria.

Assim é notório observar, que embora se tenha princípios norteados como deveriam ser praticadas as doações, fora dos olhos da legalidade não é isso que ocorre.

Seria incrivelmente maravilhoso saber que a real intenção do transplante de órgãos no geral, é feito de maneira correta e digna com as pessoas que há tanto tempo esperam por uma chance de vida, mas infelizmente a dura realidade é que as pessoas se submetem a tal ponto de praticar esse crime tão cruel, que o único benefício que visam é o lucro para si mesmo, como se esses princípios nunca existissem e não fosse suficiente o amor ao próximo e até mesmo a vida, para ceifar tal ilegalidade.

5.2- PROTOCOLO DE PALERMO

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecido como Convenção de Palermo, é a principal ferramenta global de combate ao crime. Foi aprovada em Assembléia Geral da ONU, em 15 de novembro de 2000, onde foi colocada à disposição dos Estados-Membros para assinatura, e passou a vigorar em 29 de setembro de 2003, conforme o site do UNODC, que significa Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crimes.

Essa convenção é composta por três protocolos, cada relacionado a uma específica área do crime organizado, entretanto, destaca-se o Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, ainda como objetivo adicional, proteger e dar assistência as vítimas de tráfico de pessoas, enfatizando o pleno respeito aos direitos humanos.

“Artigo 3º:

Para efeitos do presente Protocolo:

a) Por “tráfico de pessoas” entende-se o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração. A exploração deverá incluir, pelo menos, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a extração de órgãos; [...].”

Merece grande destaque a parte final da última frase da alínea “a” do artigo citado anteriormente, em que faz referência ao tráfico de pessoas com a finalidade de remoção de órgãos, que posteriormente serão ilegalmente vendidos por altos preços no “Mercado Negro”.

O combate ao tráfico de pessoas, conseqüentemente estará coibindo o tráfico de órgãos, porém, conforme o próprio UNODC (Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crimes), não existem muitas denúncias específicas ao tráfico de pessoas para o comércio de órgãos, reunindo-as normalmente com outras formas de tráfico.

No que se refere ao tráfico de órgãos, a investigação é mais complexa e em decorrência da ausência de denúncias e indícios dessa prática, a dificuldade de encontrar os responsáveis por esses crimes e puni-los é ainda maior, isso porque há um jogo de interesses por trás de dessa atrocidade, onde quem deveria estar procurando ou então evitando tal conduta, são na maioria das vezes os verdadeiros culpados.

5.3- LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Com a Lei nº 13.344 sancionada em 7 de outubro de 2016, que teve origem nos resultados obtidos na Comissão Parlamentar de Inquérito do Tráfico Nacional e Internacional de Pessoas, que tramitou perante o Senado Federal no ano de 2003. Esse novo dispositivo acrescenta ao Código Penal o artigo 149-A, que dispõe sobre o crime de Tráfico de Pessoas em várias modalidades, destacando-se o inciso primeiro que visa coibir o tráfico de órgãos. Assim aduz:

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

- I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;
- II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;
- III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;
- IV - adoção ilegal; ou
- V - exploração sexual.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se:

- I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;
- II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;
- III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou
- IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

§ 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.

Essa inovação demonstra um grande avanço para o ordenamento jurídico penal brasileiro, que anteriormente não previa nenhum tipo de dispositivo que coibisse e muito menos punisse a prática de tráfico de órgãos.

Anteriormente a referida matéria era disciplinada apenas pela Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, em vigor, intitulada como Lei do Transplante de Órgãos, em seus artigos 14, 15 e 17 no qual se aplica uma pena ao transgressor. Assim aduz os referidos artigos:

Artigo 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa.

§ 1.º Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 100 a 150 dias-multa (...).

Artigo 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.

Artigo 17. Recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos 18 desta Lei: Pena - reclusão, de seis meses a dois anos, e multa, de 100 a 250 dias-multa

Porém, o anormal é a demora enfadonha para que o poder público se preocupasse com esse tema tão polêmico e gravíssimo que assombra a sociedade brasileira, tendo em vista que o Protocolo de Palermo foi ratificado e incluído no ordenamento jurídico brasileiro em meados de 2003, mesmo ano em que a CPI do tráfico do tráfico foi realizada. Lá se vão 14 anos de espera para que algo fosse feito nesse sentido, e em todo esse espaço de tempo os crimes cometidos nesse período passaram impunes e continuaram sendo.

O que explica isso é o que ficou comprovado em todo o decorrer do texto, a máfia age por trás, fazendo com que pessoas deixam de cumprir seu dever legal em troca de remuneração. Agora se espera que com o adendo dessa nova lei, a impunidade deixe de existir, ou pelo menos diminua, e que os responsáveis sejam punidos.

6. CONCLUSÃO

Enfim, fica demonstrado que o assunto tratado à qual teve início antes do período militar no Brasil se perpetua até os dias de hoje, sendo mais abrangente do que se espera e prejudicando milhões de pessoas todos os anos.

Isso porque o que deveria ser uma atitude de salvar vidas, devido à ganância por dinheiro acaba sendo um crime, do qual uma pessoa inocente na maioria das vezes morre ou tem sua morte antecipada, para poder amparar alguém que também precisava, mas que por ter pagado altos valores teve suas chances de vida aumentada, passando na frente de quem espera há anos por um avanço na fila do Sistema Único de Saúde.

Ou seja, a máfia tem controle médico, político e jurídico, por isso nunca se viu ou ouviu falar em uma pessoa de alto poder aquisitivo morrer aguardando um transplante e muito menos os casos ocorridos serem repercutidos na mídia nacional, como acontecia nos anos passados.

O principal problema é que com esses criminosos agindo de maneira oculta, torna-se cada vez mais difícil fazer com que essa prática tenha um fim ou tenha suas ocorrências diminuídas, mas infelizmente apenas aumento nos casos ocorridos.

E o que era pra ser uma atitude de amor ao próximo em salvar vidas doando de maneira legal e seguindo os procedimentos corretos, sem obter lucro ou vantagens com os órgãos, acaba afastando cada vez mais os doadores voluntários por não saber o que irá acontecer com eles quando chegarem a um hospital com problemas graves, ou até mesmo quando forem doar em vidas.

Dessa forma, o que poderia ajudar o próximo torna-se apenas uma mera expectativa para daqui alguns anos, quando de fato começarem a serem punidos das maneiras que deveriam os que praticam tal atrocidade, se é que será um dia punido.

REFERÊNCIAS

Declaração de Istanbul. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/download/declaracaodeistanbul.pdf>. Acesso em: 20 de outubro de 2016, às 13h06min.

MEDEIROS, Renata. Preços de 15 órgãos humanos no mercado negro. Segredos do Mundo, 13 de abril de 2015. Disponível em:

<<http://segredosdomundo.r7.com/precos-de-15-orgaos-humanos-no-mercado-negro/>>. Acesso em: 21 de outubro de 2016, às 15h35min.

Dimensionamento dos Transplantes no Brasil e em cada estado. Associação Brasileira de Transplante de Órgãos. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2015/anual-n-associado.pdf>>. Acesso em 21 de outubro de 2016.

GOUSSINSKY, Eugenio. “Poder e dinheiro regem máfia de tráfico de órgãos no Brasil”. R7|SAÚDE, 19 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/saude/poder-e-dinheiro-regem-mafia-de-trafico-de-orgaos-no-brasil-diz-vitima-ameacada-de-morte-19092015>>. Acesso em: 21 de outubro de 2016.

BURCKHARDT, Eduardo. O esquema de Israel. *ÉPOCA exclusivo online*. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Epoca/0,6993,EPT642472-1655,00.html>>. Acesso em: 24 de outubro de 2016.

Ex-oficial condenado na Operação Bisturi é preso na Itália. Agência de Notícias, Polícia Federal, 30 de julho de 2014. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2014/07/ex-oficial-condenado-na-operacao-bisturi-e-preso-na-italia>>. Acesso em 24 de outubro de 2016.

SANTOS, Carlos. Um ano após condenação, médicos do caso Kalume estão em liberdade. G1, 20 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2012/10/um-ano-apos-condenacao-medicos-do-caso-kalume-estao-em-liberdade.html>>. Acesso em: 25 de outubro de 2016.

Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o Tráfico de Órgãos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/52legislatura/cpiorgao/relatoriofinal.pdf>>. Acesso em: 30 de outubro de 2016.

Legislação brasileira sobre Transplante de Órgãos e Tecidos – LEI nº 9434/97. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 04 de novembro de 2016.

SALVADORI, Fausto. Vende-se Órgãos. Revista Galileu, Ed. 217, agosto de 2009. Disponível em: <<http://revistagalileu.globo.com/Revista/Galileu/0,,EDG87015-7943-217-1,00-VENDEMSE+ORGAOS.html>>. Acesso em: 04 de novembro de 2016.

PESSOA, Luisa. Para especialista, tráfico de pessoas para obter órgãos é crime protegido. Folha de São Paulo *online*, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/09/1509539->

[para-especialista-trafico-de-pessoas-para-obter-orgaos-e-crime-
protegido.shtml](#)>. Acesso em: 09 de novembro de 2016.

BURGOS, Pedro. E se a venda de órgãos fosse legalizada? SUPER Interessante, 31 de outubro de 2016. Disponível em: <http://super.abril.com.br/ciencia/e-se-venda-de-orgaos-fosse-legalizada>>. Acesso em: 10 de novembro de 2016.

PAVESI, Paulo. Tráfico de Órgãos, o que a máfia não quer que você saiba. Disponível em: <http://ppavesi.blogspot.com.br/>>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

MARTINELLI, Paulo. Há 50 anos, o primeiro transplante. Correio Popular – Cenário XXI. 17 de julho 2013. Disponível em: http://correio.rac.com.br/conteudo/2013/10/capa/projetos_correio/cenario_xxi/108722-ha-50-anos-o-primeiro-transplante.html>. Acesso em 19 de setembro de 2016.

Protocolo de Palermo. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/marco-legal.html>>. Acesso em 22 de maio de 2017

Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado. Disponível em: <http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/OIT-Protocolo-de-Palermo.pdf>> Acesso em 22 de maio de 2017.

Vade Mecum: *Método Penal*. 5ª ed. São Paulo: Editora Método, 2017.

A GREVE NO DIREITO BRASILEIRO

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

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade abordar sobre a greve no direito, no qual será abordado acerca de grandes assuntos de suma importância tais como: o direito de greve, ações judiciais sobre o direito de greve, atuação do ministério público do trabalho nas greves.

PALAVRAS-CHAVE: Greve, Ações Judiciais, Dissídio coletivo, Ministério Público.

1. INTRODUÇÃO

Nesta introdução o autor vem mostrar sobre a proposta do presente trabalho, trazendo a questão da greve, citando o código penal de 1890 até a constituição de 1988.

Sendo demonstrado a dificuldade de exercer o direito de greve, logo após, o autor explica os temas que serão abordados nos demais capítulos, como o direito de greve, ações judiciais sobre o direito de greve, e a atuação do Ministério Público do trabalho nas greves, enfim o autor faz um pequeno resumo de cada capítulo que serão estudados a seguir.

2. O DIREITO DE GREVE

Neste capítulo é abordado sobre o histórico dos trabalhadores para com o direito de greve, citando a revolução francesa de 1789, na qual, teve alguns movimentos com paralisação dos trabalhadores, em 1825 na Inglaterra e 1864 na França, tendo o marco porque foi desaparecendo a figura de crime nas coalizões de trabalhadores por melhores condições.

Com a revolução industrial, a greve passa a ser conceituado de acordo com o regime jurídico de cada país, como delito, liberdade, fato social e direito, nos dias atuais a greve é vista como natureza jurídica de um direito como reconhece a organização internacional do trabalho (OIT). No entanto a primeira lei no Brasil que versava sobre a greve foi o código penal de 1890, que considerava crime o seu exercício, logo após temos a constituição de 1937 na qual, dispõe no art.139, que a greve são declarados recursos anti-sociais, depois a constituição de 1946 art. 158, na qual era reconhecida o direito de greve, foram varias leis ate os dias de hoje sobre o direito de greve, a constituição de 1988, vem regulamentar no seu art. 9º, 37 e 142 sobre o direito a greve. O autor cita sobre a questão da greve em São Paulo, tendo como característica o golpe militar de 1964, a mais repressão politica que a classe trabalhadora enfrentou, depois

foram varias mobilização como o ano de 1968, na qual intensificaram os protestos contra a ditadura militar.

É perceptível a historia da greve, que tem um marco importante para os dias atuais, pois representa a luta das classes dos trabalhadores pelos seus direitos, o conceito de greve é abrangente assim o autor preocupou-se em trazer vários pensamentos de diversos doutrinadores, Segundo Mello “A greve um fato social, uma liberdade pública consistente na suspensão do trabalho, quer subordinado ou não, com fim de se obter algum beneficio de ordem econômica, social ou humana”. (pag.39). Desta forma é o direito de não trabalhar, o autor afirma que a varias formas de ações coletivas, a greve de zelo, a greve de braços cruzados, a greve ativa, entre outros. A greve no serviço público, na qual antes da CF/88, os servidores públicos não tinham direito a organização sindical, no entanto com a CF/88, no seu art.37, inciso VI e VII que lhe assegurou tal direito, como ao servidor público civil o direito de associação sindical e o direito de greve. Logo após foram vários entendimentos do STF, chegando ao entendimento que a lei 7.783/89, da lei de greve, sobre o exercício da greve dos trabalhadores da iniciativa privada, aplica-se por analogia às greves nos serviço público. Diante de tal questão o mandado de injunção de nº 712-8, no seu art:1º dispõe sobre o direito de greve. No entanto a questão da greve dos policiais militares, na qual, é proibido o direito de greve de acordo com o art.142, inciso IV, da CF, e a lei nº 7.783/89, dispõe sobre as atividades essenciais no seu art. 10.

Temos a questão da organização internacional do trabalho no direito de greve, a OIT, não tem uma convenção internacional que versa sobre o direito de greve, só há convenções que dispõe sobre a liberdade e autonomia sindicais, assim de acordo com o comitê da liberdade sindical da OIT, o direito de greve é um dos meios legítimos e fundamentais de que dispõem os trabalhadores e suas organizações para a promoção e defesa de seus interesses econômicos e sociais, temos alguns princípios que norteiam as condutas no que diz respeito à greve.

O autor cita sobre alguns requisitos legais para o direito de greve, a OIT, dispõe que, tem que ter aviso prévio sobre o inicio da greve, obrigação de recorrer a conciliação, entre outros são alguns requisitos do comitê da liberdade sindical. A lei brasileira nº 7.783/89, dispõe: realização de assembleia geral da categoria, comunicação previa aos empresários e comunidade, garantia de liberdade de trabalho dos não grevistas, comportamento pacifico, entre outros. Desta forma a greve é um direito fundamental de manifestação dos trabalhadores, sendo que não é absoluto.

O estudo da lei 7.783/89, art. 15, versa sobre a responsabilidade decorrente do exercício irregular da greve, temos a responsabilidade civil art.186 do código civil, dispõe quem violar o direito de outro tem repara-lo,

e a responsabilidade penal esta ocorre no memento que a pessoa, os titulares do direito de greve praticar ilícitos previstos na legislação penal. O direito de greve ambiental segundo Pacheco “A greve é um instrumento constitucional de autodefesa conferido ao empregado, a fim de que possa reclamar a salubridade do seu meio ambiente do trabalho, e, portanto garantir o direito à saúde”.(pag.101). Com isso a finalidade da greve ambiental é implementar apropriadas e seguras qualidades de trabalho, como bem de uso comum do povo .

3. AÇÕES JUDICIAIS SOBRE O DIREITO DE GREVE

O dissídio coletivo é o processo pelo qual se discutem interesses abstratos e gerais, de pessoas indeterminadas, com a finalidade de modificar ou criar condições gerais de trabalho. Temos a questão do sindicato na qual a legitimação dos sindicatos para defender os direitos e interesses da categoria é legitimado ordinário. Nas federações e confederações o art. 857 da CLT, dispõe sobre a representação para instaurar a instância em dissidio coletivo, no entanto as federações terão legitimidades quando não houver sindicato profissional ou econômico organizado, e as confederações quando inexistentes este e as federações, no entanto há possibilidade da atuação das federações nos dissídios coletivos através de procurações conferidas pelos sindicatos de base.

O art. 856 da CLT versa que os presidentes de tribunais não estão mais autorizados a instaurar dissidio coletivo de greve, já que o art. 8º, inciso I da CF, vedou a interferência do estado na organização sindical. Para conciliar e instruir os processos de dissidio coletivo é competência ordinária dos tribunais regionais do trabalho e do tribunal superior do trabalho, sendo estes também que tem a competência para julgar qualquer espécie de dissidio coletivo, a qual é distribuída com base no critério da extensão territorial. A questão da defesa no dissidio coletivo de greve, Segundo Melo “Ao direito de ação corresponde ao direito de ampla defesa, consistente na exceção, contestação e reconvenção, art. 297 CPC”. (pag.134). No dissidio coletivo se o réu não contestar a ação não acarreta maiores consequências, pois o objeto do processo normalmente é a declaração da abusividade da e a criação, manutenção, extinção ou modificação de direitos como motivo do movimento grevista, assim com base no interesse subjetivo da parte reivindicante, está livre o juiz para concedê-las ou não, independentemente da contestação, mesmo havendo revelia seus efeitos são inexistentes no dissídio coletivo, não produzindo a confissão ficta, mesmo sem contestação o julgamento será feito com base em fatos, no direito e na equidade esta livre o juiz para concedê-las ou não, independentemente da contestação.

“Entende-se por dissídio coletivo de greve é uma espécie de dissidio jurídico quando destinado a buscar a declaração da legalidade ou ilegalidade da paralisação não se aplicando a ele o pressuposto do consentimento para o respectivo ajuizamento,

mas há o dissídio coletivo propriamente jurídico, destinado a obter do judiciário trabalhista a interpretação de uma norma jurídica preexistente”. (2009, pag.152, Melo).

Observa-se que o dissídio coletivo de manutenção de cláusulas trabalhista sendo uma espécie de gênero do dissídio coletivo econômica, para o ajuizamento do qual exige expressamente a constituição federal consentimento mútuo de empregados e empregadores. Quanto à natureza jurídica da sentença o que determina a natureza jurídica da ação é a espécie de provimento jurisdicional buscando em juízo, sendo que em regra o dissídio coletivo não natureza condenatória, neste caso a natureza da sentença é declaratória. No entanto constitui praxe no sistema jurídico brasileiro a concessão de efeito suspensivo de cláusulas consideradas impertinentes, inadequadas, ilegais ou inconstitucionais súmula 246, e lei nº 4.725/65. No entanto há uma violação ao princípio do juiz natural, lei nº 10.192/2001, na qual, atribui exclusivamente ao presidente do tribunal superior do trabalho competência para apreciar o pedido de efeito suspensivo, pois deveria atribuir aos ministros daquela corte.

No entanto o autor aborda sobre as decisões extra petita que é a decisão que concede o que não foi pedido pelo o autor da ação, e a decisão ultra petita é aquela que concede além do pedido, e citra petita sendo a sentença aquém do pedido, ou seja, não examina todos os pedidos formulados pelo autor da ação. Sendo que a sentença ultra e extra petita não comportam nulidade, caso impugnado via recursal, já a decisão citra petita é nula, cabe ao tribunal caso acolha o recurso, devolver o processo ao órgão a quo para proferir nova decisão.

Por fim, a constituição federal no seu art.9º, assegura o direito de greve,

4. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO NAS GREVES

Observa-se que até o ano de 1988, o Ministério Público do Trabalho era subordinado ao poder executivo, no entanto com a CF/88, realçou o papel do ministério público como pilar do estado do estado de direito e do regime democrático, que de acordo com o art.127 da CF, o ministério público passou a ser uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do estado, incumbindo a defesa da ordem jurídica. Segundo Melo “Age o ministério Público do trabalho na defesa da constituição, exemplo do art.7º, das leis infraconstitucionais e dos instrumentos normativos que asseguram os direitos sociais e as liberdades individuais e coletivas dos trabalhadores”. (pag. 172). Desta forma o ministério público do trabalho deve ser norteado nos fundamentos da republica federativa do

Brasil, como na cidadania, na dignidade da pessoa humana, os valores sócias do trabalho, entre outros. A lei complementar nº 75/93, art. 83 inciso IX, na qual, dispõe que cabe ao Ministério Público do Trabalho participar da instrução e conciliação em dissídios decorrentes da paralização de serviços de qualquer natureza.

5. CONCLUSÃO

Diante da leitura da obra “a greve no direito brasileiro”, sendo de fundamental importância, pois traz todo um histórico da greve até os dias atuais, discorrendo sobre conceitos abrangentes em relação ao direito a greve, as formas de greve, o órgão que tem legitimidade para julgar, entre outros, com isso levando ao fácil entendimento.

Enfim o autor não se limitou as questões do direito a greve, pelo contrario esminusioso sobre esse tema trazendo para obra pontos importante e com isso tornou-se uma obra riquíssima em conteúdos.

REFERENCIA:

MELO, Raimundo Simão: A Greve no Direito Brasileiro, São Paulo, LTR, 2009.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES SEM A INTERVENIÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO

JOSÉ WILTON FLORÊNCIO MENESES: : advogado, formado em Direito pela Universidade Tiradentes (2012), especialista em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera (2015), e pós-graduando em Direito Público pelo Instituto Elpídio Donizetti (2017).

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo examinar a aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, com ênfase na desnecessidade de socorro ao Poder Judiciário para aplicação de tal medida, através de uma análise acerca da licitação pública, dos contratos administrativos e da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Para tanto, procedeu-se a um estudo sistemático da legislação vigente que resultou em algumas conclusões, dentre estas a que, malgrado não conste no ordenamento jurídico pátrio amparo legal para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica sem a interveniência do Judiciário, tal aplicação pela Administração Pública faz-se imperiosa em respeito aos princípios da moralidade administrativa, supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público. Nesse passo, abster-se de punir sociedades empresárias fraudulentas e que agem com abuso de forma é prestigiar condutas afrontadoras da ordem jurídica, e propiciar que cada vez mais o rol de maus prestadores de serviços ao Poder Público seja ampliado. Assim, o trabalho em tela visa demonstrar a possibilidade de extensão das penalidades aplicadas quando do procedimento licitatório e contratações administrativas, por ato do Poder Público sem a necessidade de interpelação judicial.

Palavras-chave: personalidade; desconsideração; licitações.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo examinar a aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, com

ênfase na desnecessidade de socorro ao Poder Judiciário para aplicação de tal medida.

O artigo em tela foi dividido em três capítulos. No primeiro, procura-se estabelecer premissas básicas sobre as prerrogativas de direito público da administração contratante, com atenção especial a possibilidade aplicação direta de sanções. No segundo capítulo, passa-se a declinar acerca da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das licitações sem a interveniência do judiciário, trazendo questões jurisprudenciais e doutrinárias, bem como, a tímida positivação de tal medida no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, no último capítulo, apresenta-se a conclusão do trabalho, trazendo um arremate final sintetizado de ideias que dão conta da possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica por obra da própria Administração.

Desta feita, a Administração Pública no exercício do seu mister de atendimento do interesse da coletividade necessita contratar particulares para auxiliá-la em tal atuação. A escolha destes particulares, em regra, se dá através do procedimento licitatório, o qual visa garantir a escolha da melhor e mais vantajosa proposta para a administração.

É sabido que existem casos que fogem à regra do procedimento licitatório, casos estes de dispensa ou inexigibilidade de licitação. De efeito, independentemente do procedimento licitatório, em todos os casos teremos a figura do contrato administrativo, que por sua vez prescreve as regras a serem cumpridas pelas partes que compuseram a avença.

O Poder Público é dotado de prerrogativas próprias que se fazem necessárias para a devida observância dos princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o privado, regedores de toda atividade administrativa. Dentre estas prerrogativas, está a possibilidade de aplicação direta de sanções ao contratado inadimplente total ou parcialmente.

O Estatuto Geral de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93) prevê, dentre as penalidades aplicáveis ao contratado, a suspensão temporária do direito de contratar com a administração e a

declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública.

Hodiernamente a aplicação destas penalidades não tem conseguido extirpar do rol de contratados da Administração Pública empresas fraudulentas e com abuso de forma, pois os sócios de tais sociedades empresárias dão continuidade às suas atividades a partir de novas composições, e não encontram nenhum óbice a tal procedimento.

E é nesse contexto que se insere a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, como sendo a maneira mais célere e eficaz de garantir a eficácia das sanções aplicadas aos particulares contratados, sendo plenamente viável a sua aplicação sem a interveniência do Judiciário, desde que observado o devido processo legal, e assegurado o contraditório e a ampla defesa.

1. PRERROGATIVAS DE DIREITO PÚBLICO DA ADMINISTRAÇÃO CONTRATANTE

As cláusulas exorbitantes, também conhecidas como cláusulas de privilégio, são prerrogativas conferidas à Administração em razão da supremacia exercida em relação a parte contratada.

Na correta lição de Caio Tácito (apud CARVALHO FILHO, 2011, p. 209), “o princípio da igualdade entre as partes, que importa a regra da imutabilidade dos contratos, cede passo ao da desigualdade, ao predomínio da vontade da Administração sobre o outro contratante”.

O efeito dessa desigualdade são as cláusulas exorbitantes, chamadas assim por exorbitarem as cláusulas comuns do direito privado, e que são conferidas por lei à Administração. Tamanha é a importância destas que o texto legal as trata sob a nomenclatura de prerrogativas, conforme previsto no art. 58 da Lei 8.666/93.

Assim, tais cláusulas constituem verdadeiros princípios de direito público, formadores da estrutura do regime jurídico de direito público,

aplicável basicamente aos contratos administrativos (CARVALHO FILHO, 2011, p. 209).

Cumprе ressaltar que os contratos administrativos são regidos predominantemente pelo direito público, de forma que se aplicam, subsidiariamente, as normas e princípios de direito privado, consoante extrai-se da inteligência do art. 54 da Lei 8.666/93.

Todos os contratos, sejam eles regidos pelo direito público ou pelo direito privado, trazem a previsão de sanções para o caso de inadimplemento contratual. Os contratos administrativos, além de preverem sanções no seu bojo, se submetem a sanções previamente estabelecidas pela lei.

O art. 58,VI, da lei 8.666/93 dispõe que é prerrogativa da Administração aplicar sanções ao particular inadimplente. *In casu*, tem-se em vista a possibilidade de a Administração aplicar sanções não previstas no instrumento contratual, mas sim na própria lei.

Vale ressaltar, também, que deverá ser sempre assegurado ao contratado o contraditório e a ampla defesa (art. 87, *caput* e § 2º), em conformidade com os imperativos constitucionais previstos no art. 5º, LV.

Conforme preceito contido no art. 88 da Lei 8.666/93, as sanções de suspensão temporária e declaração de idoneidade podem ser aplicadas a empresas ou profissionais que, dentre outros, tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação, bem como demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

2. A APLICAÇÃO DA DISREGARD DOCTRINE ANTE A AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL

O ordenamento jurídico pátrio estabelece que a Administração Pública deve total obediência aos princípios encontrados explícita ou implicitamente no texto da Constituição de 1988. Dentre eles o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nesse diapasão, o princípio da legalidade é o postulado basilar de todos os Estados de Direito, e como bem acentua Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 527), tal princípio:

Representa a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida conforme a lei, sendo a atividade administrativa, por conseguinte, sublegal ou infralegal, devendo restringir-se à expedição de comandos que assegurem a execução da lei.

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das licitações, e, conseqüentemente, nos contratos administrativos, encontra como impeditivo a ausência de norma autorizadora de tal medida. Contudo, quando uma empresa fraudula um procedimento licitatório, evidencia-se uma grave ofensa ao princípio da moralidade, bem como outros correlatos, e não menos importantes, como a indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o privado.

Nesse passo, a doutrina é pacífica quanto à inexistência de hierarquia entre os princípios norteadores da atuação administrativa. Tão logo, para solucionarmos tal quizila, decorrente do aparente conflito de princípios, devemos, em busca da maior efetividade do poder de império da Administração Pública, ponderar tais dogmas, sem que a aplicação de um deles oportunize o sacrifício dos demais.

A legalidade não pode servir de subterfugo para atitudes fraudulentas que visam somente o benefício do particular contratado, e desmerece o interesse coletivo. *Ipsa facto*, é que a legalidade deve caminhar junto com o Direito, em busca da promoção da paz social e da justiça. Como bem observa Edilson Pereira Nobre Júnior (2002, p. 18):

O princípio da legalidade, cujo objetivo primacial é, ainda hoje, o de proporcionar a garantia dos direitos dos cidadãos contra possíveis abusos dos órgãos estatais. Alberga um sentido amplo, qual seja, como bem sumariou Sabino Cassese, o da

submissão da Administração ao Direito. Aquele não se resume – e é de bom alvitre frisar – à observância do teor literal de leis e regulamentos. Antes radica-se no respeito à Constituição, considerada a sua força normativa, e nos princípios gerais do direito que, mesmo quando não logram revestimento em normas escritas, inserem-se no ordenamento.

Marçal Justen Filho (2001, p.476), comentando o princípio da moralidade ensina que:

Em hipótese alguma, porém, a conduta adotada pela Administração ou pelo particular poderá ofender os valores fundamentais consagrados pelo sistema jurídico. Sob esse enfoque é que se interpretam os princípios da moralidade e da probidade. A ausência de disciplina legal não autoriza o administrador ou o particular a uma conduta ofensiva à ética e à moral. Moralidade soma-se a legalidade. Assim, uma conduta compatível com a lei, mas imoral será inválida.

Por seu turno, Alexandre de Moraes (2009, p.235) aduz que:

Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constituiu, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de todo ato da administração pública.

Nada obstante, importante se destacar o ensinamento de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2010, p. 196):

É importante compreender que o fato de a Constituição haver erigido a moral administrativa em princípio jurídico expresso permite afirmar que ela é um requisito de validade do ato administrativo, e não

de aspecto atinente ao mérito. Vale dizer, um ato contrário à moral administrativa não está sujeito a uma análise de oportunidade e conveniência, mas a uma análise de legitimidade, isto é, um ato contrário à moral administrativa é nulo, e não meramente inoportuno ou inconveniente. Em consequência, o ato contrário à moral administrativa não deve ser revogado, e sim declarado nulo. Mais importante, como se trata de controle de legalidade ou legitimidade, este pode ser efetuado pela Administração e, também pelo Poder Judiciário.

A importância do princípio da moralidade administrativa já foi ressaltada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (apud GASPARINI, 2009, p.10), ao afirmar que a moralidade administrativa e o interesse coletivo integram a legalidade do ato administrativo.

Logo, como acima explicitado, uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será invalidada. E é nesse íterim que reside o ponto fundamentador da nossa temática de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pela própria Administração Pública, tendo em vista que quando uma empresa constitui uma nova sociedade com o desiderato de se eximir da aplicação de penalidade anteriormente imposta, o fato de não aplicarmos a desconsideração da personalidade jurídica frente à ausência de positivação de tal conduta, leva, sem sombra de dúvidas, ao estímulo de atos atentatórios à moralidade administrativa.

Se assim procedêssemos, estaríamos respeitando a lei, e ao mesmo tempo desrespeitando outros princípios regedores das licitações e contratos administrativos.

Ademais, é sabido que o Direito condena condutas dissociadas dos valores jurídicos e morais. Por isso, mesmo não havendo norma legal a legitimar a desconsideração da personalidade jurídica, é vedado ao administrador conduzir-se de modo ofensivo à ética e à moral.

Dando prosseguimento, o que ocorre é que em atendimento ao princípio da autonomia da pessoa jurídica, a Administração Pública acaba sendo utilizada como instrumento para a realização de fraude ou mesmo abuso de direito. Na medida em que como é a sociedade o sujeito titular de direitos e obrigações, e não os seus sócios, não raramente, em face de manipulações na sua constituição, o interesse público é flagrantemente lesado.

A desconsideração da personalidade jurídica visa exatamente desprestigiar a autonomia das pessoas jurídicas licitantes e/ou contratantes, em hipóteses em que o ilícito cometido pelos sócios permanecerá oculto, anuviado pela licitude da conduta da pessoa jurídica.

Destarte, pretende-se, com espeque no art. 4º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, aplicar a analogia ante a omissão legal do remédio jurídico aqui estudado.

O dispositivo supracitado refere-se ao magistrado como agente aplicador da norma, no entanto, na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica por ato administrativo, o sujeito legitimado será a autoridade superior do ente administrativo.

Na legislação consumerista e no direito civil, a desconsideração da personalidade jurídica exige a intervenção do Poder Judiciário, tendo em vista que a relação a baila, nestes casos, trata-se de relação horizontalizada, na qual as partes encontram-se em pé de igualdade.

Já no âmbito das licitações, a desconsideração não segue esta regra, sendo desnecessária a interpelação judicial. Isso ocorre graças ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que coloca a Administração em posição privilegiada, garantindo prerrogativas diversas quando do exercício da atividade administrativa.

Tal postulado encontra-se latente nas cláusulas exorbitantes integrantes dos contratos administrativos, e encontra-se manifesto, também, num atributo do ato administrativo, conforme se passa a explicar no tópico a seguir.

2.1. A AUTOEXECUTORIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS NACIONAIS

Um dos atributos do ato administrativo é a autoexecutoriedade, consistente na possibilidade de sua execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

Nem todos os atos administrativos são dotados do atributo de autoexecutoriedade, conforme lição de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2010, p.461), ao dizerem que:

É fácil constatar que a autoexecutoriedade não é um atributo presente em todos os atos administrativos. Genericamente, afirma-se que a autoexecutoriedade é qualidade própria dos atos inerentes ao exercício de atividades típicas da administração, quando ela está atuando na condição de poder público. A necessidade de defesa frágil dos interesses da sociedade justifica essa possibilidade de a administração agir sem prévia intervenção do Poder Judiciário, especialmente no exercício do Poder de Polícia. A presteza requerida evidentemente faltaria se fosse necessário recorrer ao Poder Judiciário toda vez que o particular opusesse resistência às atividades administrativas contrárias a seus interesses.

Para Cretella Júnior (apud MEDAUAR, 1986, p. 517):

Fundamenta-se a executoriedade não só na natureza pública da atividade que por meio dos atos chamado executórios a Administração traduz sua vontade, como também na concretização rápida dos interesses coletivos, em benefício dos quais se editam os referidos atos.

Coadunando com os escólios supracitados, Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Reslatto Dotti (2010, p. 61), trazem a tona as

principais exceções à autoexecutoriedade dos atos administrativos, *in verbis*:

Os atos administrativos desprovidos de autoexecutoriedade referem-se aos direitos e garantias fundamentais que circulam na ordem constitucional e, por isso, somente se sujeitam à ordem administrativa em situações excepcionais. De ordinário, a autoexecutoriedade, porque qualidade do que é administrativo, não ultrapassa o limite traçado pelos direitos fundamentais garantidos pela ordem constitucional, o principal dos quais é o direito de propriedade. As principais exceções à autoexecutoriedade decorrem do confronto com o direito de propriedade, em que a vontade do proprietário pode validamente opor-se à execução do ato administrativo pela própria Administração, daí ser imperiosa a mediação da tutela jurisdicional, tais como:

a) na desapropriação (a natureza do decreto declaratório da utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, para fins de desapropriação; ato meramente declaratório, que implementa condição para que se venha a desapropriar; a fase executória da desapropriação somente se esgota na esfera administrativa se houver acordo com o proprietário quanto ao valor do preço indenizatório; caso contrário, a fase de execução terá por sede ação especial, cujo processo judicial tem índole executória, objetivando a apuração daquele valor);

b) na interdição de obra em curso, nos lindes da propriedade, em violação do projeto licenciado ou sem licença (CPC, art. 934, III – ação de nunciação de obra nova); a Administração, por seu órgão de polícia edilícia, pode impor embargo administrativo e multa, mas se, ainda assim, o proprietário prossegue

na obra ilegal, o Município terá de propor a ação nunciatória, vedado que autoexecute o ato de impedi-lo *manu militari*;

c) o mesmo raciocínio cabe no desfazimento de obra concluída, em que à resistência do proprietário responderá o ente público com o ajuizamento de ação demolitória, defeso que invada a propriedade e ponha abaixo a edificação que entenda clandestina ou ilegal;

d) a cobrança da dívida ativa, constituída em processo administrativo, terá de ocorrer por meio do aforamento de executivo fiscal, incabível que a Fazenda credora autoexecute a dívida.

O ato administrativo que desconsidera a personalidade jurídica de empresa que age com abuso de direito e fraude contra a Administração não se enquadra nas exceções ao atributo da autoexecutoriedade, pois não visa atacar direitos e garantias fundamentais, em especial a garantia de propriedade prevista na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inc. XXII). Pelo contrário, a Administração Pública, *in casu*, está agindo em conformidade com o ordenamento jurídico, no seu poder-dever de garantir a efetividade do seu poder de império face às condutas comprovadamente abusivas e fraudulentas, que em nada coadunam com o interesse público.

Dessarte, não podemos esquecer o primado do devido processo legal, de maneira que se faz necessário um processo administrativo para imposição da penalidade a essa nova sociedade empresária, garantindo, assim, o exercício da ampla defesa e do contraditório por parte dessa.

Logo, restando comprovado o nítido propósito de burla a penalidade anteriormente imposta, em nome do interesse público, deve a Administração desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, estendendo os efeitos das sanções de impedimento ou da declaração de inidoneidade para licitar com o Poder Público.

Nesse aspecto, vejamos a balizada doutrina de Marcus Juruena Villela Souto (apud FARIAS, 2011, p. 941) acerca da ausência de

disposições normativas expressas que autorizem a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito administrativo, *litteris*:

Nem por isso fica a Administração à mercê do fraudador, de mãos atadas. Pode ela, após a devida apuração da fraude, declarar nulo o contrato, já que a simulação teria viciado a sua vontade. Neste caso, autoriza-se a utilização supletiva do direito privado para considerar-se viciado o contrato por erro quanto à pessoa.

(...)

Vê-se, pois, que, embora não havendo lei específica, é cabível, também no Direito Administrativo, a aplicação excepcional da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica para evitar prejuízo ao Erário ou à qualidade do serviço público, desde que caracterizados o erro e a intenção em fugir à pena previamente imposta.

Vale o escólio de Lamartine Correia de Oliveira (apud WATANABE, 2006):

[...] o desconhecimento da forma da pessoa jurídica em casos de fraude à lei não passa de aplicação específica do princípio geral segundo o qual o abuso de um instituto jurídico não pode jamais ser tutelado pelo ordenamento jurídico. [...]

Provado o intuito de fraude à norma legal, será perfeitamente defensável decisão que desconheça a pessoa jurídica.

O Superior Tribunal de Justiça asseverou a possibilidade de extensão dos efeitos da penalidade administrativa de declaração de inidoneidade para licitar à empresa constituída posteriormente com propósito de fraudar a lei, conforme se depreende da ementa do julgado proferido no RMS nº 15.166-BA, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.

- A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

- A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.

- Recurso a que se nega provimento.

(RMS 15.166/BA, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 07/08/2003, DJ 08/09/2003, p. 262)

Diverso não é o entendimento do Tribunal de Contas da União, no sentido de que os efeitos da declaração de inidoneidade devem ser aplicados às futuras sociedades constituídas pelos mesmos sócios cujo objeto social seja a prestação dos mesmos serviços que deram ensejo a aplicação da sanção, *ut* decisões da Corte de Contas, abaixo transcritas:

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. FRAUDE À LICITAÇÃO. SUPERFATURAMENTO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DE LICITANTE.

- A constatação de ocorrência de fraude à licitação, com configuração de dano ao Erário, enseja a condenação dos responsáveis em débito, julgamento pela irregularidade das contas e aplicação de multa.

- A existência de fraude em procedimento licitatório enseja a declaração de inidoneidade dos licitantes envolvidos para participarem de licitação na Administração Pública Federal

- Acolhida a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, respondem os sócios das empresas envolvidas pelo prejuízo causado ao erário.

[..]

3.10 Penso, porém, que esta Corte de Contas deva, na esteira do precedente trazido pela Secex/RN, estender a inidoneidade para licitar com a Administração Pública Federal às futuras sociedades que forem constituídas com o mesmo objeto social e composta pelo mesmo quadro societário daquelas fraudadoras do certame da UFRN. (acórdão 1209/2009-Plenário, de relatoria do Ministro José Jorge)

“Concluindo, não é de justiça e conforme o direito contemporâneo esquecer os fatos insertos nos autos para não aplicar ao verdadeiro culpado as penalidades cabíveis, principalmente porque, se não

aplicada a regra da desconsideração da personalidade jurídica, poder-se-á estar inviabilizando a execução, não punindo o verdadeiro infrator, impossibilitando a aplicação de sanções outras que não o débito (multa por exemplo) àqueles que praticaram os ilícitos, usufruíram pessoalmente das verbas ilícitamente auferidas (já que não contabilizaram na empresa e sacaram diretamente no banco) e que não figurarão nos autos, dificultando a apuração da responsabilidade dos mesmos e consequente encaminhamento dos fatos ao Ministério Público Federal para as ações de direito, enfim, uma série de consequências jurídicas capazes de tornar este processo inefetivo e injusto” (trecho do acórdão nº 189/2001-Plenário, cuja relatoria coube ao Ministro Guilherme Palmeira).

“75. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem por objetivo coibir o uso indevido da pessoa jurídica, levada a efeito mediante a utilização da pessoa jurídica contrária a sua função social e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico, afastando, assim, a autonomia patrimonial para chegar à responsabilização dos sócios da pessoa jurídica e/ou para coibir os efeitos de fraude ou ilicitude comprovada. (...).

76. A doutrina e a jurisprudência dos tribunais já consideram que um desdobramento dessa teoria é a possibilidade de estender os seus efeitos a outras empresas, diante das circunstâncias e provas do caso concreto específico. Trata-se da teoria da desconsideração expansiva da personalidade jurídica da sociedade, terminologia utilizada pelo Prof. Rafael Mônaco (...).

77. Com a teoria da desconsideração expansiva da personalidade jurídica, é possível estender os

efeitos da desconsideração da personalidade jurídica aos 'sócios ocultos' para responsabilizar aquele indivíduo que coloca sua empresa em nome de um terceiro ou para alcançar empresas de um mesmo grupo econômico (...).

80. No âmbito administrativo, a doutrina e a jurisprudência vêm firmando entendimento de ser viável a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e a extensão de seus efeitos para afastar a possibilidade de uma empresa que tenha sido suspensa ou impedida de participar de licitação ou contratar com a Administração Pública, ou ainda, declarada inidônea, possa ter seus sócios integrando, direta ou indiretamente, outra pessoa jurídica que participe de licitação com o Poder Público.” Acórdão nº 2593/2013, Rel. Min. WALTON ALENCAR RODRIGUES

No final do ano de 2013, em decisão liminar proferida em mandado de segurança impetrado contra ato de Tribunal de Contas da União que desconsiderou a personalidade jurídica de empresa participante de processo de licitação internacional, com relatoria do Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal assim se pronunciou:

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E
DESCONSIDERAÇÃO EXPANSIVA DA
PERSONALIDADE JURÍDICA. “DISREGARD
DOCTRINE” E RESERVA DE JURISDIÇÃO: EXAME
DA POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA, MEDIANTE ATO PRÓPRIO, AGINDO
“PRO DOMO SUA”, DESCONSIDERAR A
PERSONALIDADE CIVIL DA EMPRESA, EM
ORDEM A COIBIR SITUAÇÕES
CONFIGURADORAS DE ABUSO DE DIREITO OU
DE FRAUDE. A COMPETÊNCIA INSTITUCIONAL
DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A

DOCTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. INDISPENSABILIDADE, OU NÃO, DE LEI QUE VIABILIZE A INCIDÊNCIA DA TÉCNICA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM SEDE ADMINISTRATIVA. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: SUPERAÇÃO DE PARADIGMA TEÓRICO FUNDADO NA DOCTRINA TRADICIONAL. O PRINCÍPIO DA MORALIDAD ADMINISTRATIVA: VALOR CONSTITUCIONAL

REVESTIDO DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO,CONDICIONANTE DA LEGITIMIDADE E DA VALIDADE DOS ATOS ESTATAIS. O ADVENTO DA LEI Nº 12.846/2013 (ART. 5º, IV, “e”, E ART. 14), AINDA EM PERÍODO DE “ VACATIO LEGIS”. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O POSTULADO DA INTRANSCENDÊNCIA DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E DAS MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MAGISTÉRIO DA

DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA PRETENSÃO CAUTELAR E CONFIGURAÇÃO DO “PERICULUM IN MORA”. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA.

Assim, em busca da garantia de efetividade da penalidade administrativa e da exclusão de empresas fraudulentas do rol de contratados pelo Poder Público, e, mais, em nome dos princípios da moralidade, indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o privado, é que temos como medida inafastável a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo.

2.2. POSITIVAÇÃO DA TEORIA NA ESFERA ADMINISTRATIVA: LEI BAIANA DE LICITAÇÕES E LEI ANTICORRUPÇÃO

A ausência de previsão legal da medida excepcional e temporária de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito

administrativo constitui o maior empecilho à sua aplicação reiterada. Tal barreira, conforme alhures demonstrado, com base nos princípios vetores da Administração Pública acaba sendo facilmente ultrapassada.

Nesse íterim, eis a Lei de Licitações do Estado da Bahia (Lei nº 9.433/2005) que põe fim a qualquer dúvida acerca da possibilidade jurídica de aplicação de tal medida na seara administrativa.

Prescreve o art. 200 da citada Lei que fica impedido de participar de licitação e contratar com o Poder Público sociedade empresária cujo seus sócios anteriormente tenham participado de outra sociedade punida com suspensão do direito de licitar ou declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública.

É o que se traduz da literalidade do dispositivo aludido, *in verbis*:

Art. 200. Fica impedida de participar de licitação e de contratar com a Administração Pública a pessoa jurídica constituída por membros de sociedade que, em data anterior à sua criação, haja sofrido penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração ou tenha sido declarada inidônea para licitar e contratar e que tenha objeto similar ao da empresa punida.

Assim fica a Administração Pública Estadual da Bahia expressamente autorizada a transladar os efeitos da penalidade anteriormente imposta, a partir das pessoas dos sócios, e desde que caracterizada a atuação em ramos similares das duas empresas.

Um ponto que merece destaque é saber em qual momento é possível a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Edite Hupsel e Leyla Costa (apud FARIAS, 2009, p. 946), asseveram que o marco inicial para aplicação da penalidade se dá com a instauração do processo administrativo, e não da aplicação da penalidade, como bem explicam os autores:

Aliás, se constituída a nova entidade quando já se encontrava instaurado o processo administrativo para apenação da outra pessoa jurídica, a presunção de fraude se faz presente e autoriza, no nosso sentir,

a aplicação do impedimento. A data de instauração de processo administrativo, então, e não a da aplicação da penalidade deve ser entendida como marco a partir do qual se passa a presumir fraude na constituição da nova empresa sendo autorizada, neste caso, a extensão do impedimento à nova pessoa jurídica.

Logo, o ensinamento esposado vale também para a aplicação da *disregard doctrine* nas demais esferas administrativas, garantindo uma maior segurança quando da punição, pois, atitudes oportunistas de empresas fraudulentas, seriam inibidas desde a instauração do procedimento administrativo. O que, decerto, é extremamente válido, ante a prática reiterada de sociedades empresárias que a partir do momento da abertura de um processo administrativo, de pronto, constituem uma nova sociedade para que no caso de eventual punição, possam continuar desempenhando suas atividades.

Calha mencionar a previsão trazida no art. 14 da Lei 12.846/13, a Lei Anticorrupção, que prevê a possibilidade no curso de processo administrativo de responsabilização de pessoa jurídica pela prática de atos contra a administração pública, de descon sideração da personalidade jurídica, *ex vi* o citado dispositivo:

Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser descon siderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

Por fim, a Lei Baiana de Licitações e a Lei Anticorrupção nos mostram que a conduta aqui estudada, hoje exceção, em breve será regra

no nosso ordenamento jurídico, em consonância com o indisponível interesse público norteador de todas as práticas administrativas.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É sabido que a aplicação de penalidades pela Administração Pública ao particular contratado não tem conseguido extirpar do seu rol de contratados empresas fraudulentas e com abuso de forma, pois os sócios de tais sociedades empresárias dão continuidade às suas atividades a partir de novas composições, e não encontram nenhum óbice a tal procedimento. A solução encontrada para efetiva aplicação das penalidades administrativas é o uso da teoria da desconsideração da personalidade jurídica pela própria Administração Pública, sem a interveniência do Poder Judiciário. Mesmo inexistindo previsão legal para a aplicação da *disregard doctrine* no âmbito administrativo, com base no uso da analogia, aplica-se tal remédio jurídico em respeito aos princípios da moralidade administrativa, supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público.

Finalmente, com arrimo no conteúdo deste trabalho de conclusão de curso, conclui-se que dúvidas não restam de que a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo é a maneira mais célere e eficaz de garantir a eficácia das sanções aplicadas aos particulares contratados, sendo plenamente viável a sua aplicação sem a interveniência do Judiciário, desde que observado o devido processo legal, e assegurado o contraditório e a ampla defesa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 18 ed. Rio de Janeiro: Método, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FARIAS, Luciano Chaves de. **Aplicação da teoria da desconsideração jurídica na esfera administrativa**. Boletim de Direito Administrativo, ed. NDJ, fevereiro-2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. ed. Aide, 4ª edição, 2001.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O Princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé; DOTTI, Marinês Reslatto. **A desconsideração da personalidade jurídica em face de impedimentos para participar de licitações e contratar com a administração pública: limites jurisprudenciais**. Revista do Tribunal de Contas da União. Brasil. Ano 42. Número 119. Setembro/Dezembro de 2010.

WATANABE, Ricardo. **Desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das licitações**. 2006. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2746>>. Acesso em: 05 de maio de 2012.

O USO DE ALGEMAS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

PRISCILLA BATISTA DE ALBUQUERQUE: Advogada. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pós Graduada em Direito Constitucional pela Faculdade entre Rios do Piauí (FAERPI).

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar os fundamentos jurídicos do uso de algemas, bem como todas as suas problemáticas atuais, contextualizando com os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, quais sejam, o direito à vida, à imagem, à intimidade, presunção de inocência, em especial, o da dignidade da pessoa humana. O tema suscita inúmeras discussões, tendo em vista a súmula vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal. Os que defendem a legitimidade da súmula argumentam que ela veio resguardar os direitos do preso, dando-lhes concretude e protegendo sua imagem e dignidade humana. Os que discordam da súmula aduzem que houve uma retirada da discricionariedade dos agentes policiais no ato da prisão, uma vez que só poderão utilizar algemas se justificarem por escrito e em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte de presos ou de terceiros. Vale destacar que a metodologia adotada será o estudo jurisprudencial e doutrinário.

PALAVRAS-CHAVE: Algemas. Súmula Vinculante nº 11. Exceção. Dignidade da Pessoa Humana. Princípio da Preponderância.

SUMÁRIO: 1.Introdução - 2.Surgimento das algemas: 2.1 Algemas na história 2.2 Evolução e histórico legislativo – 3.A problemática em torno do uso de algemas: 3.1 A necessidade das algemas na atividade policial 3.2 O uso das algemas em face dos direitos fundamentais 3.3 Abuso do uso de algemas – 4.Aspectos jurídicos do uso das algemas 4.1 Legitimidade do uso das algemas 4.2 Limitação ao uso das algemas 4.3 Análise jurídica da Súmula Vinculante sobre algemas – 5. Conclusão – 6. Referências.

1.INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, costumeiramente, a mídia transmite imagens e notícias de pessoas presas e algemadas, principalmente, quando se trata de alguém com status social mais elevado ou que seja famoso. Diante desses fatos, em contrapartida ao exibicionismo midiático surge a

necessidade de um controle mais efetivo de assegurar ao preso o seu direito à imagem, bem como o respeito aos seus direitos fundamentais.

O uso indiscriminado e, na maioria das vezes, vexatório das algemas constitui um excesso que foge dos ditames da lei brasileira e serve para espetacularizar a operação policial, um verdadeiro marketing, onde os presos são constrangidos e humilhados perante a sociedade e exibidos com um troféu, contrariando assim a lei e a moral.

A conduta de se privar alguém através da restrição dos movimentos das suas mãos e pés já vem desde a antiguidade. A própria história, há quatro mil anos, nos relevos mesopotâmicos, relata prisioneiros com mãos atadas. Para a realização dessa prática era mais comum o uso de cordas ou couros, tendo em vista que os metais eram caros e escassos, sendo seu uso priorizado para a confecção de ferramentas e armas.

O presente artigo analisará os fundamentos jurídicos do uso de algemas, bem como todas as suas problemáticas atuais, contextualizando com o direito fundamental da dignidade da pessoa humana e do direito à imagem e a sua consolidação trazida com a inovação da súmula vinculante nº. 11 do STF.

Para fins didáticos, a explanação será dividida em três partes. Na primeira, apresenta-se o surgimento das algemas e sua evolução histórica e legislativa. Na segunda parte, trata-se da problemática em torno do uso das algemas, mostrando a necessidade das mesmas na atividade rotineira dos policiais, os direitos fundamentais que norteiam tal questão e o seu uso arbitrário, que, conseqüentemente, incorrem no crime de abuso de autoridade. Por fim, na terceira parte mostra-se os aspectos jurídicos do uso das algemas e a súmula vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal

2. SURGIMENTO DAS ALGEMAS

A conduta de se privar alguém através da restrição dos movimentos das mãos e dos pés já vem desde a Antiguidade. Embora o termo “algema” tenha sido comumente empregado apenas no século XVI, antes já existiam outros instrumentos com a mesma função, como o tolhimento da liberdade de locomoção e a submissão física do preso.

A etimologia da palavra algema deriva do idioma arábico, “aljamaa”, que significa pulseira. O Dicionário Aurélio a define da seguinte forma: “Algema: cada uma de um par de argolas metálicas, com fechaduras, e ligadas entre si. us. para prender alguém pelo pulso (mais us. no plural)”.

Assim, esse instrumento foi evoluindo em suas diversas formas e utilizado por várias sociedades, até chegar aos moldes atuais modernos e sofisticados, tendo por função precípua auxiliar os policiais no exercício de sua atividade profissional como instrumento coercitivo, objetivando dessa forma restringir a liberdade do preso.

2.1 Algemas na história

Antigamente, as algemas eram utilizadas como forma de martírio naqueles que eram capturados. Esses prisioneiros eram submetidos a castigos físicos, entre eles sessões de tortura, que, nos dias atuais, são equiparados aos crimes hediondos, bem como para preparar as vítimas para sacrifícios de punições.

Relata-se que, há quatro mil anos, nos relevos da Mesopotâmia, essa prática já era bastante comum, porém era mais costumeira a utilização de cordas e couros, tendo em vista que os metais eram caros e escassos, sendo priorizados para a confecção de armas ou ferramentas. Apesar do termo algemas só ter sido consolidado a partir do século XVI, grilhões, também eram frequentemente utilizados como meios de castigos físicos ao preso.

Ainda nesse sentido a Wikipédia nos ensina:

Os grilhões eram utilizados em tempos remotos com o objetivo de impedir os presos de se locomoverem livremente, nas ocasiões em que eram transportados para fora das prisões ou penitenciárias. Também eram utilizados para manter os escravos presos nos bancos das galés enquanto remavam, fato este que simbolizou a opressão, expressamente mencionada no Hino Nacional da França, no Hino da Independência do Brasil e no Manifesto Comunista.

Com a evolução, os instrumentos citados deixaram de ter significados atribuídos anteriormente e, nos dias atuais, o termo mais utilizado é algemas, no plural, pois visa conter as duas mãos dos presos, onde passaram a ser utilizadas por todas as outras sociedades.

Nesse sentido, os instrumentos contedores das mãos foram utilizados desde os primórdios por diversas sociedades e se aperfeiçoaram no decorrer dos tempos, evoluíram para modelos mais modernos sedimentando-se nas atuais algemas utilizadas nas operações policiais.

2.2 Evolução e histórico legislativo

As Ordenações Filipinas tiveram grande importância para o Direito Penal Brasileiro. O Livro V trazia as disposições relacionadas aos crimes e às formas de punição, que tiveram sua vigência durante quase todo o período colonial até o advento, em 1830, do Código Criminal do Império. Vale destacar que as penas variavam entre mutilação das mãos, dos pés, da língua, queimaduras com tenazes, morte natural de forma cruel e morte natural pelo fogo, entre outras.

Conforme se observa, nesse período histórico, as prisões e as penas eram grandes espetáculos de demonstração de poder sobre o corpo dos presos. As punições estavam relacionadas ao corpo físico do criminoso, bem como ao uso de grilhões e correntes.

Com a severidade do Código das Ordenações Filipinas e o clamor público de uma forma geral, o Príncipe Regente Dom Pedro editou o Decreto Imperial de 23 de maio de 1821, que aboliu o uso de correntes e grilhões entre outros instrumentos de ferro até então usados para causar grandes sofrimentos aos prisioneiros.

Com a outorga da constituição de 1824 e o advento da Independência do Brasil surgiu a idéia de se criar um Código Penal que atendesse às expectativas e necessidades desse período histórico. O Código Criminal do Império incorporou muito da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789, como exemplo as liberdades individuais e os direitos civis, mostrando o legislador uma certa preocupação com a dignidade humana do preso e do abandono do antigo pensamento de castigar e punir

fisicamente para um pensamento mais humanista, qual seja a reforma moral do condenado.

O Código de Processo Criminal do Império, em seu artigo 180, previa o seguinte: “ O executor da ordem de prisão a empregar o grau de força necessária para efetuar a prisão, justificando mesmo o uso de armas, para defesa própria, considerando-se justificável o ferimento ou a morte do réu”. Portanto, o Código de Processo Penal Imperial autorizava o uso de força e por via de consequência o uso de algemas. O Poder Judiciário não podia permanecer inerte frente às situações do cotidiano relacionadas ao mau uso desses tipos de emprego de força. Assim, com essa necessidade, esse Código perdurou até a discussão para a elaboração de um novo Código de Processo Penal.

A legislação brasileira, durante várias décadas, admitiu o uso de algemas, apesar de não haver até o presente momento uma lei que regulamente de forma expressa o seu uso. Destarte, objetivando disciplinar a matéria em comento, adequando-a aos princípios constitucionais, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 11, que será adiante.

3. A PROBLEMÁTICA EM TORNO DO USO DE ALGEMAS

A problemática em torno do uso de algemas nas operações policiais é bastante complexa e deve ser analisada pelo agente sob duas óticas, quais sejam, a manutenção da sua integridade física na lide diária com os transgressores da lei, a fim de minimizar os riscos que a profissão cotidiana lhes impõe, bem como a garantia da integridade humana ao preso e a terceiros, entre outros direitos constitucionalmente previstos.

3.1 A necessidade das algemas na atividade policial

A atividade policial preventiva e repressiva contra o crime é exercida de modo sistemático pelos órgãos policiais dos estados da federação e da União, visado manter e proteger o Estado Democrático de Direito, em observância ao preceito fundamental previsto na Constituição Federal, no capítulo referente aos órgãos da segurança pública, mais especificamente no artigo 144, §5º, conforme se vê:

Art. 144 A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

[...]

§5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil. (grifo nosso)

Nesse sentido, os policiais têm um papel de extrema importância na nossa sociedade, qual seja a preservação e a manutenção do citado Estado Democrático de Direito, tendo em vista que os cidadãos esperam do ente estatal uma convivência em sociedade harmônica e pacífica, protegendo, assim, seus direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna.

Para atingir essa almejada finalidade, ou seja, para que os agentes policiais cumpram seus deveres legais, poderão usar armamentos e equipamentos, como as algemas, objetivando neutralizar a ação por parte do preso infrator. Assim, cabe ao policial, no cumprimento do seu dever funcional o uso da força, porém agindo conforme os ditames legais.

O fundamento jurídico que norteia o uso de algemas na atividade policial, conferido pelo próprio Estado, é o chamado poder de polícia. Esse poder é fundamentado sempre que o interesse público assim o exigir, sem, contudo, violar os direitos fundamentais dos indivíduos.

Assim, a segurança pública brasileira deve ser exercida por policiais bem preparados e competentes, pois diante do caso concreto saberão tomar as medidas necessárias para resguardar o direito do indivíduo, enquanto os agentes que praticam abusos e desrespeitam a lei devem ser afastados das operações policiais, pois representam um desrespeito ao Estado de Direito.

Vale ressaltar que, nos casos em que se ofereçam riscos à integridade física alheia e do próprio policial, mesmo diante dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, o cerceamento à liberdade do cidadão é devidamente respaldado legalmente. Assim, para que o poder de polícia atinja sua devida finalidade no caso concreto e as corporações policiais não incorram em abuso de poder, deve-se analisar a situação sob a ótica do princípio da proporcionalidade.

Portanto, o policial, no atributo das suas funções, deverá agir com perspicácia e profissionalismo diante de um caso concreto que envolva fugas ou reações violentas durante a condução de um preso, sendo indispensável, nesses casos, o uso de algemas como forma de resguardar a sua integridade física e a dos demais policiais, bem como a manutenção da segurança pública e a consequente aplicação da lei penal.

3.2 O uso das algemas em face dos direitos fundamentais

A problemática em torno do uso de algemas reflete-se em face dos desrespeitos aos direitos fundamentais da pessoa humana, considerados basilares, no nosso Estado Democrático de Direito, no sentido de que são direitos inerentes à própria personalidade da pessoa, trazendo reflexos no seu íntimo e psicológico, bem como lesões aos seus bens patrimoniais.

A Constituição Federal assim prevê: “Artigo 5º, X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Dessa forma, os direitos à intimidade e à imagem norteiam a proteção constitucional ao direito à vida privada, no sentido que a nossa Carta Magna salvaguarda a defesa e a concretude desses direitos em face dos agentes policiais, bem como dos meios de comunicação em massa.

Costumeiramente a mídia transmite imagens e notícias de pessoas presas e algemadas, principalmente quando se trata de alguém com status social mais elevado ou famoso. Com o avanço tecnológico, a imagem tornou-se o elemento chave do papel da mídia e, diante desse fato, em contrapartida ao exibicionismo midiático, surge a necessidade de um controle mais efetivo de assegurar ao preso o seu direito à imagem, bem como o respeito aos seus direitos fundamentais.

Por outro lado, a Constituição Federal também normatizou o direito à informação: “Artigo 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

Assim, não resta dúvida de que a liberdade e o direito à informação são indispensáveis, porém encontram limites nos direitos à personalidade. A sociedade tem direito de ser informada de todos os fatos que acontecem, no entanto uma violação ao direito à imagem, nos dias atuais, pode tomar proporções avassaladoras, tendo em vista a agilidade com que as mensagens são transmitidas para o mundo inteiro, o que pode resultar em danos irreparáveis para a pessoa ofendida.

Tourinho Filho (2009, p.441) critica: “E não se sabe como, mesmo que as prisões se efetivem ao amanhecer, faz-se notar a presença de fotógrafos e de repórteres registrando o ato, exibindo ao “povão” cenas que causam certa satisfação a espíritos malformados.”

Não se pode deixar de citar alguns casos de grande repercussão em relação ao algemamento de pessoas conhecidas na mídia, quais sejam, os senadores Luiz Esteves e Jader Barbalho, os juízes de direito Nicolau e Rocha Matos, a empresária da grife Daslu, o banqueiro Daniel Dantas, o ex-prefeito de São Paulo, Celso Pitta e, dentre os mais recentes, o ex-goleiro de Flamengo, Bruno.

É certo que todas essas pessoas citadas estavam sendo investigadas por crimes que cometeram, cada um na seara do seu crime, e que por tal motivo, a sociedade tem o direito de ser informada, porém não se justifica o sensacionalismo com a vida íntima dessas pessoas, bem como a exposição vexatória de suas imagens.

Não é o caso de deixar de algemar quem se encontra na condição de preso, mas de respeitar os direitos previstos constitucionalmente inerentes àquela pessoa. É sabido que as algemas têm o condão de exteriorizar fisicamente o indivíduo, degradando, dessa forma, a sua imagem e expondo a perda do seu status de liberdade. Assim, o direito à informação é permitido, porém desde que não viole os direitos da personalidade.

A Lei de Execução Penal obriga todas as autoridades a respeitarem a integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios e fixa, dentre outros direitos do preso, a proteção contra qualquer meio de sensacionalismo. Portanto, as medidas para tentar coibir essa exposição degradante da imagem do preso já começaram a ser adotadas.

Com isso, entende-se que o indivíduo não deve respeitar apenas os direitos inerentes a sua própria dignidade, mas, também deve respeitar a de outrem. Acreditamos que a mudança e o devido respeito ao direito à imagem dos presos dependem de uma postura dos órgãos do Poder Público e de uma maior conscientização por parte da imprensa em não violar os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Ainda vale ressaltar que, nos últimos acontecimentos envolvendo a corrupção no Brasil, a imprensa noticiou os fatos e exibiu acusados sendo presos em suas casas, no trabalho, enfim, onde se encontrassem no momento do cumprimento dos mandados. Tais procedimentos suscitam muitas discussões sobre a presunção de inocência, o constrangimento ilegal dos acusados e os métodos utilizados nessas operações policiais.

Nesse contexto, quando os direitos dos indivíduos são desrespeitados pela mídia, o princípio da presunção de inocência, também, resta violado, implicando efeitos negativos tanto para o acusado quanto para sua família. O indivíduo tem direito de ser tratado com dignidade durante toda a instrução do processo, pois antes e durante essa fase, qualquer desrespeito consiste na violação da própria presunção de inocência e de outros direitos constitucionais.

A idéia de presunção de inocência serve para impedir que o réu seja tratado como se já tivesse sido condenado, dessa maneira sofrendo restrições de direito que não sejam necessárias à apuração dos fatos e ao cumprimento da lei penal. Gomes (2008, p.30) nos ensina: “não se pode considerar nenhum acusado como uma não pessoa (como um não humano). Nesse equívoco incorre o Direito penal do inimigo que, partindo da ideologia do inimigo, ofende princípios básicos como o da presunção de inocência, dignidade humana, etc.”

Vale ressaltar, ainda, que os direitos e garantias fundamentais petrificados na nossa Carta Magna não são absolutos, uma vez que

encontram limites nos demais direitos constitucionalmente previstos. Assim, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deverá utilizar-se do princípio da harmonização ou preponderância ou da concordância prática.

3.3 Abuso do uso de algemas

Toda operação policial deve se restringir aos ditames da lei de forma a evitar lesões aos direitos e garantias dos cidadãos presos. O uso indiscriminado e, na maioria das vezes, vexatório, de algemas constitui um excesso punível infundado que foge dos limites da lei brasileira e serve apenas para espetacularizar a diligência policial.

Nesse sentido, o fundamento jurídico que norteia o uso de algemas é o direito conferido pelo próprio Estado, qual seja, o poder de polícia já, anteriormente, mencionado. Tal poder coloca em confronto, de um lado, o cidadão, pleno de direitos, e, de outro, a Administração tendo por dever condicionar o exercício dos direitos relativos ao bem-estar coletivo. Meirelles (2000, p. 124) nos ensina sobre o objeto do poder de polícia administrativa:

Todo bem, direito ou atividade individual que possa afetar a coletividade ou pôr em risco a segurança nacional, exigindo, por isso mesmo, regulamentação, controle e contenção pelo Poder Público. Com esse propósito, a administração pode condicionar o exercício de direitos individuais, pode delimitar a execução de atividades, como pode condicionar o uso de bens que afetem a coletividade em geral ou contrariem a ordem jurídica estabelecida ou oponham aos objetivos permanentes da Nação.

Assim, não há dúvidas de que o agente quando procede ao ato de algemar está exercendo o poder de polícia a ele conferido. Vale salientar que tal prerrogativa encontra limites legais quanto aos fins, a competência e procedimento e ao objeto. A finalidade é apenas atender ao interesse público e quanto à competência deve-se observar a norma legal pertinente e, por fim, quanto ao objeto, segundo o princípio da proporcionalidade dos

meios aos fins, o poder de polícia não deve ir além do necessário para satisfazer o interesse público que tem a função de proteger.

Ante o exposto há diversas controvérsias acerca do uso de algemas. Permanece a divergência sobre o seu uso sem justa necessidade pela autoridade, no exercício do poder de polícia, podendo cominar no crime de abuso de autoridade. A Lei nº 4619/1965 define autoridade: “Considera-se autoridade todo aquele que exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.”

Daí surgem as inúmeras críticas relacionadas com o uso de algemas, pois é difícil estabelecer os limites e parâmetros aos agentes no ato de algemar. Dessa forma, havendo qualquer lesão ocasionada pelo uso indevido de algemas o agente policial poderá responder pelo crime de abuso de autoridade em concurso material com o delito que tenha provocado à integridade física de um terceiro.

Muitas vezes, o uso indevido e nocivo das algemas ocasiona enormes danos a saúde do preso, provocando estrangulamento dos pulsos e debilitando-o fisicamente. Outras vezes, o objetivo do uso das algemas é constranger o detido e colocá-lo em situação vexatória, humilhando-o perante a mídia e a sociedade.

Cumprе esclarecer que o ato de algemar não causa constrangimento ilegal quando respeita as regras de aplicação. O que não pode acontecer é a humilhação das pessoas no momento do uso das algemas, o que já advertia o anteprojeto do Código de Processo Penal.

Os agentes policiais devem tratar o cidadão com respeito, observando os direitos que lhe são outorgados. Ao se afastarem de suas atribuições os policiais poderão praticar o abuso, que não contribui para o combate a violência e a diminuição da criminalidade. A sociedade necessita de uma força policial que seja atuante e respeite os direitos e as garantias assegurados ao cidadão.

Como exposto, o uso das algemas pelo agente policial está autorizado sempre que o interesse público sobrevier à necessidade do uso, de tal modo que se preserve o limite no respeito à dignidade da pessoa humana, com relação a quem deva receber algemas. O próprio Estado que

assegura o princípio da dignidade humana não pode violar a proteção dos indivíduos com o uso indiscriminado das algemas.

Portanto, como a nossa Carta Magna preceitua o respeito à integridade física e moral dos presos, bem como proíbe a submissão ao tratamento desumano e degradante, o uso de algemas só poderá se justificar quando estiver presente o seguinte trinômio: necessidade, eficácia e proporcionalidade. Desse modo, qualquer hipótese que se afaste dos ditames da lei sujeitará o infrator às penas do crime de abuso de autoridade.

4. ASPECTOS JURÍDICOS DO USO DAS ALGEMAS

O uso das algemas já foi discutido e polemizado há algum tempo, mas retorna em evidência no cenário nacional, principalmente após as ações da Polícia Federal e as consequentes prisões de pessoas das classes mais ricas do país, noticiadas pela mídia de maneira absolutamente sensacionalista, voltando a ensejar acaloradas discussões e decisões judiciais.

O policial que não adota procedimentos de segurança relativos ao uso das algemas põe em risco não apenas a sua integridade física, mas, também, a de transeuntes, consumidores e outros terceiros não envolvidos, o que pode acarretar, inclusive, obrigação de o Estado indenizar por falta de cautela policial com suspeito de envolvimento em ato criminoso que destrói o patrimônio alheio para fugir da abordagem policial.

Por outro lado o abusivo e desnecessário uso desse instrumento configura-se a violação ao princípio da dignidade. A humilhação sofrida por quem é algemado dessa maneira é um rebaixamento moral inexplicável. O indivíduo se sente inferiorizado e menosprezado perante a opinião pública, já que o ato vexatório de ser algemado indevidamente provoca o sentimento de impotência. Sendo assim, sempre que estiver presente o excesso, isto é, a desnecessária colocação de algemas, defende-se que há abuso de autoridade.

4.1 Legitimidade do uso de algemas

A utilização de algemas representa um importante instrumento na atuação da prática policial, uma vez que possui tríplice função, quais

sejam: proteger a autoridade contra a reação do preso, garantir a ordem pública ao obstacularizar a fuga do preso e tutelar a integridade física do próprio preso e de terceiros.

Por outro lado, muito embora garantam a segurança pública e individual, as algemas devem se utilizadas com reservas e limites, uma vez que, desviada a sua finalidade, pode constituir uma medida ilegal, com caráter punitivo e nefasto meio de execração pública, ensejando grave atentado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, essa questão deve ser analisada por duas óticas, o comando constitucional que determina ser a segurança pública dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio através dos órgãos policiais (CF, art. 144), e sob outra ótica, a do Texto Constitucional, cujos princípios são de enorme magnitude para a estrutura democrática, tais como o da dignidade humana e da presunção de inocência, os quais não podem ser sobrepujados quando o Estado exerce a atividade policial.

Por outro lado o problema surge em quando saber se o uso de algemas é legítimo. Como já mencionado anteriormente, o Código de Processo Penal, em seu artigo 284, permite o uso da força, porém em casos excepcionais, quais sejam, no caso de resistência ou tentativa de fuga do preso. Por sua vez, o §3º do artigo 474, alterado pela Lei nº 11698/2008, proíbe o uso de algemas no acusado durante o período que permanecer no Tribunal do Juri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes, entre outras previsões legais.

Dessa forma, aufere-se desses dispositivos legais que há um elemento comum: a utilização desse instrumento como medida extrema, excepcional, somente podendo se dar o uso como forma de impedir ou prevenir a fuga, desde que haja fundada suspeita ou receio e evitar agressão do preso contra os próprios policiais, terceiros ou contra si mesmo.

A questão é se é legítimo o uso de algemas em casos em que o preso não oferecer resistência e a probabilidade de fuga for remota. Não restam dúvidas de que o uso de algemas, quando ausentes as justificativas

que lhe fundamentem, risco de fuga, resistência à prisão e perigo para a integridade física dos envolvidos, são ilegítimas e desrespeitam a dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso III, assegura que ninguém será submetido a tratamento degradante e também consagra como princípio fundamental o respeito à dignidade humana (CF, art. 1º, III).

Costumeiramente, vemos as algemas sendo usadas de forma arbitrária e abusiva, com a forçosa intenção de constranger publicamente o preso, ferindo seus direitos constitucionalmente protegidos, quais sejam, o direito à imagem, à intimidade, vida privada, presunção de inocência e, principalmente, a dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Por conta desses arbitrarismos e exageros, aquilo que sempre representou um legítimo instrumento para a preservação da ordem e segurança pública, tornou-se objeto de profundo questionamento pela sociedade.

Por outro turno ao se defender a ilegitimidade do uso de algemas em todos os casos, esqueceu-se dos policiais, dos magistrados, dos representantes do Ministério Público, dos advogados que, na sua vida prática, se deparam com os presos, os quais, sem esses instrumentos, representam grave perigo para a vida e a integridade física de tais indivíduos e para a população em geral.

Assim, caberá à própria autoridade avaliar as condições em cada caso concreto que justifiquem ou não o uso das algemas. Nessa análise, o princípio da preponderância ou da razoabilidade devem guiar os agentes policiais e demais autoridades para que se evite a utilização arbitrária e abusiva desse instrumento tão útil e necessário.

4.2 Limitação ao uso das algemas

É sabido que os direitos fundamentais não são absolutos e que a coexistência concomitante de um direito com outros direitos levam à admissibilidade de limitações. Nesse sentido, o princípio da preponderância é o instrumento colocado à disposição do intérprete para,

no caso concreto, dirimir os antagonismos existentes entre os princípios constitucionais.

A medida baseada na proporcionalidade e razoabilidade ou proibição de excessos é aquela adequada ao fim que se propõe, portanto necessidade, imprescindibilidade e justificação teleológica são os três requisitos que devem estar presentes, ao caso concreto, quando se fizer presente o uso de algemas. Nesse sentido Gilmar Mendes (2008, p.120-121) acrescenta:

Utilizado de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios – o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, eqüidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o princípio da razoabilidade está ligado à própria idéia de Estado de Direito em razão da sua intrínseca relação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. Essa interdependência se manifesta especialmente na ocasião de conflito onde se busca uma solução justa e equilibrada.

Assim, a preocupação precípua da limitação do uso de algemas é que o seu uso abusivo constitui crime e viola os direitos fundamentais do preso, em especial o da dignidade da pessoa humana que é princípio cardeal do nosso Estado Constitucional e Democrático de Direito.

O núcleo essencial desses direitos fundamentais deve ser preservado de modo que um direito não possa superar o outro. Com isso para saber se o emprego de algemas é legítimo ou abusivo é necessário perquirir, diante do caso concreto, se a medida coercitiva é apta a atingir o objetivo

pretendido, se há algum meio menos gravoso para atingir o fim visado (proibição de excesso), e se há compatibilidade entre a medida e os valores do sistema constitucional (ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido).

Dessa forma, sempre em que não restar caracterizada a imprescindibilidade e a necessidade da medida coercitiva ou quando for evidente sua imoderação há flagrante desrespeito ao princípio da preponderância, sob pena de se configurar o crime de abuso de autoridade. Portanto, a análise de cada caso concreto distinguirá o uso correto ou o abuso, atentando para a busca da razoabilidade da medida.

4.3 Análise jurídica da Súmula Vinculante sobre algemas

O Supremo Tribunal Federal, no intuito de refrear todos os abusos relacionados ao uso das algemas, aprovou em 13.08.08, em sua composição plenária, por unanimidade, a súmula vinculante nº 11, que tem a seguinte redação:

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

A decisão de editar referida súmula ocorreu no julgamento do Habeas Corpus nº 91952-SP, em que o pedreiro acusado Antonio Sérgio da Silva, teve sua condenação pelo Tribunal do Júri anulada, em virtude de ter sido mantido algemado durante todo o seu julgamento, sem que a juíza-presidente daquele Tribunal apresentasse uma justificativa plausível para o caso.

Na ocasião, a Corte decidiu esclarecer melhor seu posicionamento sobre o uso generalizado das algemas e considerou abusivo o que tem ocorrido nos últimos tempos, pessoas detidas vêm sendo expostas algemadas aos flashes da mídia.

A excelsa Corte, por decisão plenária, fundamentou a edição da súmula vinculante decisão em vários preceitos constitucionais, entre eles o que coloca a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e os que, protegendo os direitos fundamentais, proíbem o tratamento desumano e degradante do indivíduo, a violação da imagem das pessoas, bem como o que assegura ao preso o respeito à sua integridade física e moral, em conformidade com o artigo 1º, inciso III e artigo 5º, incisos III, X e XLIX da Constituição Federal.

Em nível infraconstitucional, invocou o artigo 284 do Código de Processo Penal: “Não será permitido o emprego da força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso”; o artigo 350 do Código Penal, que trata do crime de exercício arbitrário do poder: “Ordenar ou executar medida privativa de liberdade, sem as formalidades legais ou com abuso de poder”; e na Lei 4898/65, que regula o direito de representação e o Processo de Responsabilidade Administrativa, Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade, em seu artigo 4º: “Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder”.

Indubitavelmente o STF no intuito de erradicar todas as dúvidas quanto à regulamentação do uso de algemas criou ainda mais polêmicas sobre o assunto. Tendo em vista as circunstâncias em que se deu sua edição, bem como a abrangência e o teor da referida súmula, alguns problemas práticos podem surgir de sua aplicação, trazendo insegurança jurídica e diminuição da segurança dos envolvidos na execução de prisões e na realização de atos envolvendo réus presos.

Não restam dúvidas de que a preocupação precípua do Supremo foi dar concretude aos direitos do preso, em especial o resguardo de sua dignidade humana, intimidade e presunção de inocência, porém não se pode olvidar que a mesma é alvo de inúmeras críticas. Fudoli (2008, on line) acrescenta:

Analisando-se os precedentes do STF sobre o tema, bem como o que foi discutido na sessão em que se aprovou o texto da súmula vinculante nº 11, verifica-se que as preocupações maiores se

relacionam com a divulgação da imagem do réu algemado, principalmente na execução de prisões em flagrante e ordens de prisão preventiva ou temporária. Vem logo à mente o caso de réus de “colarinho branco”, que não costumam reagir fisicamente à prisão. Fica claro que o que se evita é o sensacionalismo estimulado pelos órgãos de imprensa na cobertura jornalística da prisão de certas pessoas, que não são clientes habituais do sistema de justiça criminal. É importante ressaltar que o STF acertou ao coibir com veemência o sensacionalismo – e essa observação vale tanto para a criminalidade de “colarinho branco” quanto para a criminalidade “dos pobres” – eis que o direito de informar, titularizado pelos órgãos de comunicação social, não pode suplantiar o direito à intimidade e à imagem do preso.

A citada súmula vinculante restringiu o uso de algemas a três hipóteses taxativas: resistência à ordem de prisão legal, fundado receio de fuga do preso e agressão por parte deste ou de terceiros. Távora (2008, p.442) nos explica:

A resistência é definida como a possibilidade de o infrator “opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio”. O segundo motivo traduz-se no receio de fuga, “justificado quando o infrator, percebendo a atuação policial, empreende esforço para se evadir, ou quando é capturado após perseguição”. E por último, está o perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, já que o uso de algemas “pode se materializar em expediente para conferir ao procedimento segurança, evitando-se o mal maior que é o emprego de força física para conter o preso ou seus comparsas, amigos, familiares, inclusive com a utilização de armas, letais ou não”.

Assim, o uso de algemas deixou de ser regra e passou a ser exceção, limitando as hipóteses nas quais o agente, por meio de fundamentação escrita, considerar que tenha havido umas das hipóteses supracitadas.

Até o advento dessa súmula vinculante, a utilização das algemas, no ato da prisão, constituía ato discricionário para o policial encarregado de fazê-la, agora o ato restringe-se aos parâmetros por ela autorizados, desde que se justifiquem, por escrito, os motivos para tal.

Logo, a vedação da prática do ato de prevenção e contenção passou a ser regra, enquanto que a discricionariedade do agente foi suprimida, restando caracterizado o ato vinculado apenas aos casos excepcionais, em que se poderá algemar desde que se motive por escrito.

Vale ressaltar que a discricionariedade é a margem de liberdade deixada pela lei, para que, diante do caso concreto, o agente escolha a melhor providência a ser utilizada, visando atender o interesse público. Por sua vez não se confunde com a arbitrariedade, pois nesta o agente foge dos ditames legais.

É sabido que o uso de algemas é a técnica de imobilização que tem garantido, em grande parte, o sucesso das operações policiais, onde o agente que não adota procedimentos de segurança põe em risco não só sua integridade física, mas, também, de todos os cidadãos não envolvidos que possam ser expostos a esse tipo de agressão.

Ademais, poderá incorrer em obrigação de indenizar por parte de Estado, uma vez que por falta de cautela policial o suspeito poderá destruir patrimônio alheio para fugir de uma abordagem policial ou até mesmo agredir fisicamente outrem, como exemplo fazer um terceiro refém. Dessa forma, se o preso não for algemado e provocar danos a terceiros, o agente responderá civil e criminalmente por negligência e o Estado por danos materiais.

Partindo desse pressuposto a questão é bastante complexa, pois se o policial não algemar e ocorrer incolumidade a terceiros, o agente e o Estado responderão pelos danos e se aquele decidir algemar poderá incorrer, também, em responsabilidade.

Observa-se, pela dicção da referida súmula, que é preocupante o efeito prático da mesma sobre a autoridade policial, uma vez que pode vir a ser um elemento desestabilizador do trabalho da polícia. Muitas vezes o agente policial tem que prender um criminoso sozinho, correndo riscos.

Ademais, o policial militar que fizer uso das algemas deverá justificar por escrito o feito, devendo, ainda, atentar para a exposição indevida do preso à mídia, principalmente se algemado. O problema está na imprevisibilidade do comportamento humano, pois não se pode deixar de algemar um acusado esperando que ele não reaja.

É muito difícil para os policiais manterem o equilíbrio exato entre a necessidade das algemas e a sua dispensa, pois do mesmo modo que existem circunstâncias evidentes a caracterizar algum risco, outras são extremamente tênues. Assim, o termo “receio” empregado na súmula é extremamente subjetivo, tendo em vista a futura reação ou não do preso.

Não se pode ignorar os risco que os policiais correm nas suas operações, onde a progressão matemática de possibilidade de vantagem do acusado sem algemas obter êxito num confronto é geometricamente maior, enquanto que na desvantagem e risco de morte do policial a progressão é aritmética. Para a juíza de direito substituta do Tribunal de Justiça do Distrito Federal Rejane Jungbluth, seria impossível cumprir a imposição da súmula vinculante nº 11, conforme se vê:

Não houve, por parte dos ministros do Supremo, uma preocupação quanto ao elemento desestabilizador causado no trabalho da polícia, bem como do judiciário de primeiro grau, principais destinatários da norma e agora reféns de uma regra embaraçosa e desprovida de um maior comprometimento com a realidade do país.

Assim, é visível a dificuldade do cumprimento da súmula na prática forense. Bertasso (2009, on-line) sugere:

Ainda no que se refere à previsão na súmula vinculante nº 11 da sanção de nulidade da prisão ou

ato processual praticado com colocação de algemas, em função da ausência de justificação ou da falta de excepcionalidade da medida constritiva, isso só se sustenta se houver a demonstração de um efetivo prejuízo. Caso contrário, dada a subjetividade da questão, qualquer uso de algemas tornará discutível a validade da prisão ou do próprio processo, por meio de reclamação no STF. Caso não seja essa a interpretação, “a súmula estará algemando de vez o STF, que não fará outra coisa senão decidir quem deve ser algemado.

Outra questão levada a efeito para a Polícia Militar é no que tange à escolta de presos, pois seria muito difícil a substituição das algemas pelo reforço policial, pois para cada preso algemado conduzido deve ser empregado, no mínimo, um policial militar.

Conhecendo a realidade precária dos serviços penitenciários e policiais no Brasil, reconhecemos a dificuldade da substituição das algemas pelo reforço policial na escolta. Para cada pessoa presa e, que esteja algemada, deve haver pelo menos dois policiais em sua vigília. Em razão disso se o detido tiver que ser transportado sem algemas, no mínimo, este número terá que duplicar.

Nos dias de hoje, os agentes policiais já encontram muitas dificuldades para atender tais regras de segurança e, com a edição da súmula, nos casos em que o preso não atenda os requisitos para ser algemado, essa situação irá se agravar, pois implicará um reaparelhamento dos órgãos de segurança pública, conseqüentemente requererá um melhor aparato estatal.

Outro problema do ponto de vista prático é a insegurança a que as pessoas que irão frequentar os fóruns das cidades, seja para requerer certidões, participar de audiências, dirigir-se ao seu local de trabalho, entre outros, estão sujeitas, pois embora um preso esteja escoltado em audiência, o mesmo não estará algemado, podendo oferecer riscos aos terceiros alheios a essa situação. Assim, o uso de algemas é um instrumento de defesa social e dos próprios agentes estatais no seu cotidiano. Alvim (2009, on-line) nos ensina:

Inegavelmente, essa decisão fora precipitada, mesmo porque antes que houvesse o devido debate entre a sociedade, as instituições policiais e o Ministério Público; nada mais democrático. Não será absurdo que, com a publicação da súmula vinculante nº11, todas as polícias recuem de forma patente quanto ao cumprimento de seu papel constitucional, uma vez que inviabiliza o trabalho policial, retirando dos agentes do Estado a plena utilização de importante instrumento de trabalho, muitas vezes responsável por impedir tragédias e fugas de perigosos marginais. A equivocada interpretação de que as algemas são utilizadas como forma punitiva não encontra respaldo no cotidiano policial. Evidente que equívocos fazem parte, infelizmente da natureza humana, não se podendo atribuir aos policiais a exclusividade dos erros praticados durante tão árduo ofício.

Vale ressaltar que em alguns casos em que o não uso de algemas no preso colidiu com o direito fundamental à vida e à incolumidade física de terceiros. Como exemplo, podemos citar o caso do assassinato do juiz Rowland Barnes e de sua estenógrafa, Julie Brandau, na corte do Condado de Fulton, em Atlanta, Estados Unidos, em março de 2005. Ocorreu enquanto atuavam no julgamento de Brian Nichols, acusado de estupro, que sem usar algemas, conseguiu retirar a arma de fogo do policial e alvejá-los.

Não precisamos ir muito longe para mostrar outro exemplo. Ocorreu em Mato Grosso do Sul, em 2005, perto de Naviraí, onde um pecuarista de Itaquirí, acusado de matar duas pessoas por causa de uma dívida de R\$ 50,00, quando era transportado de Itaquirá para Naviraí, na parte traseira da viatura policial, sem antecedentes criminais e sem algemas, agarrou o volante e jogou a viatura contra uma carreta. O acidente matou o policial e feriu mais quatro pessoas.

Cite-se ainda o conhecido caso do juiz de Maracanaú, que em sala de audiência criminal, ao permitir a retirada das algemas de um réu envolvido

com um grupo de extermínio, foi sacudido sorrateiramente através de um cusoco (arma branca imprópria confeccionada artesanalmente no interior dos presídios). O acusado atentou contra a vida do juiz, Doutor Geraldo Bezerra, que saiu gravemente ferido à altura da face e o réu foi responsabilizado pela prática de homicídio tentado.

Evidentemente a literatura policial pátria, constantemente, noticia incidentes graves e deles até fatais em face do mal uso de algemas. Assim, tais exemplos mostram a insegurança jurídica e social ocasionada pelo não uso das mesmas nos detidos. Chagas (2010, on-line) assegura:

Infelizmente o STF ao editar a súmula nº esqueceu-se dos princípios constitucionais estruturantes de uma nação civilizada e democrática, quais sejam, o direito à preservação da vida, incolumidade física do policial e de terceiros, e o da igualdade, ou da isonomia, onde em situações iguais todos devem ter legalmente o mesmo tratamento. Administrativamente deixou passar despercebidos os princípios da eficiência e da responsabilidade do agente, onde no ato da prisão deve a autoridade praticá-la de modo a evitar danos previsíveis e irremediáveis a si, ao preso ou a terceiros.

Dessa forma, o emprego das algemas, no ato da prisão, se torna extremamente necessário por várias razões: para proteção e segurança da integridade física do policial encarregado da diligência contra possíveis e inesperados atos de agressão do preso; para resguardar a incolumidade física de terceiros, em face de atos de rebeldia do prisioneiro; para evitar fuga do preso; para evitar a destruição de provas e para proteção do preso que pode atentar contra a própria vida.

Quem defende a legalidade da súmula afirma que a mesma veio não só para regulamentar o uso de algemas, como também para pôr fim ao sensacionalismo feito pela mídia quando uma prisão ou outro ato processual é realizado, principalmente quando se trata de uma pessoa famosa ou de alto escalão da sociedade.

O uso quase sempre indiscriminado das algemas constitui uma arbitrariedade que foge dos ditames da lei brasileira e serve, muitas vezes, para espetacularizar a operação policial, conquistando visibilidade no meio social e submetendo o detido a uma situação degradante e vexatória.

É sabido que o cidadão ao ser preso já perde seu status quo, qual seja, o de liberdade, o direito de ir e vir sem limitações. Diante dessa situação, vislumbrando-o pelo princípio constitucional da presunção de inocência, o simples ato de se manter algemado já produz nas pessoas uma suposta condenação. Tal motivo, como já explicitado anteriormente, foi reanalisado na reforma do procedimento do Jurí, Lei 11689/2008, autorizando o uso de algemas apenas em casos excepcionais, como forma de não influenciar os jurados no momento do seu voto.

Costumeiramente, a mídia, em relação a matéria penal e processual, mostra versões ainda não conclusivas, sem quaisquer respaldos legais quanto às provas, tirando conclusões apenas pelos indícios existentes nos autos e afirmando à sociedade como se verdadeiras fossem. Trata-se de uma precondenação, ou seja, a pessoa está condenada antes mesmo de ser julgada. Andrade (2007, p. 300) explica:

Se a dúvida expressa a real situação do acusado durante o processo penal e, conseqüentemente, deve o mesmo ser tratado como um cidadão inocente até o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória, então com muito mais razão impõe-se este tratamento durante a fase inicial na qual ainda tramitam as investigações a respeito do caso ainda latente. No entanto, em termos jornalísticos, está é a fase na qual cabe a mais ampla cobertura, já que permite maior exposição sensacionalista das circunstâncias do crime, da perseguição do suspeito, sua prisão e subseqüentes depoimentos a partir daí gerados. Os efeitos de tais divulgações – maciças no início e cada vez menos freqüentes com o passar dos meses/anos- culminam com a influência exercida nos principais sujeitos processuais (ou atores do

processo) e, principalmente, na convicção do órgão jurisdicional com competência constitucional e legal para processar e julgar o réu, seja ele togado ou leigo, singular ou colegiado.

Críticas à parte, não se pode negar que o Supremo Tribunal Federal, ao editar referida súmula, deu concretude aos direitos fundamentais dos presos, quais sejam, direito à imagem, intimidade, vida privada, presunção de inocência e, em especial, à dignidade da pessoa humana, fundamento de importância máxima na Constituição Federal de 1988. A Relatora Ministra Carmen Lúcia, sobre o uso de algemas no HC 89429, em 22 de agosto de 2006, assim se posicionou:

O uso de algemas não pode ser arbitrário e principalmente que a prisão não é espetáculo, pois a atuação da Polícia Federal, principalmente, quando presos temporários são expostos à ação devastadora das câmeras de televisão, deve ser revista com urgência. Possivelmente, se não houvesse registro midiático das prisões, sequer haveria provocação do STF sobre o assunto, embora seja de todo recomendável essa manifestação pretoriana.

Da fundamentação da ministra, conclui-se que não é a restrição da liberdade com o uso de algemas, quando das prisões em flagrante ou decretadas judicialmente, que fere a dignidade da pessoa humana, a honra ou a integridade física e moral das pessoas por si só, não é a prisão legal, procedida com o uso de algemas, que configura tratamento degradante. O que configura clara e efetiva violação à imagem das pessoas, além de criar constrangimento moral e ferir profundamente a honra e a dignidade da pessoa humana é a execração pública que pune sem julgamento.

Assim, pode-se dizer que a súmula vinculante ora em análise foi editada não só para regulamentar o uso de algemas, mas também para acabar com o sensacionalismo feito pela mídia quando uma prisão ou outro ato processual é realizado. A relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais pode ser apontada em cinco aspectos, bem descritos por Boldrini (2003, p.2):

Num primeiro aspecto, dignidade da pessoa humana pode ser vista como unidade de valor de uma ordem constitucional e, principalmente, como unidade de valor para os direitos fundamentais. Num segundo aspecto, como elemento de habilitação de um sistema positivo dos direitos fundamentais, a proteção e a promoção da dignidade do homem sustenta e afere legitimidade a um Estado e a uma sociedade que tenham a pessoa humana como fim e como fundamento máximos. Numa terceira acepção, a relação entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana seria uma relação de "praxis" no interior teórico da ordem constitucional. Num quarto, tem-se a perspectiva da dignidade da pessoa humana como parâmetro na dedução de direitos fundamentais implícitos, seguindo a concepção de que a própria dignidade consistiria um direito fundamental na medida em que se manifestasse *stricto sensu*. Por fim, tem-se a perspectiva da dignidade da pessoa humana como limite e função do Estado e da sociedade, na dupla vertente de que tanto um quanto outro devem respeitar e promover a dignidade.

Ainda sobre o referido princípio, Piovesan (2003, p.33) complementa:

Conclui-se que a Declaração Universal de 1948, ao introduzir a concepção contemporânea de direitos humanos, acolhe a dignidade humana como valor a iluminar o universo de direitos. A condição humana é requisito único e exclusivo, reitera-se, para a titularidade de direitos. Isto porque todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de nenhum outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade humana se projeta, assim, por todo o sistema internacional de projeção. Todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do

positivismo jurídico, incorporam o valor da dignidade humana.

Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana funciona como princípio estruturante, ou seja, representa o arcabouço político fundamental constitutivo de uma Nação e sobre o qual se assenta todo o ordenamento jurídico, razão pela qual, uma vez desrespeitando-o, estará se atentando contra o Estado Democrático de Direito.

Com isso, entendemos que todos devem ter preservada a sua imagem, como extensão da proteção à dignidade da pessoa humana. O uso devido, legítimo e necessário das algemas não fere essa dignidade, mas o seu excesso, bem como a exposição exagerada do preso à mídia portando algema, desrespeita esse princípio. Em recentíssima decisão o Superior Tribunal de Justiça se posicionou pela legalidade do uso de algemas, inclusive, no presente caso, trata de um menor infrator, conforme se vê:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A HOMICÍDIO QUALIFICADO PRATICADO PARA IMPLEMENTAÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS NO LOCAL DO FATO. INVIABILIDADE DA PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DA NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO EM RAZÃO DO USO DE ALGEMAS PELO MENOR. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SÚMULA VINCULANTE 11 DO STF. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ALTA PERICULOSIDADE DO REPRESENTADO. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. A excepcionalidade do uso de algemas, consignada principalmente na Súmula Vinculante 11 do STF - que dispõe que só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito - não obsta o seu

emprego se demonstrada, por decisão fundamentada, a necessidade de serem precavidos os riscos antevistos no próprio enunciado sumular.

2. Na hipótese, a premência no uso do referido instrumento de jugo foi irrepreensivelmente declinada pelo Juiz condutor da audiência de apresentação ao esclarecer que o menor em questão possui alto grau de periculosidade, entrevisto pelo seu profundo envolvimento com o tráfico de drogas e pela forma de execução do ato sob investigação, caracterizado por desmedida violência, uma vez que teria promovido a morte de morador que se opôs à instalação da sede do tráfico em sua residência, alvejando-a com vários tiros e jogando seu corpo em uma lixeira e acertando sua cabeça com uma pedra.

3. Parecer ministerial pela denegação da ordem.

4. Ordem denegada.

(HC 140.982/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 22/02/2010)

Dessa forma, apesar de no caso mencionado, o infrator ser um menor, amparado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, observamos que esse Egrégio Tribunal posicionou-se dentro da ótica da análise da concretude, primando pelo princípio da preponderância, ou seja, analisou quais os fatores e direitos que deveriam ser sopesados e levados em maior consideração. Por seu turno, em outra decisão, o mesmo Tribunal assim se posicionou:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL. USO DE ALGEMAS. SÚMULA VINCULANTE Nº 11 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. HIPÓTESES DE CABIMENTO.

1. O STF, ao editar a Súmula Vinculante nº 11, firmou a compreensão de que o uso de algemas, por se tratar de medida coercitiva excepcional, é restrita aos casos de a) resistência à prisão, b) fundado receio de fuga ou c) perigo à integridade física do preso e/ou de terceiros, sob pena de responsabilização civil, disciplinar e penal do agente público coator, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

2. Hipótese em que o Tribunal a quo consignou que a utilização de algemas, restrita ao interior das viaturas policiais, decorreu da quantidade elevada de indivíduos transportados em automóveis desprovidos de mecanismo de segurança, o que ameaçaria a integridade física de seus ocupantes.

3. Recurso Especial não provido.

(REsp 1125799/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 11/12/2009)

No presente caso, o princípio da razoabilidade, também, foi utilizado, uma vez que, no acórdão se justifica o uso de algemas, diante do caso concreto, em virtude da quantidade elevada de indivíduos transportados em automóveis desprovidos de mecanismo de segurança, que, caso não fossem algemados, poderiam ameaçar a integridade física dos outros ocupantes.

Diante de todo o exposto, observamos um aparente conflito de direitos fundamentais. De um lado o direito à vida, à incolumidade física do agente e de terceiros e do outro, os direitos individuais do preso, quais sejam, sua imagem, intimidade, vida privada, presunção de inocência e dignidade da pessoa humana.

Assim, as algemas somente deverão ser empregadas depois de observada a real necessidade comprovada para cada caso concreto, haja vista que a força só poderá ser utilizada pelos policiais em caso estritamente necessário, respeitando a proteção da dignidade humana do

preso, devendo o princípio da preponderância e da razoabilidade ser o vetor precípuo para a análise da legalidade do ato de prisão efetuado pelas autoridades.

5. CONCLUSÃO

Acredita-se que há quatro mil anos, nos relevos mesopotâmios, as algemas já eram usadas nos prisioneiros. O uso das algemas, para muitos, é uma questão polêmica por falta de disciplina jurídica sobre o assunto, porém defende-se que o seu uso deveria ser regulado, no contexto atual, pelo artigo 19 da Lei de Execução Penal, visto que ele sinaliza a existência de um decreto federal para disciplinar o emprego de algemas, entretanto até os dias atuais, não se tem esse decreto que cuide da matéria, tratando-se, portanto de norma de eficácia limitada. Certo é que, até então, a solução ficava a mercê da jurisprudência pátria.

Ante essa insegurança jurídica e a falta de normatização quanto ao correto uso de algemas, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 11, como forma de coibir os abusos causados pelos policiais, bem como de respeitar os direitos fundamentais, quais sejam, imagem, intimidade, vida privada, presunção de inocência e dignidade da pessoa humana.

Essa súmula vinculante prevê que só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros. Contudo se admite a excepcionalidade por escrito, sob pena do agente ou da autoridade responder disciplinar, civil e penalmente e de nulidade da prisão ou do ato processual, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Com o intuito de findar as diversas celeumas existentes quanto ao uso das algemas, o Supremo Tribunal Federal criou novas polêmicas com a edição da citada súmula vinculante nº. 11, tendo em vista a insegurança jurídica criada e o conflito de direitos fundamentais entre os sujeitos envolvidos no ato da prisão e de terceiros alheios a essa situação, entre outras.

Entende-se que o uso indevido, ilegítimo e desnecessário de algemas, bem como o seu excesso e a sua injusta colocação fere a integridade física e a dignidade do ofendido. Como extensão desse

princípio entende-se que todos devem ter preservada a sua imagem, cuja exposição exagerada à mídia, com o uso de algemas, atenta contra o princípio cardeal do nosso Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Por outro lado, a súmula vinculante trouxe um tolhimento da discricionariedade da autoridade no momento da prisão. O que antes era regra, agora passou a ser exceção. Hoje, o que é preocupante é o efeito prático da mesma sobre a autoridade policial, uma vez que pode vir a ser um elemento desestabilizador do trabalho da polícia. Muitas vezes o agente policial tem que prender um criminoso sozinho, correndo risco de morte.

Assim, o policial que fizer uso de algemas, segundo a súmula, deverá justificar por escrito o feito, devendo, ainda, atentar para a exposição indevida do preso à mídia. O problema está na imprevisibilidade do comportamento humano, pois não se deve deixar de algemar um acusado esperando que ele não reaja. Dessa forma é latente o perigo que os policiais correrão com a restrição do uso das algemas nas diligências e, por ventura, terceiros alheios às diligências.

Diante do exposto, direitos fundamentais em apreço entram em aparente conflito no ato de se algemar um indivíduo. O direito à vida e à incolumidade física é previsto constitucionalmente e os direitos à imagem, à presunção de inocência e à dignidade humana também os são.

Conclui-se, portanto, que direitos fundamentais não são absolutos e que as normas constitucionais estão articuladas em um sistema organizado e havendo conflito entre eles deverão ser sopesados no caso concreto. Assim sendo, o princípio invocado nesse conflito será o da preponderância. Tal princípio organiza os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de um direito em detrimento de outros, realizando dessa forma uma redução razoável do âmbito de alcance de cada um e buscando o verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Sendo assim as algemas somente deverão ser empregadas depois de observada a real necessidade comprovada para cada caso concreto, visto que a força só poderá ser utilizada pelos policiais em caso estritamente necessário, respeitando-se a proteção da dignidade humana

do preso, princípio cardeal do nosso Estado Democrático de Direito, caso contrário deixa de ser um instrumento de segurança pública para ser um meio de arbítrio.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Coordenação por Antonio Luiz de Toledo Pinto. Vade Mecum. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13.ed.rev e atual. São Paulo. Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Uso de Algemas**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, ano II, n. 7, 2005.

CAVALVCANTI, Ubyratan Guimarães. **O uso de algemas**, in revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ministério da Justiça, 1993.

GARCIA. Roberto Soares. **Pulseirinhas, Tornozeleiras e Inconstitucionalidade da Lei nº 12.906/08**. IBCCRIM – ano 16, n. 187, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Algemas**: STF disciplina seu uso. Revista Direito Militar. São Paulo, ano XII, n. 72, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **O uso de algemas no nosso país está devidamente disciplinado?** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2921>>. Acesso em: 28 out. 2010.

GRILHÕES. **Wikipédia**, a enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Grilh%C3%B5es>>. Acesso em: 05 out. 2010.

HERBELLA, Fernanda. **Algemas e a dignidade da pessoa humana**: fundamentos jurídicos do uso de algemas. São Paulo: Lex, 2008.

JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado**. 18ª ed. São Paulo. Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 4 ed. São Paulo. Atlas, 1996.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução Penal**: comentários à Lei nº. 7210 de 11/07/1984. 10 ed. São Paulo: Atlas.2002

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8 ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 3d. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004.

PIOVESAN,
Flávia. **Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Human**
a. Revista dos Advogados. Ano 23. Nº 70. São Paulo, 2003.

SILVA, Silvio França da. **Algemas, Estreito Limite entre a
Legalidade e o Abuso**. Revista Força Policial, São Paulo. Nº 29, 2001.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. **Curso de Direito Processual
Penal**. 2. ed.Salvador: Juspodivm, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3º volume.
31.ed.rev.e atual.São Paulo. Saraiva, 2009.

PROVAS NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

RICARDO

BAVARESCO

BONGIOLO: Graduado em Direito pela UNISUL e Pós-Graduado em Direito Constitucional no Damásio de Jesus.

Resumo: O tema provas sempre foi importante no direito brasileiro. Hoje, mais do que nunca, haja vista que a nova Lei n. 11.690/2008, alterou o Código de Processo Penal no tocante as provas, o que significou muito para o esclarecimento de alguns assuntos que antes eram tratados apenas pela doutrina e jurisprudência. Assim, com a finalidade de apresentar ao leitor uma breve visão deste tema, o artigo destina-se a esclarecer primeiramente o conceito de provas no tocante a interceptações telefônica para após enfrentar o caminho traçado até o surgimento de uma lei que regulamentasse o tema, para então verificar seus conceitos e natureza.

Palavras-chave: Interceptação telefônica, natureza jurídica, Lei n. 9692/96.

Abstract: The subject matter has always been important in Brazilian law. Today, more than ever, since the new Law no. 11.690/2008, amended the Code of Criminal Procedure in relation to the evidence, which meant a lot for the clarification of some matters that were previously treated only by doctrine and jurisprudence. Thus, in order to present the reader with a brief overview of this topic, the article aims to clarify first the concept of evidence regarding telephone interceptions after facing the path traced to the emergence of a law that regulates the subject, to Then check their concepts and nature.

Keywords: Telephone interception, legal nature, Law n. 9692/96.

Sumário: Introdução. Previsão da interceptação das comunicações telefônicas na Constituição Federal e o surgimento com a Lei n. 9296/96. 3. Natureza jurídica da interceptação telefônica. Conclusão.

Introdução

Por ser um meio fácil e rápido para efetuar comunicações, o telefone móvel se tornou indispensável nas vidas dos brasileiros atualmente, a ponto de quase alcançar a sua integralidade da população.

Se por um lado essa tecnologia tem facilitado à vida de muitas pessoas, por outro ela tem sido utilizada para o cometimento de crimes, notadamente o tráfico de drogas. No entanto, muitas vezes o que era para ser sigiloso em uma investigação, como por exemplo, aspectos íntimos, acabam ao conhecimento do povo, chegando ao ponto de se tornar explorada e conhecida por boa parte da sociedade.

Desse modo, para que o ser humano tenha seus direitos assegurados e resguardados é preciso que se estabeleçam limites para invadir a intimidade do outro e, assim, não ferir princípios basilares previstos na Constituição Federal.

Partindo destas considerações iniciais, com base no exercício da reflexão a respeito do tema, procurar-se-á fazer uma breve análise da previsão constitucional dessa ferramenta e da necessidade de uma lei regulamentadora para a medida.

1. Previsão da interceptação das comunicações telefônicas na Constituição Federal e o surgimento com a Lei n. 9.296/96

Segundo Avolio, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, transformou-se o cenário jurídico pertinente à matéria (2010, p. 150). Atento a necessidade de mudanças, o legislador finalmente autorizou a interceptação telefônica nos seguintes termos:

“(...)XII - É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”

A preocupação, agora, passou a ser a de regulamentar esse inciso, o qual o próprio texto constitucional obriga a disciplinar a matéria. Assim, conforme Grinover:

“Ainda antes da convocação da Assembleia Nacional Constituinte, em diversas ocasiões havíamos manifestado o entendimento de que se fazia imprescindível a interceptação do legislador brasileiro, para o adequado tratamento das interceptações telefônicas autorizadas, delineando, para tanto, as linhas mestras a serem observadas pela lei ordinária. Agora aprovado o projeto de texto constitucional, o próprio mandamento da Lei Maior obriga o legislador a disciplinar minuciosamente a matéria” (1999, p.91).

Verificou-se na época, portanto, a imperiosa necessidade de um diploma legal específico, visto, segundo Barros (1996, p.153), que em matéria de direitos fundamentais qualquer restrição só pode ter por base a própria Constituição ou uma lei.

Segundo Lima Filho:

“Enquanto muitos projetos tramitavam no Congresso nacional nesse período, havia juiz que autorizava a interceptação telefônica com base no famigerado art. 157 do Código Brasileiro de Telecomunicações.” Nesse cenário, foi possível perceber uma gravosa confusão no sentido de instabilidade, pois “de um lado, os órgãos persecutórios pressionavam o judiciário para contar com o poderoso meio probatório da interceptação telefônica, de outro, não menos certo é que havia necessidade da interposition legislatoris” (1996, p. 93).

Dessa maneira, restou evidenciado que no período de 1.988 até julho de 1.996, as características do direito brasileiro, no que se refere às interceptações telefônicas, evidencia Gomes que foram:

“Ausência de um regime jurídico adequado (embora isso fosse constitucionalmente exigido), omissão legislativa, autorizações judiciais controvertidas, incursões duvidosas no âmbito da

intimidade de inúmeros indivíduos, desrespeito em consequência a vários direitos fundamentais, insegurança jurídica e frustração da atividade persecutória”. (Gomes, 2013, p. 19).

Cabe mencionar, no entanto, que a posição do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de que o Código Brasileiro de Comunicações, mais precisamente no seu artigo 57, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, conforme:

CONSTITUCIONAL. PENAL. PROVA ILICITA: "DEGRAVAÇÃO" DE ESCUTAS TELEFONICAS. C.F., ART. 5., XII. LEI N. 4.117, DE 1962, ART. 57, II, E, "HABEAS CORPUS": EXAME DA PROVA.

I. - O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFONICAS PODERA SER QUEBRADO, POR ORDEM JUDICIAL, NAS HIPÓTESES E NA FORMA QUE A LEI ESTABELECE PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL OU INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL (C.F., ART. 5., XII). INEXISTÊNCIA DA LEI QUE TORNARA VIAVEL A QUEBRA DO SIGILO, DADO QUE O INCISO XII DO ART. 5. NÃO RECEPCIONOU O ART. 57, II, E, DA LEI 4.117, DE 1962, A DIZER QUE NÃO CONSTITUI VIOLAÇÃO DE TELECOMUNICAÇÃO O CONHECIMENTO DADO AO JUIZ COMPETENTE, MEDIANTE REQUISIÇÃO OU INTIMAÇÃO DESTE. E QUE A CONSTITUIÇÃO, NO INCISO XII DO ART. 5., SUBORDINA A RESSALVA A UMA ORDEM JUDICIAL, NAS HIPÓTESES E NA FORMA ESTABELECIDADA EM LEI.

Aduz Silva (1996, p. 178) a necessidade de uma lei, passou a ser indispensável e até mesmo urgente, pois um dos requisitos para o cabimento da interceptação telefônica era a elaboração de lei regulamentadora, o art. 5º, XII, da Constituição da República Federativa do

Brasil de 1988 não podia ter aplicabilidade imediata (norma constitucional de eficácia limitada ou não autoaplicável).

Portanto, pelos motivos que já foram expostos, aliado a pressão de todas as partes, levaram o legislador infraconstitucional a dar prioridade para o assunto. Dessa forma, em julho de 1.996 entraria em vigor a Lei n. 9.292/96, surgindo com o objetivo de regulamentar o inciso XII, do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Para maior entendimento dessa lei, passa-se a verificar o conceito de interceptação telefônica para se entender como esta pode ser aplicada em um processo penal.

2. Conceito de Interceptação

Hodiernamente a interceptação telefônica tem sido um veículo de utilização para o combate da criminalidade. Por isso definir o que é interceptação se torna tão importante, para que os agentes públicos utilizem dessa ferramenta de forma correta. Partindo dessa premissa, o dicionário Aurélio conceitua: interceptar (de intercepto + ar) significa, etimologicamente, interromper no seu curso, deter, impedir na passagem, cortar, reter, empolgar.

No entanto, segundo Gomes (2013, p.17): a palavra ‘interceptação’ não deve ser tomada em seu sentido lato ou corriqueiro como ato de interromper, obstaculizar, deter ou cortar, mas sim no sentido de ‘captar’ a comunicação telefônica, tomar conhecimento, ter contato como o conteúdo dessa comunicação.”

Segundo Avolio:

“A interceptação telefônica strictu sensu, é a captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores. Seria aquela atividade que se efetivaria por meio de “grampeamento”, ou seja, pelo fato de “interferir numa central telefônica, nas ligações da linha de telefone que

se quer controlar, a fim de ouvir e/ou gravar conversações”. (2010, p. 94).

Infere-se dessa desse conhecimento, que a interceptação telefônica nada mais é do que um terceiro escutando conversas sem o conhecimento dos interlocutores. Grinover diz que na verdade trata-se de tomar conhecimento, de obter as mesmas informações que os comunicantes fazem entre si. “É como se um terceiro acessasse o diálogo travado entre as partes” (1982, p. 251).

Com efeito, para maior entendimento desse conceito, torna-se necessário realizar algumas diferenciações entre a interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação clandestina.

Conforme Greco Filho:

“Na interceptação telefônica, um terceiro realiza a gravação sem que os interlocutores dela tenham conhecimento. Já na escuta telefônica, um terceiro realiza a gravação, mas com o conhecimento de um dos interlocutores. Por sua vez, na gravação clandestina, um dos interlocutores grava a conversa, sem o conhecimento do outro” (2012, p. 162).

Como se vê, existe uma sutil diferença entre interceptação telefônica e escuta telefônica. Aquela se concretiza sem o conhecimento dos comunicadores. Na segunda um dos comunicadores sabe da interceptação, da captação, logo, a ofensa acontece apenas contra um deles. Já na gravação clandestina, é a gravação da comunicação telefônica por um dos comunicadores.

Há ainda outras três situações distintas a interceptação ambiental, a escuta ambiental e a gravação ambiental.

Conforme Streck:

“A interceptação ambiental é a captação da conversa entre os interlocutores presentes, efetuada por um terceiro dentro de um ambiente público ou

privado, em que se encontram os interlocutores, sem o conhecimento destes do fato. A escuta ambiental é a captação de uma comunicação, no ambiente dela, feita por terceiro, com o consentimento de um dos comunicadores. Por fim, a gravação ambiental é a captação no ambiente da comunicação feita por um dos comunicadores (ex: gravador, câmeras ocultas, etc.)” (1997, p. 101).

Enfim, observa-se que são objetos da Lei n. 9.296/96 apenas a interceptação telefônica em sentido estrito e a escuta telefônica. É que apenas nessas duas hipóteses há comunicação telefônica e um terceiro interceptador.

Tanto a interceptação telefônica, como a escuta telefônica, construindo prova lícita e admissível, se não autorizadas, configura crime, constituindo provas ilícitas, sendo inadmissível, salvo em benefício da defesa.

No entanto, o que não pode ocorrer é a confusão da interceptação e escuta, de um lado, com gravação telefônica. A propósito, o Superior Tribunal de Justiça fez a necessária distinção:

“A interceptação telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, que depende de ordem judicial, nos termos do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal. Por sua vez, a escuta é a captação de conversa telefônica feita por um terceiro, com o conhecimento de apenas um dos interlocutores, ao passo que a gravação telefônica é feita por um dos interlocutores do diálogo, sem o consentimento ou a ciência do outro”.

Infere-se, portanto, que tanto na interceptação telefônica quanto na escuta há um terceiro escutando, no entanto, nesta, há o consentimento de um dos interlocutores. Já na gravação telefônica, esta é feita por um dos interlocutores. Sobre o conceito interceptação telefônica, citado acima,

cabe reflexões e alguns apontamentos para melhor compreensão do tema deste estudo.

3. Natureza jurídica da interceptação telefônica

A interceptação telefônica é um instrumento que visa produzir provas, sendo assim afirma Grinover: o provimento judicial que autoriza a execução das interceptações telefônicas tem natureza cautelar, tendo por objetivo assegurar as provas por meio da fixação dos fatos da forma como se apresentam no momento da conversa. (2011, p. 209). Corroborando com esse entendimento, Mendes (1999, p. 182) assevera que a interceptação é medida cautelar preparatória quando realizada na fase policial, e incidental quando realizada na Justiça durante instrução.

Conforme Jesus:

“A própria natureza da interceptação telefônica atribui-se este caráter acautelador *inaudita altera parte*, na medida em que permitir ao acusado o conhecimento da interceptação contra ela mesma produzida, seria barrar por completo o final de sucesso da diligência”. (1997. p. 458).

Dessa maneira, a tutela cautelar torna-se necessária diante da impossibilidade de se fazer com rapidez e segurança jurídica o processo de conhecimento condenatório.

Conforme Grinover (2011, p. 210), para a concessão da interceptação telefônica exige-se a presença dos dois requisitos que justificam as medidas cautelares: o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Assim, para ser decretada pelo juiz a Interceptação telefônica, são necessários esses dois requisitos, sendo que:

Segundo Gomes:

“Para ser caracterizada a existência de *fumus boni iuris* (aparência de bom direito) no processo penal, se faz necessária a concorrência de duas exigências: a

probabilidade de autoria ou participação numa infração penal-relacionada ao agente; e 2) a probabilidade de existência de uma infração penal-relacionada à infração propriamente dita, à sua materialidade. Enquanto o *periculum in mora* é a imprescindibilidade da interceptação, enquanto a inexistência de outros meios de prova” (1997, p. 67).

Portanto, verifica-se antes de mais nada, que a Interceptação é uma medida cautelar que visa produzir provas. É cautelar justamente porque restringe um direito individual. Se ela restringe um direito individual ela é um mal em si mesma, mas é um mal por vezes necessário quando você não puder fazer a prova por outro meio menos invasivo. Para tanto, ela vai exigir dois requisitos que são quais: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Esse conhecimento vai ser melhor estudado no próximo capítulo, no qual se pretende verificar a admissibilidade da interceptação telefônicas e outros assuntos correlatos.

Conclusão:

A interceptação da comunicação telefônica é um importante método de investigação, não só no Brasil, como em vários outros países do mundo. Para enfrentar a criminalidade organizada é considerada um meio investigativo inigualável, capaz de mapear a sua existência e traçar os seus contornos.

É inegável que este assunto requer uma discussão ampla, o qual se deve dar a devida atenção, pois atinge a coletividade de modo geral, principalmente pelo fato de as organizações criminosas estarem cada vez mais preparadas e perigosas. Nesse cenário, nitidamente se percebe o crescimento desgovernado das organizações criminosas no Brasil o que fez com que o Poder Público avançasse nos estudos para alcançar os melhores meios de prevenção e repressão ao crime organizado, atuando principalmente na composição de leis que conseguissem combater esse tipo de organização.

É necessário, porém, evoluir ainda mais, aprimorando o seu uso pelos operadores do direito, legisladores e por todos que com ela têm contato. Apesar de ser um meio eficaz, é preciso que dela se utilize corretamente, para não deixar margem para eventual ilegalidade de prova a ser arguida pelos advogados de defesa, o que pode macular toda uma investigação, sendo que estas são muitas vezes demoradas e de difícil elucidação.

Referencias:

[1] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 161.053/SP. Relator: Min. Jorge Mussi. 03 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010;

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 69912/RS. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 16 de dezembro de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2017;

GOMES, L. F.; CERVINI, R. **Interceptação telefônica**. São Paulo: RT, 1997, p.67.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação Telefônica: comentários à Lei 9.296**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013;

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. São Paulo: RT, 1982;

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O regime brasileiro das interceptações telefônicas**. In: Revista Forense, v338. 1999;

JESUS, Damásio Evangelista de. **Interceptação de comunicações telefônicas: notas à Lei 9.296, de 24/07/1996**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 86, n. 735, 1997;

LIMA FILHO, Altamiro de Araújo. **Alterações do Código Penal e Processo Penal**. 2. ed. Leme: LED, 1996;

MENDES, M. G. de. **Direito à intimidade e interceptações telefônicas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999;

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1996.

O QUE É DIREITO E QUAL A INFLUÊNCIA DESTA (RE)LEITURA NO ATUAR DAS INSTITUIÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

JOÃO PAULO FERREIRA MENDES: Graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal. Advogado e Professor.

RESUMO: Objetivamos repensar a ciência jurídica, perpassando pela leitura eminentemente positivista e *jus* naturalista do direito, apontando críticas a ambas. Como alternativa, propusemos uma releitura do direito a partir da análise do caso concreto, na medida em que é no desenrolar da (des)construção social é que as ciências sociais aplicadas devem ser (re)pensadas, abandonando-se a imobilidade e buscando verdadeiramente atender aos anseios que lhe são apresentados diuturnamente.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. O QUE É DIREITO E QUAL A INFLUÊNCIA DESTA (RE)LEITURA NO ATUAR DAS INSTITUIÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA?. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.

INTRODUÇÃO

O presente estudo se funda na análise do que é o direito.

Objetivando estabelecer uma leitura crítica do ordenamento jurídico e superando a dualidade entre positivismo e *jus* naturalismo, o trabalho traçará críticas aos modelos clássicos de concepção do direito, perpassando por suas consequências no ensino jurídico e na formação dos novos juristas, bem como proporá um novo paradigma para se pensar o ordenamento jurídico com olhos voltados para complexidade das relações sociais. O reduzir do direito aos comandos legais ou sua submissão aos influxos da moral esvaziam o pensar jurídico além de sucumbir diante das críticas postas.

O QUE É DIREITO E QUAL A INFLUÊNCIA DESTA (RE)LEITURA NO ATUAR DAS INSTITUIÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA?

Na construção de uma leitura crítica do direito posto, para se entender as funções atribuídas aos entes estatais e o modo pelo qual eles têm efetivado suas atribuições (constitucionalmente outorgadas), necessário se faz que seja debatido o que é o direito.

A primeira desconstrução a ser trabalhada é sobre o conceito de direito e sua relação com a lei. Os imperativos normativos são oriundos do processo legislativo, tal qual previsto na Constituição Federal, competindo, precipuamente, ao poder legislativo inovar o ordenamento jurídico, produzindo as diversas espécies legais constantes do artigo 59 da Carta Maior.

As instituições perfiladas na Constituição têm por objetivo efetivar comandos normativos, tema amplamente debatido no capítulo II do presente trabalho. Mas, antes de se levar as atenções às classificações normativas e atribuições legais, necessário se faz que seja pensado o direito numa sociedade contemporânea, em que a efetiva prestação jurisdicional exige mais do que a simples aplicação da lei, na medida em que ela não se conforma com a cultura jurídica predominante e exige uma reinterpretação da legislação diante do caso posto.

Nesse cenário, o Ministério Público surge como instituição que efetiva o acesso à justiça e tutela os direitos e garantias fundamentais, superando a visão estritamente reducionista que paira sobre o Parquet -- órgão eminentemente acusador, titular da ação penal pública.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 o Ministério Público tomou nova roupagem e se fortaleceu enquanto instituição, na medida em que seu leque de atuação foi ampliado.

É nessa perspectiva que a Instituição tem se valido dos instrumentos processuais que foram postos à sua disposição para modificar a realidade social e efetivar os direitos e garantias fundamentais, tornando-se elemento fundamental na engrenagem do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Para se pensar o Ministério Público, necessário se faz entender a formação acadêmica dos estudantes de direito, futuros aplicadores da lei. Nesse intento, Antônio Alberto Machado parte da necessidade de se pensar a formação acadêmica, lecionando:

É bem por isso que tem sido cada vez mais evidente a importância de se questionar a formação acadêmica e o *ethos* cultural do jurista a partir de fatores que transcendem a simples questão curricular das escolas de direito. Apenas uma análise estrutural do ensino jurídico poderá permitir a identificação do perfil ideológico prevalente entre os profissionais das carreiras jurídicas e, com isso, conhecer também qual tipo de influência a ideologia jurídica hegemônica exerce no modo de atuação dos profissionais. A partir daí, será possível, então, compreender qual o papel do jurista e qual a função social do seu saber/fazer numa sociedade conflituosa, desigual e em profundas transformações, como é o caso da sociedade brasileira. (MACHADO. 2010, p. 20)

Traçando duras críticas ao ensino jurídico, Roberto Lyra Filho sustenta que o direito que se ensina (errado) pode ser pensado sob duas perspectivas:

O Direito Que se Ensina Errado pode entender-se, é claro, em, pelo menos, dois sentidos: como o ensino do direito em forma errada e como errada concepção do direito que se ensina. O primeiro se refere a um vício de metodologia; o segundo,] à visão incorreta dos conteúdos que se pretende ministrar. (LYRA FILHO. 1980, p. 5)

Por tais razões, necessário se faz analisar sob que enfoque está sendo exposto o direito, normativo-positivista ou de modo mais consuetudinário, pensado a partir do conflito de interesses posto. O modo pelo qual se concebe o direito influencia diretamente no seu interpretar e aplicar, neste ponto, encontra-se o enfoque principal do trabalho, na medida em que o direito posto pode sofrer diversas influências e, até mesmo, mutações a depender do olhar dispensado.

A perspectiva com que as carreiras jurídicas interpretam o ordenamento demonstram o quão tais instituições têm tido consciência de

sua atribuição e se adequaram à 'fluidez' dos conflitos sociais contemporâneos (Bauman. 2000).

Nesse sentido, que se busca pensar a instituição Ministério Público, verificando o desenvolver de uma carreira, até tempos atrás, limitada a uma visão tradicional e legalista, para uma perspectiva de instituição efetivadora de direitos constitucionalmente resguardados. Abandona-se o cômodo e desprovido de sensibilidade legalismo e se transforma num agente social modificador, com amplo campo de atuação e tutor de uma sociedade ainda em desenvolvimento.

Tratando da mudança paradigmática ocorrida no bojo do Ministério Público, o Mestre Antônio Alberto Machado aduz:

(...) o Ministério Público, talvez fosse um capítulo à parte, porque sempre foi uma carreira tradicional, conservadora, com atuação predominantemente normativista e que, nos últimos tempos, experimentou uma vertiginosa transformação de seu perfil jurídico e institucional. Com efeito, essa instituição sempre teve a função de zelar pela aplicação da legalidade vigente, como *custus legis*, no interesse da sociedade, e foi exatamente a ênfase nessa função de fiscal da lei o que sempre acentuou o perfil legalista da instituição e de seus membros, tidos como verdadeiros defensores da ordem sócio-política vigente. Apesar desse papel tradicional de fiscal e mantenedor da ordem e do *status quo*, o fato é que nos últimos tempos a Instituição ganhou um perfil inegavelmente mais progressista, exibindo um modo de atuação com potencial realmente transformador e não meramente fixista ou de manutenção da ordem. (MACHADO. 2010, p. 45)

O processo de desprivatização do direito, tal qual concebido nas suas origens romanísticas, com o surgimento e sedimentação dos direitos transindividuais, exige uma releitura do ordenamento jurídico. Nem mesmo o direito privado, na clássica divisão público x privado, está imune ao processo de revitalização, na medida em que se difunde uma visão constitucionalizada do direito privado, a qual impõe efeitos pragmáticos na função social da propriedade e na eticidade dos negócios jurídicos, por exemplo.

A dinâmica contínua das relações sociais forma uma totalidade composta por partes distintas, sendo que o sentido conferido a cada uma delas somente pode ser aferido no seio social, o que torna altamente complexa a análise dos institutos específicos – ordenamento jurídico -- criados numa relação de (des)construção em contínua mudança.

A partir desta perspectiva, é que o ordenamento deve ser interpretado, afastando a leitura eminentemente legalista do direito e reconhecendo a pluralidade de interesses conflitantes sedimentados no bojo do ordenamento jurídico. Não são outras as palavras de Roberto Lyra Filho quando objetiva fazer uma análise do ordenamento jurídico em sua inteireza:

Numa sociedade que assim se divide em classe e grupos, de interesses conflitantes, o direito não pode ser captado, em sua inteireza, sob a ótica exclusiva da classe dominante. Nem há, em todo caso, um só conjunto de normas sociais, sem contradições. Há, pelo contrário, uma pluralidade de ordenamentos que aspiram a definir o que é propriamente jurídico, isto é, o direito válido, eficaz e corretamente formalizado. Esses ordenamentos lutam pela hegemonia, cujas condições de triunfo ou legitimidade sempre dependem da natureza dos posicionamentos e interesses que as normas refletem. “No mesmo espaço geopolítico, vigora (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica” (SANTOS, 1980: 109). (LYRA FILHO. 1980, p. 6)

Quando objetivamos aferir a essência do direito, “estamos antes perguntando o que ele vem a ser, nas transformações incessantes do seu conteúdo e forma de manifestação concreta dentro do mundo histórico e social” (LYRA FILHO. 1995, p. 12).

O acobertamento no legalismo, cômodo e desprovido de sensibilidade, permite ao aplicador do direito manter-se afastado da realidade social, resguardado na sua zona de conforto, acobertando as nuances do caso concreto na mesma proporção em que esconde as inquietações que o afligem.

Avaliando os conceitos de democracia e de sua ausência – no acondicionamento em paradigmas fixos de realidade --, Luís Alberto Warat,

de maneira metafórica, discorre sobre os modos de ‘castração’ do ser, enquanto meio de aquietação e dominação social, ensinando que:

A certeza e a completude são as duas formas mais perversas da castração: um condicionamento profundo, penetrante, sutil e inconscientemente imposto pela sociedade para mantê-lo dominado. Você foi castrado, porque foi roubado, enconbertado, condicionado de todas as formas possíveis. A sociedade, os políticos e os sacerdotes de todos os tipos imagináveis fecharam todas as portas que levam a você mesmo. Sair da castração é abrir essas portas. (WARAT. 2000, p. 18)

Como solução ao imbróglio, Warat propõe que o fundamento da prática democrática está no aceitar dos conflitos sociais que ocorrem no bojo da comunidade. A tentativa de imprimir uniformidade às práticas sociais termina por tender ao autoritarismo e manutenção das ideologias dominantes. Por oportuno, cite os seguintes dizeres do autor:

Acredito que o gesto inaugural de uma prática democrática consista no reconhecimento da legitimidade do conflito na sociedade. Entretanto, para que exista tal gesto, precisamos contar não só com uma sociedade questionante e demistificadora dos eufemismos donde emerge o mito da unidade; o mito de um dever uniformizado como virtualidade permanente, incapaz de acolher a fragmentação, a polifonia dos costumes, das crenças e dos desejos que fazem as experiências do mundo. Possivelmente um gesto inaugural da democracia precisa esvaziar os sistemas de proibições. (WARAT. 2000, p. 31)

A acepção de ideologia é amplamente debatida, sendo que sua origem remete ao “estudo da origem e funcionamento das ideias em relação aos signos que as representam” (LYRA FILHO. 1995, p. 12). Entretanto, a mencionada concepção observou diversas deformações nas conclusões e métodos quando se objetivava determinar e aplicar padrões fixos às ciências humanas, tal qual ocorria nas ciências exatas e naturais, em razão dos condicionamentos sociais.

Na medida em que os interesses não tutelados pelo sistema posto emergem, os fatores reais de poder que condicionam o legislador e o

aplicador do direito começam a atuar. Outras não são as lições de Ferdinand Lassale:

Os fatores reais de poder que regulam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são. (LASSALE. 2006, p. 19)

Não por outro motivo, a evolução social condiciona as ciências, em especial as ciências sociais aplicadas, fazendo com que a verdade anteriormente posta seja debatida e repensada, inexistindo paradigmas eternos. Segundo Roberto Lyra Filho:

À medida que a crise social desenvolve as contradições do sistema, emergem as conscientizações que apontam os seus vícios estruturais e surge um pensamento de vanguarda, que vê mais precisamente onde estão os rombos, superando a ideologia e fazendo avançar a ciência. Um jurista atual não pode mais receber o seu rubi de bacharel repetindo, com serenidade, “a cada um o que é seu”, como se fosse a serena verdade do Direito. (LYRA FILHO. 1995, p. 21)

Por tal razão, a redução do pensar jurídico aos comandos legais, positivismo, nas suas diversas vertentes, termina por obstar o reconhecimento de novos anseios sociais, tornando o direito uma ciência hermética e desprovida de sensibilidade. As normas enquanto padrões comportamentais integram o conteúdo do direito, entretanto, este conceito não pode ser reduzido àquele.

De outra banda, seria o positivismo perpetuador de injustiças, na medida em que, se o direito perfaz-se nos comandos legais que gozam de generalidade, impessoalidade e abstração, não se admitindo influxos sociais e morais recaiam sobre tal ciência, as minorias seriam sempre subjugadas ao crivo das classes detentoras do aparato estatal e da máquina legiferante.

Ademias, coloca-se em xeque a legitimidade do positivismo jurídico quando se procura seus fundamentos de validade. Quero dizer que as normas buscam sua legitimidade em metanormas também emanadas do

Estado, ou seja, o mesmo órgão que as produz confere validade às mesmas, inexistindo um fundamento exógeno a lastrear o comando legal. Outro argumento fundamentador do positivismo seria, segundo Kelsen, a legitimação do sistema jurídico-positivo pelo lógico-jurídico. Segundo esta acepção, a constituição seria a própria norma que fundamentaria o sistema jurídico enquanto determina a obrigatoriedade dos seus comandos, exemplificando, poderia se dizer que: submeta-se ao ordenamento jurídico porque a constituição assim o determinou (KELSEN. 2011).

Apesar da envergadura dos argumentos lançados, nenhum deles escapa às contradições que o constante conflito de interesses traz à baila. Nesse sentido:

A pretendida hegemonia do direito estatal é um artifício político, mediante o qual o poder instituído aspira eliminar as próprias contradições jurídicas da sociedade em que emerge, dando-se por arbitro da justiça social, numa “expressão coerente em si mesma” (MARX & ENGELS, 1977). (LYRA FILHO. 1980, p, 18)

Não se pense que, o objetivo do presente trabalho será fundamentar uma releitura das instituições democráticas à luz do o *jus naturalismo*, como contraposição e alternativa ao positivismo jurídico. Assim como a redução do direito à lei padece de gravíssimos vícios, a leitura eminentemente consuetudinária do direito não escapa à mesma tese reducionista.

Quando se fundamenta o direito natural na ordem própria das coisas ou na essência natural dos direitos, nada mais se faz do que se valer de preceitos abertos para legitimar situações específicas. Digo que assim como o positivismo, o direito natural se beneficia da generalidade dos conceitos consuetudinários com objetivo de legitimar a ordem estabelecida.

Ratificando o aqui exposto, temos as lições de Roberto Lyra Filho:

Se nos aproximarmos das concepções do que é tomado como “natureza das coisas”, verificamos que esta é apenas invocada para

justificar uma determinada ordem social estabelecida, ou revelar o choque de duas ordens também sociais. (LYRA FILHO. 1995, p. 39)

Exemplificando, continua o autor:

Notemos, por exemplo, no primeiro caso, a atribuição ao direito natural, isto é, à “natureza das coisas” da escravidão, naquelas sociedades em que o escravagismo é o modo de produção econômica e, portanto, a base da estrutura assente. No segundo caso, temos, por exemplo, o conflito entre os costumes tradicionais religiosos, invocados por Antígona na tragédia grega de Sófocles, e a lei da Cidade-Estado, representada por Creonte. (LYRA FILHO. 1995, p. 39)

Outra grande crítica apontada ao direito natural reside no fato de não oferecer uma resposta suficientemente esclarecedora para a distinção entre direito e moral, por aceitar que os influxos desta condicionam o direito e imprime forma a mesma, de modo que se torna cinzenta e de difícil elucidação a distinção entre moral e direito.

Não objetivando por termo a duradoura distinção entre moral e direito, bem como ao grau de incisão dos costumes sobre o saber jurídico, cumpre impor algumas distinções entre direito e moral. A moral é de cunho interno e pessoal, perfazendo-se nos termos da honestidade, sendo desprovido de cogência, ao menos por parte do aparato estatal. O direito, por sua vez, está no mundo do dever ser, ou seja, efetiva os limites da liberdade para o convívio social.

O ponto de contato está na intolerância de ambos os paradigmas fixos, dogmas, sendo oriundos de processo histórico de evolução social alcançado por determinado agrupamento social (LYRA FILHO. 1995).

Enriquecendo a embate, Roberto Lyra Filho mitiga a clássica divisão entre direito e moral. Não objetivando findar a distinção, mas sim estabelecer uma relação não tão claramente distinta quanto objetivada por alguns autores, na medida em que a moral condiciona o comportamento em dada sociedade e influencia os fluxos legiferantes, sendo ambos, cada qual ao seu modo, dotados de cogência.

Não há uma distinção clara e pontual, mas sim um terreno cinzento com variantes no grau de intensidade dos pontos distintivos. Esclarecedoras são as lições do autor ao dissertar sobre o tema:

Essa crítica não tem o propósito de aniquilar totalmente a distinção consagrada; visa a pô-la num nível mais modesto, que é o de mera gradação. Eu não hesitaria em afirmar que a norma jurídica é mais intensamente heterônoma; sua bilateralidade atributiva é mais precisa; a sua coercibilidade mais marcante, sobretudo nisto que as sanções organizadas são também mais exatas, na determinação dos órgãos e procedimentos. Apenas isto, entretanto, que nega uma separação essencial entre os âmbitos moral e jurídico, quanto ao tipo de norma. (LYRA FILHO. 1980, p. 25)

Ora, se a lei pode distanciar-se da justiça, bem como os influxos morais e sociais podem não ser tidos como direitos ou, ainda, irem contra o ordenamento, qual seria a interpretação que possuiria o condão de solucionar a problemática posta? Antes de dirigirmos ao termo do imbróglio, uma análise se impõe.

A par dos fundamentos lançados pelos contratualistas com escopo de justificar a reunião em sociedade e a disposição de parte da liberdade pessoal em benefício do convívio em sociedade, não se pode olvidar que o agrupamento social é constituído por forças antagônicas que terminam por se conciliar. As aspirações conciliadoras e contrapostas se sobrepõem, formando uma dialética de antagonismo que move e enriquece o convívio social.

Com clareza, Roberto Lyra Filho sintetiza o aqui mencionado:

Se uma sociedade não tivesse o mínimo de força centrípeta para garantir a própria coesão explodiria como bala de borracha, soprada pela anarquia; se, por outro lado, não revelasse um coeficiente de forças centrífugas seria (como, iludidos, sempre esperam os donos do poder) uma estrutura inalterável e impeditiva de qualquer mudança verdadeira. (LYRA FILHO. 1995, p. 68)

Nesse desenrolar da (des)construção, o convívio social se modifica e demonstra sua riqueza, fazendo com que as ciências sociais aplicadas saiam da imobilidade e busquem verdadeiramente atender aos anseios que lhe são apresentados. Não por outra razão, Alayde Sant'anna propõe:

A tentativa de uma construção de uma teoria jurídica nova é projeto que busca a Teoria da Justiça, enquanto Justiça Social. Surge, assim, a necessidade de uma concepção acerca do Direito que forneça os elementos desmistificadores para que se revelem as ideologias e o fenômeno jurídico possa ser percebido em perspectiva não dogmática nem metafísica. (SANT'ANNA. 1993, p. 27)

É nessa linha que se objetiva pensar as instituições efetivadoras de direitos constitucionais, em especial o Ministério Público, sem perder de vista que tal Instituição foi imbuída de um intento muito nobre pelo constituinte originário, qual seja, a defesa do ordenamento jurídico, do regime democrático e dos direitos individuais indisponíveis e sociais, sendo elevada, para tanto, ao status de função essencial à justiça.

Pautando-se numa releitura do direito e das instituições, onde estas devem assumir o protagonismo na defesa de suas atribuições e atuarem como verdadeiros agentes políticos na defesa da sociedade, abandonando-se a pauta legalista e inerte dos agentes públicos ante os anseios sociais, os órgãos de execução ministerial têm em mãos uma função nobre, proativa e desafiadora.

No mesmo sentido, Warat conclui:

Enfim, quando uma sociedade sente a necessidade de sair de um Estado poluído de proibições, ela deve repensar a função jurídica estatal, passando a ver suas instituições como um lugar de produção coletiva de desejos, considerando a ordem fora de seu lugar consagrado, isso é, criando uma ordem carnalizada e percebendo a democracia como um espaço social polifônico. (WARAT. 2000, p. 31)

Nesse diapasão as instituições devem assumir seu caráter plural e atuar de modo proativo no meio social, fortalecendo o Estado Democrático e tutelando direitos.

CONCLUSÃO

No intento de concretizar os princípios baluartes do Estado Democrático de Direito, com atenção voltada para maximização de direitos, as instituições democráticas assumem papel de destaque.

Enquanto a sociedade padece de graves vícios estruturantes, surgem instituições com intento de cristalizar no mundo do ser os imperativos normativos, as quais devem buscar a pacificação social por meio do atuar conjunto entre sociedade civil e as instituições que representam a vontade popular, ainda que indiretamente.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Editora Malheiros, 2008.

ALKIMIM, Marcelo. **Teoria da Constituição**. 2ªed. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ªed. São Paulo. Editora Saraiva, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. ed., 2001. Rio de Janeiro. Editora Zahar, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3ªed. São Paulo. Editora Wmfmartinsfontes, 2010.

FILHO, Roberto Lyra. **O Direito que se Ensina Errado**. Brasília. Centro Acadêmico de direito da UNB, 1980.

_____. **O Que é Direito**. 11ª ed. São Paulo. Editora Brasiliense, 1995.

_____. **Para um Direito sem Dogmas**. Porto Alegre. Editora Fabris, 1980.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Brasília: UNB, 1984.

HABERLE, Petes. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

JÚNIOR, José Geraldo de Sousa (org.). **Introdução Crítica ao Direito**. 4ªed. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1993 – (Serie direito achado na rua; V. 1).

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8º ed. São Paulo. Editora WMFMartins, 2011.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. 3º ed. Sorocaba-SP. Editora Minelli, 2006.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino Jurídico e Mudança Social**. 2ªed. São Paulo. Editora Expressão Popular, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A Crítica da Razão Indolente**. 7º ed. São Paulo. Editora Cortez, 2009.

_____. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo. Editora Cortez, 2007.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ªed. São Paulo. Editora Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21ªed. São Paulo. Editora Malheiros, 2002.

STERN, Klaus. **Derecho del Estado de la República Federal Alemana**. Trad. de PÉRES ROYO, Javier e CRUZ VILLALÓN. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo. Editora Martins Fontes, 1997.

STERN, Claus. **Derecho del Estado de la República Federal Alemã**. Trad. Pérez Royo, Javier e Cruz Villalón. Editora Pedro Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos**. 2º ed. Santa Cruz do Sul. Editora EDUNISC, 2000.

SERIAL KILLERS: PERVERSIDADE OU INSANIDADE?

BRUNO FREITAS BEZERRA: Faculdades Integradas Barros Melo (AESO). Advogado. Pós graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damas.

RESUMO: A problemática que iremos abordar neste artigo paira sobre a dúvida existente no que anima a conduta dos *Serial Killers*, se praticam seus crimes por sadismo e perversidade ou seriam eles pessoas despidas de hígidez mental, considerando-os assim, insanos. Para melhor entendimento se fará necessário abordar pontos como sociedade, crime em seu aspecto mais amplo e o criminoso em geral. Posteriormente chegaremos ao *Serial Killer* em específico, esmiuçando-o de forma completa, ou seja, analisando seu comportamento perante a sociedade, seus crimes e ele mesmo. Enfim, esse trabalho entrará na psique desse peculiar tipo de assassino, no seu entendimento dos atos que pratica, sua visão de mundo, para que com esses dados possamos responder a indagação problema, serão eles perversos ou insanos?

PALAVRAS-CHAVE: *Serial Killers*. Imputabilidade.

ABSTRACT: The problematic that we will address in this article is in that it animates a conduct of the Serial Killers, if they practice their crimes by sadism and perversity or they would be people despise of good mental health, considering them, insane. For a better understanding it will be necessary to address the points as society, crime in its broadest aspect and criminal in general. Subsequently we will arrive at the Serial Killer in specific, thoroughly dissolving it, that is, analyzing its behavior towards a society, its crimes and itself. Finally, this work will approach the psyche of this kind of killer, in their understanding of the acts that practice, their world view, so that the data can answer a question question, are they evil or insane?

KEYWORDS: *Serial Killers*. Imputability.

1. SOCIEDADE E CRIME

O crime sempre esteve inserido na sociedade de alguma forma. Nos tempos antigos podíamos vê-lo de forma mais limitada ou de maneira diversa da atual, mas o fato é que o crime sempre esteve presente em nossas vidas.

No que tange ao enfrentamento do crime pela sociedade em geral, nunca fora feito a contento, seja por um despreparo material do Estado ou até mesmo falta de interesse em frear a escalada criminosa.

A existência do crime é na verdade culpa da própria Sociedade, por encontrar-se inserido na mesma, pois o crime nada mais é do que o espelho da Sociedade.

Em países como o Brasil, os delitos “escolhidos” como usuais tem um cunho patrimonial, passando pela corrupção ou aqueles de locupletamento em geral.

Já em países onde a disparidade na distribuição da renda não é o problema fulcral, a exemplo da Suíça, os delitos usuais têm uma carga voltada para o psicológico muito forte, a exemplo das chacinas praticadas por seus nacionais em grandes aglomerações, normalmente atreladas a mentes perturbadas.

Enfim, é notório que o crime encontra-se totalmente atrelado à Sociedade, e que pode-se considerá-lo uma espécie de “resposta equivocada” para o estilo de vida muitas vezes deturpados dessa ou daquela sociedade, como no exemplo acima proposto onde vemos que em países de condições financeiras destoantes os crimes praticados têm um cunho financeiro/patrimonial mais evidenciado, já em países de condições financeiras homogêneas, os crimes ficam mais na seara da “psique”.

2. CONCEITO DE SOCIEDADE

A sociedade, como tema bastante abrangente, não poderia se furtar a ter um conceito dos mais abrangentes possíveis.

A sociologia é a ciência que estuda a sociedade como um todo, é nela que se pode findar e esclarecer as dúvidas sobre o que seja

sociedade. Utilizando um conceito estabelecido pela ciência da sociologia, pode-se afirmar que Sociedade é:

“Um conjunto de pessoas, que compartilham entre si, os costumes, os gostos, as preocupações e que por isso integram uma comunidade na qual convivem”.

Então destrinchando esse conceito pode-se primeiramente tocar no ponto do “conjunto de pessoas”. Nessa análise pode-se ver que Sociedade é um conjunto de várias pessoas, então não há que se falar em Sociedade individual, pois um termo é diametralmente oposto ao outro. Uma Sociedade é uma eterna interação entre pessoas, entre seres vivos que convivem em um determinado local.

Outro ponto do conceito que se faz pertinente à análise, seria o que esse conjunto de pessoas compartilha, a resposta está no próprio conceito, onde o mesmo fala em costumes, gostos e preocupações.

Então ver-se que mesmo a Sociedade em constante mudança, o seu conceito por sua abrangência, tem a característica de permanecer imutável, se assim quiser. É evidente que existem outras características que podem ser adicionadas a qualquer dos conceitos existentes de Sociedade, mas no geral pode-se assim defini-la.

Enfim, o conceito de Sociedade como dito acima é bastante abrangente, porém não pode se apartar de características fundamentais para ser reconhecido como tal, quais sejam, o conjunto de pessoas, o convívio e o compartilhamento de interesses.

3. CONCEITO DE CRIME

Como a Sociedade, o crime também não tem um conceito unívoco, como muito bem apregoam os pensadores Quinney e Wildeman, citados por Dias e Andrade (1997), quando dizem que:

“Crime é uma palavra importante que possui significados diferentes para pessoas diferentes e que

nem sequer encontrou ainda os contornos do significado que lhe é correntemente adstrito”.

Com o exposto bem se ver que o conceito de crime irá variar dependendo de cada época, como por exemplo, o que era considerado crime nos tempos de Roma nas sociedades modernas não mais o são.

Mas ao longo do tempo houve uma clara tentativa de conceituação do que seja crime, cada qual focando no ponto que considerava mais importante, vejamos algumas:

- a) **Definição Jurídico Legal do Crime:** “Crime será todo o comportamento, mas só aquele, que for de encontro com a lei, àquele que a lei tipifica como tal”.
- b) **Definição Sociológica do Crime:** Para Émile Durkheim o crime é “a ofensa à consciência coletiva”
- c) **Definição Reformista do Crime:** Com a definição reformista do crime veio à tona o critério da danosidade social do mesmo, o crime nesta perspectiva seria **“toda conduta que causasse algum dano social.”**
- d) **Definição Radical do Crime:** “Crime será toda a violação individual ou coletiva dos Direitos Humanos”.

Com toda essa diversidade de conceitos e de pensamentos acerca do que seria crime, poderíamos chegar a imaginar que não existe um ponto em comum sobre o seu significado.

Em parte é verdade que não há um conceito único para o crime, mas existem dois pontos em comum onde todos se baseiam para formular e tirar suas próprias conclusões.

O primeiro dos pontos seria a referência jurídica, pois não há crime sem lei anterior que o defina, como já tão bem apregoa a nossa Carta Magna no seu artigo 5º, inciso XXXIX. Dito isso ver-se que a referência jurídica é imprescindível na conceituação do crime porque todo crime terá que estar referido em algum diploma jurídico para ser considerado como tal.

E o segundo ponto em comum seria a referência sociológica, esta por sua vez se faz pertinente no tocante ao crime em sua parte social. O crime também deve ser uma conduta que traga reações da Sociedade, um clamor negativo por alguém ter cometido tal ato, em suma uma relevância social que toque a sociedade de alguma forma.

4. CONCEITO DE SANÇÃO

Nas sociedades antigas o direito de punir era de tutela das próprias pessoas. Era a velha Lei de Talião, o “olho por olho e dente por dente”. Nessa época o Estado não existia em sua forma concreta, as questões eram dirimidas entre as pessoas e sempre de forma violenta.

Por falta de um Estado punitivo na época, as questões tinham que ser resolvidas na base da violência, e isso trazia consigo injustiças irreparáveis.

A evolução trouxe consigo autocomposição, que consistia na tentativa de resolução dos problemas mediante acordos entre as partes conflitantes, porém ainda não havia um Estado posto e operante, a fim de dirimir as questões entre seus entes, tanto que a autocomposição demonstrou conter arbitrariedades em seu bojo, pois nela a parte que detivesse mais influência ou tivesse melhor poder aquisitivo terminava por ter a seu favor “vantagens” inerentes a sua condição, o que trazia na maioria das vezes injustiças.

Essas tentativas iniciais de dirimir questões entre os conflitantes sem auxílio de um terceiro mostraram-se falhas pelo fato de que nunca se conseguia chegar a um “senso de justiça”, porém a criação do Estado como detentor do “*ius puniendi*” tentou acabar com essa injustiça.

O Estado veio chamar para si a responsabilidade de acabar com os conflitos e punir, se assim precisasse. Com as criações normativas essa “atividade” estatal foi se tornando realidade, ao passo que com a Lei, a sociedade começava a entender a questão de direitos e deveres de cada um. E com toda essa “logística Estatal” se construiu o conceito de sanção, que nada mais é do que o poder do Estado de punir, castigar alguém por ter violado certa lei previamente estabelecida. A sanção é o que um ente do Estado receberá por ter desviado sua conduta e essa conduta ter se chocado com um mandamento legal.

O poder punitivo do Estado se perfaz justamente na possibilidade de aplicar sanções aos seus entes que transgredirem as leis estabelecidas. Justamente a sanção já existia nos tempos antigos, só que à época elas eram impostas de forma arbitrária, sem parâmetros legais. Hoje se vê que a sanção é o nome dado a um “castigo” ministrado pelo Estado e baseado na Lei prévia.

5. O CRIMINOSO

A Sociedade se constitui em leis e regramentos que foram criados para proporcionar uma melhor convivência entre seus entes, tendo por finalidade transformar a sociedade em um ambiente mais organizado, onde os seus entes consigam viver em harmonia e respeito mútuo.

Quando essas ditas regras são desrespeitadas pelos que ali convivem, essa tal pessoa se torna um desviante, um “inadaptado social”.

As regras foram ali postas e mesmo assim um indivíduo escolhe por desviá-las, transgredindo-as, merecendo assim uma sanção pelos seus atos.

O criminoso quando escolhe praticar atos típicos termina desrespeitando as regras para um bem estar social, cometendo assim atos denominados e pré-estabelecidos como crime.

O criminoso não deixou de existir no que tange a sua presença física, mas tornou-se um marginalizado social, um peso social, pois está

indo de encontro à mesma, não mais contribuindo para um caminho de melhoramento social, ao contrário ele se tornou um “inadequado social”.

Com o aprofundamento nos estudos sobre o criminoso e o crime (com grande contribuição da ciência da criminologia), sabe-se que a sociedade também tem sua parcela de culpa nesse “desajustamento social” do criminoso.

Enfim, percebe-se que o criminoso poderia ser conceituado com a soma de dois pólos fundamentais: a parcela de culpa do “modo de vida” imposto por uma sociedade muitas vezes adoecida, de graves desvios morais, de desigualdades alarmantes que podem culminar em formar um indivíduo despido de valores éticos e morais, não se adequando assim as balizas legais impostas pelo estado.

No segundo pólo o livre arbítrio, posto que o homem também é dono do seu agir, tendo a consciência que certos atos são criminosos termina por praticá-los. Essa soma acima citada dá lugar a uma das mazelas mais comumente vista nas Sociedades atuais, o criminoso.

6. CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMINOSOS

São várias as classificações construídas ao longo do tempo para tentar conceituar os criminosos. Criadas e aprimoradas pelo tempo, essas ditas classificações tiveram o cunho de separar os criminosos uns dos outros.

Essa separação se explica na necessidade de moldar e individualizar o tratamento penal aplicado aos criminosos.

Com o agrupamento de cada tipo de criminoso poderiam individualizá-los e assim aplicar a medida na quantidade e qualidade necessária para o melhor tratamento necessário ao caso concreto, fazendo assim com que a eficácia da sanção aplicada fosse maior e diminuíssem os equívocos no tratamento declinado a cada um deles.

Como dito, várias são as classificações criadas para a conceituação dos criminosos, sendo aqui abordadas as mais importantes e consideradas no meio da criminologia e das ciências em geral.

Tomaremos aqui a classificação de Enrico Ferri, criminologista que nos brindou com uma conceituação das mais simples e completas já construídas. Ainda hoje se tem como parâmetro e base à classificação do criminologista, onde as poucas mudanças existentes ficaram a cargo das terminologias adotadas na época de Ferri e as dos tempos atuais.

A classificação do criminologista se faz bastante usual e simples no tocante a possibilidade do aplicador da Lei conseguir colocá-la em prática sem necessitar da opinião de um criminólogo. Leve-se em consideração que a terminologia utilizada é a da época, porém o conceito ainda continua o mesmo para o que hoje chamamos de imputáveis, semi-imputáveis e inimputáveis.

A Classificação de Enrico Ferri, citado por Castelo Branco (1980), divide os criminosos em: loucos, semiloucos, passionais, habituais, natos e ocasionais.

- a) **Criminosos loucos:** Seriam os criminosos de difícil recuperação, e por esse estado apresentado devem ser internados em manicômios judiciários. Esses criminosos são considerados inimputáveis pela Lei.
- b) **Criminosos semiloucos:** Esses criminosos são os chamados fronteiros, onde tem possibilidade de recuperação e por isso deverão ser internados em casas de custódia e tratamento. São considerados pela Lei pessoas semi-imputáveis.
- c) **Criminosos passionais:** São considerados pessoas emotivas e incapazes de controlar seus sentimentos exaltados. Por essa condição de criminosos incapazes de controlar emoções e

sentimentos são agraciados com a redução da pena. Essa “classe” de criminosos são considerados imputáveis perante a Lei.

- d) **Criminosos habituais:** Esses criminosos embora não sendo considerados insanos, tem uma difícil recuperação, e por esse motivo devem ser recolhidos a prisões de máxima segurança. Esses criminosos, como não poderia deixar de ser, são considerados imputáveis perante a Lei.
- e) **Criminosos natos:** Agressivos e muito perigosos, não são considerados insanos, mas tem difícil recuperação. Esses criminosos deveram ser recolhidos a prisões de segurança máxima. Também são considerados imputáveis perante a Lei.
- f) **Criminosos ocasionais:** Esses indivíduos constituem uma parcela diferenciada dos criminosos, pois são levados ao crime por circunstancias do momento, e por isso não são considerados delinqüentes. A sanção proposta para esse tipo de criminoso seriam as prisões abertas (em regime semi-aberto), ou a multa, ou chegando ate a suspensão da pena em alguns casos. São considerados imputáveis perante a Lei.

7. SERIAL KILLERS

Voltando às antigas teorias de conceituação do criminoso, temos que cada uma delas tinha uma visão sobre por quais motivos o criminoso cometia seus atos. Esses motivos, que foram fonte de exaustivos estudos e que na época faziam todo o sentido, foram se esvaindo com o passar do tempo, pois sempre outra teoria tomava o lugar da anterior por ser considerada mais “completa”.

Pode-se usar qualquer teoria de conceituação do criminoso, pois com toda certeza em nenhuma delas o *Serial Killer* se encaixa. Como já se sabe, esse tipo de criminoso constitui um capítulo a parte do estudo do criminoso.

O termo *Serial Killer* veio a ser criado e usado pela primeira vez em 1970 por Robert Ressler, esse por sua vez era agente aposentado do FBI e grande estudioso do assunto.

Roberto Ressler fazia parte de uma “unidade” da Polícia Federal Americana (FBI) que teve como pioneirismo o estudo da mente de criminosos. Então a partir dos estudos feitos na mente de criminosos e com esse “batismo” feito por Robert Ressler, começou a verdadeira investigação do que hoje se tornaria uma das figuras mais intrigantes no mundo policial, o *Serial Killer*.

O conceito mais aceito e adotado pelos estudiosos do assunto é que os *Serials Killers* são:

“indivíduos que cometem uma série de homicídios durante algum período de tempo, com pelo menos alguns dias de intervalo entre esses homicídios (CASOY, 2008).”

O conceito é bastante explicativo, mas algumas indagações podem surgir, como por exemplo, de quanto tempo é o período entre os homicídios? Quantos homicídios têm que se praticar para ser considerado um *Serial Killer*?

Para a primeira pergunta tem-se que esse período de tempo é de suma importância para a conceituação e diferenciação do *Serial Killer* e outros tipos de criminosos. Os assassinos em massa, por exemplo, matam várias pessoas, mas com um intervalo apenas de horas, enquanto os *Serial Killers* dão um tempo de pelo menos dias, às vezes semanas, meses ou até anos, mas sempre estão matando.

Então em suma, o período relevante para saber que se trata de um *Serial Killer* seria de pelo menos alguns dias entre os assassinatos.

O segundo questionamento já é menos pacífico, pois divergem as posições de alguns estudiosos do assunto sobre qual o número mínimo de vítimas para ser considerado um *Serial Killer*. Alguns estudiosos acreditam que apenas duas vítimas já são suficiente para considerar tal matador um *Serial Killer*, já outros majoram esse número para quatro vítimas. Verdadeiramente não se sabe ao certo qual quantidade de vítimas é necessário para essa conceituação, dependerá do caso prático.

Outra característica que também é essencial para a conceituação do *Serial Killer* seria no que tange ao motivo do crime, ou como diz Ilana Casoy (2008), “mais exatamente na falta de motivo para o crime”.

Ver-se que as vítimas do *Serial Killer* são escolhidas de forma aleatória, ao acaso e sem nenhuma razão aparente, pois para esse tipo de assassino a vítima não passa de um símbolo de sua fantasia pervertida, ela é o objeto pelo qual o assassino chega ao seu objetivo maior, a sua doente e pervertida fantasia.

8. CLASSIFICAÇÃO DOS SERIAL KILLERS

Ao longo de anos de estudo sobre esse peculiar tipo de assassino, foi se fazendo uma classificação baseada em estudos forenses, com ênfase no ramo da psiquiatria. Essas classificações evidentemente não esgotam a conceituação desse tipo de assassino, pois de fato não há condições de se prender a certas classificações, pois esses indivíduos cada vez mais se superam e se renovam.

Mas também é certo afirmar que essas classificações deram pelo menos um norte, que por sua vez trouxe uma ajuda no início do processo de conhecimento do assassino, vejamos:

- a) **Visionários:** São aqueles completamente insanos, psicóticos. Normalmente ouvem vozes de dentro de

sua cabeça e as obedecem. Também podem sofrer de alucinações e visões.

- b) Missionários:** Socialmente não demonstram serem psicóticos, mas no seu íntimo tem a necessidade de “livrar” o mundo do que julga ser imoral ou indigno. Este tipo de *Serial Killer* normalmente escolhe um grupo específico para matar, como exemplo temos: Mulheres, prostitutas, crianças, homossexuais.
- c) Emotivos:** Esse tipo é o único dentre os quatro classificados que mata por pura diversão. O verdadeiro prazer de matar está configurado nesse tipo de *Serial Killer*, onde o mesmo o faz com requintes de crueldade e de forma sádica, obtendo prazer em todas as fases do crime, incluindo a fase de planejamento do mesmo.
- d) Sádicos:** É o chamado assassino sexual, pois mata por desejo. O prazer desse tipo de *Serial Killer* é diretamente proporcional ao sofrimento que o mesmo emprega a vítima sob tortura. É chamado de assassino sexual porque a ação de torturar, mutilar e matar lhe traz prazer sexual. Os canibais e necrófilos fazem parte desse grupo.

Juntamente com as classificações descritas acima, temos também outros dois grandes grupos de *Serial Killers*, onde essa divisão em grupos também têm o cunho de ajudar e facilitar na busca por um perfil do assassino. Seriam os chamados *Serial Killers* organizados e os *Serial Killers* desorganizados. Vejamos agora algumas características desses dois grupos:

- a) *Serial Killers* organizados:** Inteligência média para alta; Metódico e astuto; Não realizado profissionalmente; Socialmente competente, mas anti-social e de

personalidade psicopata; Queda por profissões que o enalteçam como macho: motorista de caminhão, policial, trabalhador em construção; Sexualmente competente; Nascido em classe média/média alta; Disciplina inconsistente na infância; Cena planejada e controlada. A cena do crime vai refletir uma ira controlada, em forma de correntes, mordaca ou algemas na vítima; As torturas impostas á vítima forma exaustivamente fantasiadas; Temperamento controlado durante o crime; Traz sua arma e seus instrumentos; Leva embora sua arma e seus instrumentos após o crime; A vítima é torturada e tem morte dolorosa e lenta; Frequentemente a vítima é estuprada; Uso de álcool pelo agressor; Vive com o parceiro ou é casado; Realiza seus crimes fora da área de sua residência ou local de trabalho; Acompanha os acontecimentos relacionados ao crime pela mídia; Em geral da mesma raça que a vítima; Bem-apegoado; A média etária fica entre 18 e 45 anos, em geral 35 anos.

b) *Serial Killers desorganizados:* Inteligência abaixo da média; É capturado rapidamente; Distúrbio psiquiátrico grave; Contato com instituições de saúde mental; Socialmente inadequado, se relaciona só com a família mais próxima ou nem isso; Trabalhos que tenham pouco ou nenhum contato com o público: lavador de pratos, manutenção; Sexualmente incompetente ou nunca teve uma experiência sexual; Nascido em classe baixa; Disciplina severa na infância; Cena do crime desorganizada; Nenhuma ou pouca premeditação; Temperamento ansioso durante o crime; Utiliza arma de oportunidade, a que tem na mão; Com frequência deixa a arma no local do crime; Vítima selecionada quase ao acaso; Vítima rapidamente dominada e morta, tipo emboscada; Crimes brutais, com extrema violência e *overkill* (ferimentos maiores que o necessário para simplesmente matar); Rosto da vítima severamente espancado, numa tentativa de desumanizá-la; Se a vítima

for atacada sexualmente, com freqüência o ataque foi post-mortem; Mutilações no rosto, nos genitais e nos seios são comuns; Mínimo de uso de álcool pelo agressor; Vive sozinho ou com os pais, em geral é solteiro; Mora ou trabalha na cena do crime; Mínimo interesse nas novidades da mídia; Idade entre 16 e 19 anos. Em geral, age entre 17 e 25 anos.

9. CARACTERÍSTICAS DOS *SERIAL KILLERS*

O *Serial Killer* é um ser ímpar, e por isso deve ser observado isoladamente. Mas com o avançar dos estudos sobre esse peculiar assassino, foi vendo que existiam várias características em comum entre eles, tanto no que tange a sua ação como assassino e tanto no que tange a sua infância e vida em geral.

Existe um termo que define uma tríplice de características que assustadoramente sempre esta atrelada a esses assassinos, é a chamada “terrível tríade”. Essa terrível tríade é o resultado de anos de estudo e observação sobre os *Serial Killers*, e se perfaz na montagem científica de 3 (três) características em comum entre eles na época da infância, quais sejam:

- a) Enurese em idade avançada (que seria a incontinência urinaria sem conhecimento, micção involuntária, inconsciente);
- b) abuso sádico de animais ou outras crianças;
- c) destruição de propriedade e piromania (mania de atear fogo).

Outras características da infância foram encontradas em abundância entre os *Serial Killers*, dentre elas:

- a) Devaneios diurnos;
- b) Masturbação compulsiva;

- c) Isolamento social;
- d) Mentiras crônicas;
- e) Rebeldia;
- f) Pesadelos constantes;
- g) Roubos;
- h) Baixa auto-estima;
- i) Acessos de raiva exagerados;
- j) Problemas relativos ao sono;
- k) Fobias;
- l) Fugas;
- m) Propensão a acidentes;
- n) Dores de cabeça constantes;
- o) Possessividade destrutiva;
- p) Problemas alimentares;
- q) Convulsões;
- r) Automutilações.

Essas características foram relatadas pelos próprios *Serial Killers* em entrevistas a especialistas.

Outra característica em comum dos *Serial Killers* reside nos abusos sofridos pelos mesmos quando crianças. Esses abusos podem ter cunho sexual, físico, psicológico. Em estudo se constatou que cerca de 82% (oitenta e dois por cento) dos *Serial Killers* sofreram alguns ou algum tipo de abuso.

Em relação aos países que são encontrados estes criminosos percebe-se que alguns locais eles são vistos em maior abundância que outros. Não se sabe com exatidão o porquê desses assassinos serem encontrados com mais facilidade em algum lugar do que em outro, alguns especialistas, como Ilana Casoy (2008), afirmam que consideram alguns locais mais propensos do que outros pelo fato do aparato profissional e a tecnologia disponível e aplicada na captura desses elementos, então por isso eles apareceriam mais por serem mais capturados.

Já outros estudiosos da área têm por embasamento desse fenômeno o fato de algumas sociedades disporem de um modo de vida “doente”, no tocante aos seus princípios, valores e o próprio modo de levar a vida, como educação e outros fatores. Essa forma doente poderia levar a uma pessoa mais perturbada e propensa a construir esse tipo de conduta.

Nos Estados Unidos da América (EUA), são encontrados simplesmente 75% (setenta e cinco por cento) dos *Serial Killers* do mundo. Temos o ranking dos países que mais se encontram os *Serial Killers*, são esses:

1. Estados Unidos da América (EUA);
2. Grã-Bretanha;
3. Alemanha;
4. França.

Esse ranking revela os países que concentram a maior população de *Serial Killers*, mas isso não quer dizer que em outros países não se encontram essas figuras. Outros países e seus *Serial Killers* mais conhecidos são:

- a) México - um criminoso confessou ter matado mais de 100(cem) pessoas;
- b) China - o chamado “Cidadão X” pode ser responsável por mais de 1.000 (mil) mortes;

- c) Paquistão – um homem que dizia ter assassinado 100 (cem) crianças;
- d) Colômbia – Pedro Alonzo Lopez matou mais de 300 (trezentas) pessoas;
- e) África do Sul – Moses Shitole matou 38 (trinta e oito) mulheres;
- f) Brasil – Francisco das Chagas Rodrigues de Brito assassinou e emasculou 42 (quarenta e dois) meninos.

Outras características dos *Serial Killers* também foram fontes de estudo, a fim de restringir e conhecê-los melhor. Aqui estão alguns números curiosos:

- a) 84% (oitenta e quatro por cento) dos *Serial Killers* são caucasianos;
- b) 93% (noventa e três por cento) dos *Serial Killers* são homens;
- c) 90% (noventa por cento) dos *Serial Killers* têm idade entre 18 (dezoito) e 39 (trinta e nove) anos;
- d) 65% (sessenta e cinco por cento) das vítimas são mulheres;
- e) 89% (oitenta e nove por cento) das vítimas são caucasianas.

10. SERIAL KILLERS: PERVERSIDADE OU INSANIDADE?

Inicialmente é importante informar que a resposta a essa pergunta tem desdobramentos claros no processo a depender da resposta a que se chegue. Caso a resposta seja pela insanidade o réu devera ser absolvido por ser considerado inimputável, devendo aplicar-lhe uma medida de segurança. Caso a resposta seja pela perversidade, o fato é que deverá ser considerado imputável e por isso deve ser condenado.

Como a mente humana, sem sombra de dúvidas, é um das coisas mais complexas a serem entendidas, as opiniões já existentes têm seus pontos de vista polarizados, por isso às discussões e posições divergentes sobre o assunto sempre persistirão.

Várias são as correntes encontradas sobre o ponto da insanidade ou perversidade desses indivíduos, cada uma delas tendo seus fundamentos para alegar tal ou qual opinião.

A verdade dos fatos é que não existe somente um lado, não se pode dizer que o serial killer deve sempre ser considerado uma coisa ou outra. Pode-se perceber que não existe o perverso e o insano, não existe uma verdade indiscutível sobre essa questão no que tange aos *Serial Killers*. Através dos estudos percebe-se simplesmente que existem as duas formas, insano e perverso. Ilana Casoy (2008) muito auxiliou para essa conclusão.

É fato que a perversidade está mais presente nesses assassinos, como foi uma grande surpresa, que apenas 5% dos *Serial Killers* estavam mentalmente insanos no momento dos seus crimes (CASOY, 2008).

Mas também existem casos onde foi comprovado que o *Serial Killer* tinha uma espécie de “apagão” na hora do cometimento dos seus crimes, como foi comprovado no caso brasileiro de Francisco Costa Rocha, o “Chico Picadinho”.

Diante do exposto, o caso em concreto é que poderá nos mostrar o que animou aquele assassino a praticar tais condutas, sendo a psiquiatria forense uma valiosa aliada para responder tais indagações.

De fato não seria correto entender por essa ou outra resposta, pois estamos tratando de seres ímpares, enigmáticos por natureza, onde para esses casos melhor verificar-se o caso em concreto do que expô-los a conceitos pré-determinados.

11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como conclusão, considero frente ao estudado que existem *Serial Killers* perversos e insanos.

A parcela dos perversos se faz mais presente, pelo que já foi apresentado acima. Os *Serial Killers* são seres enigmáticos, que devem ser estudados em separado dos outros criminosos.

Por isso cada caso vai apresentar uma particularidade, uma vez que a existência de perversidade ou insanidade ira depender de uma avaliação minuciosa nos autos do processo.

Os insanos aparecem em minoria, pois por mais perturbados que esses indivíduos sejam as perícias mentais vem concluindo que as referidas perturbações não retiram do *serial killer* o necessário discernimento de que sua atitude é contrária ao direito.

Em relação ao Brasil não custa lembrar que o sistema aceito para auferir a imputabilidade ou não de uma pessoa é o biopsicológico, devendo assim ter uma precedência biológica(doença mental), porém mais importante o critério psicológico, qual seja, que no momento da ação ou omissão aquela mazela mental precedente atue, retirando por completo o entendimento do caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com tal entendimento. O que não se tem conseguido comprovar na maioria dos casos.

Enfim, esse grupo é formado por indivíduos perversos com personalidade perturbada, e uma parcela considerável de insanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASOY, Ilana. **Serial Killers: Louco ou Cruel**. 8. ed. São Paulo: Ediouro, 2008.

_____. **Serial Killers Made in Brasil**. 2. ed. São Paulo: ARX, 2004.

CASTELO BRANCO, Vitorino Prata. **Criminologia Biológica, Sociológica, Mesológica**. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1980.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CORDEIRO, J. C. Dias. **Psiquiatria Forense**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. **Criminologia: O Homem Delincente e a Sociedade Criminógena**. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1997.

MAXWELL, J. **O Crime e a Sociedade**. Ed. Dbc, 2002.

VILA NOVA, Sebastião. **Introdução à Sociologia**, 6 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2004.

O IMBRÓGLIO "CRACOLÂNDIA" EM SÃO PAULO: QUESTÃO DE SAÚDE OU SEGURANÇA PÚBLICA?

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: Breve reflexão despretensiosa acerca da propagação do tráfico de drogas na região central da capital paulista, bem como o agonizante e deprimente estado dos dependentes em crack.

Sumário: 1. Introdução 2. Desenvolvimento 3. Conclusão

Palavras-chave: Cracolândia. Dependente químico. Saúde pública. Segurança pública.

1. INTRODUÇÃO

Ao menos duas décadas os moradores da capital assistem ao avanço da região da “cracolândia”, termo pejorativo que denomina o centro velho da cidade, sitiado pelo tráfico e usuários de drogas. Os viciados esqueléticos se aglomeram e perambulam pelas imediações cometendo saques, depredações, furtos e roubos, do mesmo modo fazem o uso desenfreado do crack em via pública sem nenhum constrangimento. Afinal o trato da questão é caso de saúde ou policial?

Várias administrações municipais tentaram enfrentar o problema, mas pouco foi feito. Agora em 2017 novamente a região volta a figurar os noticiários por conta de um novo projeto de reavivar a área.

Em meados dos anos 2000 a prefeitura fracassou no plano de revitalização aos arredores do velho centro, em busca de resgatar o prestígio e investimentos para a região com a isenção de impostos prediais para novos moradores, benesses tributárias em busca de atrair empresários para o comércio local, concomitante com o auxílio policial no fechamento de locais utilizados direta ou indiretamente no comércio e uso

de entorpecentes, tal como hotéis irregulares, casas de prostituição e bares sem as mínimas condições sanitárias.

Neste mês, as gestões municipal e estadual desencadearam uma série de ações policiais pontuais na região, com o viés de inibir o consumo e o comércio dos entorpecentes pelas ruas, bem como restabelecer a presença governamental num local de evidente anomia, possibilitando o livre acesso às ruas do bairro aos moradores e transeuntes que são vítimas colaterais desse imbróglio.

2. DESENVOLVIMENTO

Cracolândia na acepção do termo significa *território do crack*. A droga que é composta pela mistura de sobras de cocaína, água, bicarbonato, cal e sal dá azo a uma combinação química mortal, altamente dependente e acessível, sendo que o seu consumo se propagou de forma endêmica, principalmente pelos menos afortunados e população em situação de rua. No entanto, a droga é democrática e vitimiza diversas camadas sociais e intelectuais. Em pouco tempo o indivíduo está totalmente dependente e a partir daí, passa a relativizar sua dignidade se assemelhando a um fantasma andante: recluso num mundo insano, doente, desprovido de vaidade e objetivos, cujo único desejo é consumir mais droga.

Acertadamente, Oliveira Sobrinho constata que há na sociedade pessoas invisíveis e ignoradas pelo estado e a sociedade como um todo. Os invisíveis englobam além dos viciados em crack, moradores de rua, ambulantes, flanelinhas e garis. Explica em seu notável artigo a respeito:

“Casualmente todos os dias pessoas são tratados como cidadãos invisíveis, e embora cruzemos com eles, não os vemos ou talvez não queiramos vê-los; porém, eles estão lá na rua, construindo e reconstruindo seus territórios cotidianamente. Para os gestores públicos, a cidade seria como um organismo doente – numa alusão à saúde e higiene, especialmente dos mais pobres, que

precisariam de cuidados permanentes. Nesse sentido observamos ações desastrosas promovidas pelas administrações locais nos últimos anos”. (OLIVEIRA SOBRINHO, 2014)

Inicialmente cuidar desse revés como questão policial pareceu desastrosa e duramente rechaçada por alguns especialistas, visto que é notória a situação calamitosa a que o dependente químico é exposto. Alguns buscam ajuda para se livrar do vício e muitos outros encabeçam as estatísticas de mortos em decorrência do uso dessa substância nefasta.

Entretanto, o trabalho de inteligência da Polícia Civil de São Paulo revelou que por trás do flagelo dos viciados que se amontoam pelas ruas em busca da droga, age uma facção criminosa que lucra vultosas cifras com a situação, desenvolvendo uma espécie de feira livre da droga sem ser incomodada. A operação culminou na identificação e prisão de mais de 50 pessoas envolvidas na empreitada criminosa.

Diante das breves constatações, a resposta para a problemática mostra-se salutar uma abordagem interdisciplinar entre as polícias, guarda municipal e profissionais especializados de saúde. Extremamente vital o envolvimento dos poderes municipal e estadual, abandonando disputas político-partidárias e a utilização do problema como palanque para eventuais eleições que se avizinham.

As investigações evidenciaram que por mês a organização criminosa lucra oito milhões de reais, em detrimento de vidas e sonhos que se perdem diuturnamente no cachimbo da droga. Desta maneira, é caso também de interferência do aparato de segurança pública, pois é dever do estado manter a paz social, sem anular qualquer respeito e assistência aos enfermos.

O enfrentamento da crise parece num primeiro momento uma medida espinhosa e pouco popular, mas que se faz necessário abandonar sua postergação, visando restabelecer a ordem, o direito às pessoas voltarem a transitar nessas ruas, incentivar o comércio local, a revitalização das residências que possuem grande valor para o patrimônio histórico e

arquitetônico, bem como os moradores do bairro a terem orgulho em residir nas imediações outra vez.

Apenas dissipar a concentração dos viciados do centro velho não será o suficiente, pois disfarça a criação de outros pequenos pontos de usuários pela cidade e não resolve o problema por completo.

3. CONCLUSÃO

Primeiramente combater o tráfico de forma enérgica é a saída mais árdua, porém que atua no ponto central da causa, dado que se denota um processo de retroalimentação mantido nesse local. Os viciados que ocupam as ruas servem como cortina de fumaça para a venda livre do entorpecente. O combate a entrada do entorpecente na área em questão bem como em todo território nacional, deve ser encarado como de primeira ordem visto que as fronteiras brasileiras, no rigor do pensamento, são verdadeiros queijos suíços, nas quais adentram facilmente armas e drogas.

Secundariamente, mas não menos importante, deve se destacar a carência de políticas públicas de saúde voltadas para o auxílio aos dependentes químicos país a fora, a ineficácia dos centros de acolhimento de tratamento para usuários e poucos recursos humanos empregados num problema tão espinhoso.

Conclui-se, portanto, que esforços coordenados como a criação e expansão de consultórios itinerantes pelas áreas de maior concentração dos doentes, aumento dos centros de atenção psicossociais com equipes interdisciplinares envolvendo psiquiatras, enfermeiros, psicólogos, assistentes sociais e profissionais dos órgãos afetos, auxiliarão de forma ímpar no processo de transformação urbana e social.

Envolvimento de toda a sociedade civil na questão, atuando as bases de controle formal na repressão e combate ao tráfico, na outra ponta os profissionais da saúde, familiares, ex-viciados e entidades religiosas no tratamento aos dependentes.

REFERÊNCIAS

SOBRINHO, Afonso Soares de Oliveira. ***Os "cidadãos invisíveis" no centro de São Paulo: O controle social da pobreza como negação à dignidade da pessoa humana.*** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 07 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49357&seo=1>>. Acesso em: 23 maio 2017.

O ENFRENTAMENTO DO FORMALISMO EXCESSIVO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

CAROLINA MATTOS GOES: Bacharel em direito pela Universidade Federal de Sergipe. Técnica do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

RESUMO: O Direito Processual moderno caminha na direção da simplicidade das formas, com vistas à primazia do julgamento do mérito e solução material da lide, fim último do processo. Nesse sentido, o novo Código de Processo Civil de 2015 trouxe normas, consubstanciadas em regras e em princípios, que se traduzem em ferramentas processuais voltadas à paulatina desvalorização e enfrentamento do formalismo excessivo.

Palavras-chave: Direito Procesual Civil; novo Código de Processo Civil; formalismo excessivo.

ABSTRACT: Modern procedural law moves towards the simplicity of forms, with a view to the primacy of the judgment of merit and the material solution of the lide, the ultimate end of the process. In this sense, the new Code of Civil Procedure of 2015 brought rules, based on rules and principles, which translate into procedural tools aimed at gradual devaluation and fighting against excessive formalism.

Keywords: Civil Procedural Law; New Code of Civil Procedure; excessive formalism.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O ENFRENTAMENTO DO FORMALISMO EXCESSIVO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1.1 A OPORTUNIZAÇÃO PARA CORREÇÃO DE VÍCIO SANÁVEL. 1.2 A CORREÇÃO DE VÍCIO SANÁVEL EM MATÉRIA RECURSAL. 1.3 A POSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO, PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUANDO DA ANÁLISE DOS RECURSOS EXTREMOS, DE VÍCIO FORMAL QUE NÃO SE REPUTE GRAVE. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Aborda-se, no presente artigo, o fenômeno que visa à gradativa simplicidade das formas dos atos integrantes de um processo posto ao poder estatal de heterocomposição. Vale dizer: o processo não é um fim em si mesmo, mas meio através do qual se almeja alcançar a paz social, com a solução dos litígios sob jurisdição. O objetivo do processo, portanto, é aplicar o Direito à lide a fim de que as partes tenham analisadas as suas pretensões da maneira mais adequada possível. O novo Código de Processo Civil representa, por isso mesmo, marco positivo de normas que tendem ao abandono do rigorismo exacerbado com vistas à primazia da resolução de mérito, o que é demonstrado através da análise de alguns exemplos.

1. O ENFRENTAMENTO DO FORMALISMO EXCESSIVO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Direito Processual moderno caminha na direção oposta à do formalismo excessivo. Ora, formalidades desarrazoadas são verdadeiros obstáculos para a efetiva prestação jurisdicional, na medida em que inviabilizam a análise do direito material pleiteado, fim último do processo.

Como bem elucidado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2010, p. 22-23),

Tudo conflui, pois, à compreensão do processo civil a partir de uma nova fase metodológica – o *formalismo-valorativo*. Além de equacionar de maneira adequada as relações entre direito e processo, entre processo e Constituição e colocar o processo no centro da teoria do processo, o formalismo-valorativo mostra que o formalismo do processo é formado a partir de *valores* – *justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança* – base axiológica a partir da qual ressaem *princípios, regras e postulados* para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação. Nessa

perspectiva, o processo é visto, para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem e não da natureza. Nele os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e da segurança, dão lugar a direitos fundamentais, com características de normas principais. A técnica passa a segundo plano, consistindo em mero meio para atingir o valor. O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso.

É atento a esse fenômeno, portanto, que o novo Código de Processo Civil sobreleva a importância do aproveitamento dos atos processuais, proclamando o abandono ao formalismo desmedido. Conforme se verifica desde a exposição de motivos do Projeto do novo CPC, apresentada pela Comissão presidida pelo Ministro Luiz Fux,

significativas foram as alterações no que tange aos recursos para o STJ e para o STF. O novo Código contém regra expressa que leva ao aproveitamento do processo, de forma plena, devendo ser decididas todas as razões que podem levar ao provimento ou improvimento do recurso. [...] Vê-se, pois, que as alterações do sistema recursal a que se está aqui aludindo proporcionaram simplificação e levaram a efeito um outro objetivo [...]: obter o maior rendimento possível de cada processo.^[1]

Destarte, o novo CPC prega a persecução da análise de mérito e o privilégio do direito material, afastando a formalidade excessiva para proporcionar maior busca da solução da lide e da tutela dos interesses das partes.

Precisas as palavras de Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2010, p.87-88), ao concluir que

é possível afirmar que se trata de um verdadeiro Diploma da Contemporaneidade ou da Pós-

Modernidade. O pós-moderno é, por natureza, complexo. Conceitos tem que ser vistos, revistos e amadurecidos. O Projeto dá esse passo inevitável e há muito esperado, cumprindo seu papel de retirar o processo civil da modernidade. Assim como já havia ocorrido com o direito civil, agora o direito adjetivo passa a contar com regras que se afinam e se adequam à estrutura constitucional idealizada em 1988, e forjada pelo Pretório Excelso nesses 22 anos. Há, principalmente, eixos temáticos bem definidos: Estado Constitucional; tutela de direitos e processo justo.

Analisar-se-á, a seguir, alguns dispositivos que corroboram o entendimento exposto.

1.1 A OPORTUNIZAÇÃO PARA CORREÇÃO DE VÍCIO SANÁVEL

O art. 317 do novo CPC estatui que “antes de proferir sentença sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.”

Trata-se, segundo entendimento de Márcio Carvalho Faria (2012, p. 274), do princípio da colaboração ou cooperação, o qual é previsto de maneira expressa no NCPD, em sua parte geral, e que, dentre outras características oportunamente abordadas, consiste na observação, pelo magistrado, do chamado dever de advertência.

Significa dizer que cabe ao julgador da causa esclarecer às partes sobre o risco de o uso inadequado do processo ser capaz de comprometer-lhe o exame de mérito, devendo, ainda, oportunizar aos sujeitos da lide a correção de erros formais sanáveis.

1.2 A CORREÇÃO DE VÍCIO SANÁVEL EM MATÉRIA RECURSAL

No mesmo viés, o NCPD determina:

Art. 938. [...]

§ 1º Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá no julgamento do recurso.

A novidade legislativa teve como escopo ampliar a possibilidade de correção de vício sanável – anteriormente possível apenas para os casos envolvendo o recurso de apelação, por força do art. 515, § 4º, do Código de Processo Civil revogado – para todas as espécies recursais. Dessa maneira, a parte não verá seu recurso inadmitido antes de lhe ser oportunizado que corrija o erro formal, sendo-lhe aberta nova oportunidade para que, posteriormente, tenha o mérito recursal conhecido.

Trata-se, mais uma vez, do princípio da colaboração processual, o qual informa ser o processo um produto da atividade cooperativa triangular, vale dizer, um conjunto de esforços direcionados entre magistrado e partes. Consubstancia, em última análise, a efetivação do princípio do contraditório.

1.3 A POSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO, PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUANDO DA ANÁLISE DOS RECURSOS EXTREMOS, DE VÍCIO FORMAL QUE NÃO SE REPUTE GRAVE

O NCCPC fixa que, havendo, em recurso tempestivo, defeito formal que não se repute grave, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal poderão desconsiderá-lo ou, ainda, mandar saná-lo, procedendo ao julgamento de mérito (art. 1.029, § 3º do mencionado diploma).

Passo largo na direção da busca pela justiça que se mostre capaz de gerir os interesses em conflito sob jurisdição, é certo que, como ensina Márcio Carvalho Faria (2012, p. 283),

mais uma vez, o novo CPC pensou na efetivação do direito, na solução do mérito da causa. No caso, a

idéia é tentar aproveitar, ao máximo, instrumento processual que, se trespassado o óbice da admissibilidade, contribuiria para o próprio ordenamento, quer uniformizando determinada questão de direito ainda controvertida nos tribunais locais, quer permitindo intenso debate junto aos Ministros julgadores sobre determinado tema que, até aquele momento, não tinha ascendido à Corte Superior, quer orientando, através de seu caráter paradigmático, os demais casos pendentes sobre o mesmo *thema decidendum*.

Significa dizer que, nesse ponto, o novo CPC demonstra harmonia entre o interesse processual das partes, a competência constitucionalmente definida do STJ como guardião da interpretação da lei federal e do STF como intérprete último da Constituição, e o anseio hermenêutico pela aplicação de princípios caros ao ordenamento e à relação jurídica posta.

Caberá ao entendimento jurisprudencial, agora, identificar quais os parâmetros a serem utilizados para definir os vícios formais que não serão reputados graves. Para tanto, será imprescindível a observância dos princípios norteadores do NCPC, já comentados, mormente o da colaboração, fundamental à adequada exegese normativa do novo diploma.

CONCLUSÃO

A toda evidência, o formalismo excessivo não se coaduna com a tendência moderna do Direito Processual, que vê na satisfação efetiva da lide o fim último do processo, sendo este, em verdade, mero instrumento de que as partes dispõem para fazer valer o acesso à justiça e ouvir a voz da jurisdição estatal. O novo CPC, pois, consentâneo a esse entendimento, trouxe importantes ferramentas que se alinham a técnicas processuais de colaboração das partes e do magistrado, bem como da primazia do julgamento de mérito para integral satisfação da lide.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05/12/2014, 10:15:25.

_____. **Lei no 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10/05/2016, 13:25:46.

FARIA, Márcio Carvalho. **O novo Código de Processo Civil vs. a jurisprudência defensiva**. Revista de Processo, v. 210. São Paulo: RT, 2012, p. 263-300.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 4. Ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

PINHO, Humberto Dalla de. **Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/10**. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, ano 4, volume VI, p. 87-88, julho a dezembro de 2010. Disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf>. Acesso em: 19/01/2015, 18:25:55.

NOTA:

[1] Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 19/01/2015, 16:12:50.

INTERFERÊNCIA DA LEI NO CASAMENTO DO IDOSO

GABRIELA ANDRADE MACHADO: Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Brasil.

Profº Mestre: **Rodrigo Soncini de Oliveira Guena**
(orientador)[1]

RESUMO: Diante da busca pela igualdade de direitos entre jovens e idosos, a fim de que se possa exercer o direito civil de forma plena, o presente artigo visa debater a restrição imposta pelo Código Civil, que constrange às pessoas com mais de setenta anos com regime legal de separação de bens. O legislador entendeu estar protegendo o idoso ao tomar essa medida, porém tal proteção tem cunho essencialmente patrimonialista. A problemática tratada neste tema é justamente se a terceira idade pode ser considerada um fator que gera incapacidade para os atos da vida civil plena, se é justamente por ter uma idade avançada que a pessoa deve ter seus direitos suprimidos quando quiser se casar. Um dos pontos que também serão tratados neste artigo é a identificação do idoso na sociedade.

Palavras-chave: Idoso, casamento, proteção, liberdade e idade.

ABSTRACT: Faced with the search for equal rights between young and old, in order to fully exercise civil law, this article aims to discuss the restriction imposed by the Civil Code, which constrains people over seventy years old with legal status of separation of assets. The legislator understood to be protecting the elderly in taking this measure, but such protection is essentially patrimonialist. The problem dealt with in this topic is precisely whether the third age can be considered a factor that generates incapacity for the acts of full civilian life, if it is precisely because of the advanced age that the person should have his rights suppressed when he wants to marry. One of the points that will also be addressed in this article is the identification of the elderly in society.

Keywords: Elderly, marriage, protection, freedom and age.

INTRODUÇÃO

O interesse pela temática escolhida ocorreu com o fito de abordar e esclarecer dúvidas acerca da disposição de lei que traz obrigatoriamente o regime de separação total dos bens entre pessoas com mais de setenta anos que atinge não somente o direito dos idosos, como também fere os direitos inerentes à pessoa humana.

Um dos aspectos que incentivaram o estudo pelo tema é o fato de que o país logo será um país de idosos e, sendo assim, essa imposição constrangerá o direito da maior parte da população, o que de certa forma trará instabilidade econômica e jurídica.

Este artigo científico teve por base pesquisas em sites e em livros da área jurídica e em códigos que regulamentam os procedimentos adequados da jurisdição, como forma de trazer o que há de novo na atualidade.

Assim, faz-se urgente o aprofundamento neste tema, visto que as mudanças já estão acontecendo, sendo que tal proteção que a lei prevê, em curto prazo, será excessiva demais, ao interferir no direito dos idosos, desrespeitando sua autonomia, o que é direito inerente ao ser humano.

1. REGIME DE BENS: CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil trata do patrimônio das pessoas ao regular o regime de bens entre os cônjuges e, sendo assim, ao tratar de pessoas com mais de setenta anos foi imposto o regime de separação total de bens.

Dessa maneira, tal medida gerou várias discussões a respeito do tema e um dos fundamentos dessa proteção excessiva é a de que o Código Civil protege somente o patrimônio das pessoas, assim como reza o artigo 1.641, do referido Código:

Art. 1.641. É obrigatório o regime de separação de bens no casamento: I- das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento II- da pessoa maior de setenta anos e III- de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Quanto a essa imposição, Paulo Lôbo afirma que:

O regime obrigatório de bens é tipicamente um ônus: a pessoa, incluída em alguma das três hipóteses legais, escolhe entre casar ou não casar; se prefere casar, deverá suportar o ônus do regime obrigatório de bens. (2017, página 305)

Conforme Paulo Lôbo é imposto um ônus ao casal que desrespeitar as causas suspensivas, como um meio indireto de punição, que será, no caso, a imposição do regime de bens.

Observa-se que essa tese confirma que o direito visa proteger o patrimônio das pessoas, uma vez que em seu conceito fica muito claro que o direito se preocupa com os bens do cidadão, pois assim garante a economia e o preserva de uma possível fraude ou prejuízo maior contra terceiros.

Em outras palavras, o direito possui um controle nos bens dos casais para que esses bens não fiquem sem titular, ficando assim, passível de fraude, o que em parte explica a preocupação do legislador com o patrimônio dos idosos.

Percebe-se que o fato de o idoso não poder escolher o regime de bens é uma medida que inibe os desejos dos nubentes, pois estão sujeitos a uma sanção patrimonial, uma vez que o legislador entendeu que em tais casos não é aconselhável o casamento e, por tal razão, tornou obrigatório o regime de separação total de bens para os idosos.

2. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O direito de família é baseado em princípios norteadores, que são aqueles que estruturam e fundamentam o direito, pois a Lei não poderia solucionar todos os casos sem nenhum apoio, seja ele por meio de jurisprudência, doutrina ou princípios.

E, sendo assim, um dos princípios norteadores do Direito de Família é o da dignidade da pessoa humana, que é aquele que protege o ser

humano, conferindo-lhe extensa proteção e que está previsto na Constituição Federal. Assim, como melhor descreve Dimas Messias de Carvalho:

Ao conferir valor maior à proteção da pessoa humana, a Constituição federal, elegeu os valores sociais dominantes, como fundamentais, exigindo a aplicação dos princípios aos casos concretos para viabilizar o alcance da dignidade humana nas relações jurídicas, ultrapassando as concepções estritamente positivistas. (2017, página 62)

O princípio da dignidade da pessoa humana é, então, um princípio fundamental que faz o intérprete da lei compreender os direitos do ser humano além do que está na própria lei.

Então, para a maioria dos doutrinadores, a referida imposição ofende o princípio da dignidade humana. Assim como leciona Carlos Roberto Gonçalves (2017, página 639): “A imposição do regime da separação legal, nesses casos, é de duvidosa constitucionalidade, por ofender o princípio da dignidade humana”.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem um grande impacto jurídico, pois é o que impede qualquer tipo de discriminação em relação ao ser humano, e quanto aos idosos, obviamente, não seria diferente.

2.1. AUTONOMIA PRIVADA

O princípio da autonomia privada consiste em dar poderes aos particulares, no intuito de lhes preservar o direito de exercer a própria vontade, de acordo com cada situação jurídica. É expresso na Constituição Federal, especificamente no princípio da liberdade da iniciativa econômica e na liberdade contratual.

A autonomia privada concede o poder de modificar, extinguir ou criar situações jurídicas próprias ou de terceiros desde que observando os limites que o poder jurídico estabelece.

É evidente que não se tem disposição de ordem pública que torne o maior de setenta anos como incapaz de cuidar de seu próprio patrimônio nem norma que o torne incapaz simplesmente pela idade, mesmo assim sua autonomia privada é restringida no momento da escolha do regime de bens, já que não importa a sua vontade.

2.2. PRINCÍPIO DA LIBERDADE

O princípio da liberdade é fundamental, pois é o que dá total liberdade, como o próprio nome denuncia, de constituir família da forma que desejar, ou seja, ele confere total liberdade para se planejar a formação da família, sem qualquer restrição, apenas fundado na faculdade de escolha do casal. Conforme bem fundamenta Dimas Messias de Carvalho:

A liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar, fundada no afeto, na solidariedade, no companheirismo entre seus membros, descentralizada da figura única do casamento, valoriza o relacionamento afetivo e a felicidade das pessoas. (2017, página 68)

Para esse princípio, o mais importante é o afeto, o desejo de construir uma família, ou seja, a prioridade é a felicidade das pessoas.

A doutrina em peso refuta a justificativa do legislador que, ao impor essa restrição, entendeu estar protegendo os idosos, sendo que essa decisão na verdade tira a liberdade de expressão e vontade dos idosos.

No mesmo sentido, afirma Paulo Lôbo:

A norma que impede aos maiores de 70 anos liberdade de escolha do regime de bens cria, indiretamente, uma incapacidade, de exercício de direito, sem o devido processo legal. (2017, página 306)

Existe um atrito entre o princípio da autonomia privada, que nada mais é do que a representação da liberdade, com o dispositivo que restringe a liberdade dos idosos, bem como se pode observar que tal

dispositivo também se opõe ao Estatuto do idoso, que também lhe confere proteção e dignidade.

Já os princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, que são previstos expressamente na Constituição Federal, também são bases que refutam a restrição do Código Civil.

Em se tratando de direitos e garantias essenciais, a Constituição traz no *caput* do art. 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e assegura inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Já o artigo 1º, III, da Constituição, prevê como um dos Fundamentos da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana e, no artigo 3º, estabelece como um dos objetivos fundamentais a promoção do bem a todas as pessoas, sem qualquer seleção.

Sendo assim, quando um dispositivo de lei confrontar com os princípios e os ditames constitucionais, não deve ser recepcionado, uma vez que não deve vigorar diante da afronta à lei maior.

Assim, vê-se que, no caso de imposição do regime de separação total de bens em razão da idade, há uma grave ofensa aos princípios constitucionais, na medida em que suprimem da pessoa maior de setenta anos a opção, autonomia e a livre opção para determinar o regime de bens que reputar mais adequado para fundar seu casamento, tratando-a como se fosse incapaz, ainda que não esteja em nenhuma das hipóteses de incapacidade civil.

O Supremo Tribunal Federal editou uma súmula a respeito do regime de separação total de bens, em que diz:

Súmula 377: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

Essa súmula gerou várias discussões na doutrina, em relação à sua aplicabilidade no caso concreto, vez que muitos entendem estar revogada. Mas o que a súmula traz é que somente os bens adquiridos no casamento

é que serão partilhados com o cônjuge, ou seja, todos os bens adquiridos durante o matrimônio presumem-se adquiridos pelo comum esforço.

No mesmo sentido aduz Carlos Roberto Gonçalves:

No princípio essa súmula foi aplicada com amplitude. Posteriormente, no entanto, a sua aplicação ficou restrita aos bens adquiridos pelo esforço comum dos cônjuges, reconhecendo-se a existência de uma verdadeira sociedade de fato. (2017, página 653)

Os tribunais também vêm se mostrando contra essa imposição, mais especificamente em casos que o casamento é precedido de união estável, conforme jurisprudência a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL - PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - MODIFICAÇÃO DO REGIME MATRIMONIAL DE BENS - SENTENÇA QUE DECLAROU EXTINTO O PROCESSO POR AUSÊNCIA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO - LEGITIMIDADE E INTERESSE PARA PLEITEAR A RESPECTIVA ALTERAÇÃO, QUE ENCONTRARIA RESPALDO NO ART. 1.639, § 2º, DO CC - MATRIMÔNIO CONTRAÍDO QUANDO OS INSURGENTES POSSUÍAM MAIS DE 60 (SESSENTA) ANOS DE IDADE - SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - PRETENDIDA MODIFICAÇÃO PARA O REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL - INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO CÓDIGO CIVIL E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CONCLUSÃO DE QUE A IMPOSIÇÃO DE REGIME DE BENS AOS IDOSOS SE REVELA INCONSTITUCIONAL - AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - LEGISLAÇÃO QUE, CONQUANTO REVESTIDA DE ALEGADO CARÁTER PROTECIONISTA, MOSTRA-SE DISCRIMINATÓRIA - TRATAMENTO

DIFERENCIADO EM RAZÃO DE IDADE -
MATURIDADE QUE, PER SE, NÃO ACARRETA
PRESUNÇÃO DA AUSÊNCIA DE DISCERNIMENTO
PARA A PRÁTICA DOS ATOS DA VIDA CIVIL -
NUBENTES PLENAMENTE CAPAZES PARA
DISPOR DE SEU PATRIMÔNIO COMUM E
PARTICULAR, ASSIM COMO PARA ELEGER O
REGIME DE BENS QUE MELHOR ATENDER AOS
INTERESSES POSTOS - NECESSIDADE DE
INTERPRETAR A LEI DE MODO MAIS JUSTO E
HUMANO, DE ACORDO COM OS ANSEIOS DA
MODERNA SOCIEDADE, QUE NÃO MAIS SE
IDENTIFICA COM O ARCAICO RIGORISMO QUE
PREVALECIA POR OCASIÃO DA VIGÊNCIA
DO [CC/1916](#), QUE AUTOMATICAMENTE LIMITAVA
A VONTADE DOS NUBENTES SEXAGENÁRIOS E
DAS NOIVAS QUINQUAGENÁRIAS - ENUNCIADO
Nº 261, APROVADO NA III JORNADA DE DIREITO
CIVIL, QUE ESTABELECE QUE A
OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE
SEPARAÇÃO DE BENS NÃO SE APLICA QUANDO
O CASAMENTO É PRECEDIDO DE UNIÃO
ESTÁVEL INICIADA ANTES DE OS CÔNJUGES
COMPLETAREM 60 (SESSENTA) ANOS DE IDADE
- HIPÓTESE DOS AUTOS - APELANTES QUE
CONVIVERAM COMO SE CASADOS FOSSEM NO
PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE 1964 E 2006,
QUANDO CONTRAÍRAM MATRIMÔNIO -
CONSORTES MENTALMENTE SÁDIOS -
PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DE
JUSTIÇA NO SENTIDO DE SE ADMITIR A
PRETENDIDA ALTERAÇÃO - SENTENÇA
OBJURGADA QUE, ALÉM DE DENEGAR
INDEVIDAMENTE A PRESTAÇÃO
JURISDICCIONAL, REVELA-SE IMPEDITIVA DO
DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA - DECISUM

CASSADO - REGIME DE BENS MODIFICADO PARA O DE COMUNHÃO UNIVERSAL - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

No caso narrado, o Tribunal decidiu brilhantemente com uma interpretação sistemática e uma visão futurista o caso concreto, sendo certo que a decisão de um tribunal dá um grande impacto e causa várias indagações, o que chama atenção para essa inconstitucionalidade.

Contudo, diante dessa nova fase social, todos, sem exceção, têm o direito de escolher como quer formar a sua família, pois a Constituição abarca todas as famílias, sem discriminação.

3. POSSÍVEL REVOGAÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO

O Poder Judiciário tem se mostrado contrário ao regime de separação de bens, bem como a doutrina também se posiciona contra tal norma, pois viola os princípios que são pilares de nossa Constituição.

Pode-se dizer que alguns tribunais brasileiros vêm adotando e acolhendo a tese da inconstitucionalidade do regime legal de separação de bens fundado na idade. E, no mesmo sentido, o Conselho da Justiça Federal, por meio da I Jornada de Direito Civil, enunciado n° 125, propôs a revogação do dispositivo, mediante a seguinte justificativa:

A norma que torna obrigatório o regime de separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos.

Assim, é possível vislumbrar as perspectivas de revogação do referido regime de bens, com vistas a extinguir do nosso ordenamento jurídico tal restrição que, na verdade, é discriminatória e seletiva. Isso porque é como se indicasse quem pode ou não casar e com quem se deve casar, o que se mostra um retrocesso no ordenamento jurídico, que de certa forma precisa ser mudado.

Entende-se que sob o argumento de proteção ao maior de setenta anos, a regra imposta pela lei parte do pressuposto de que a idade, por si

só, diminui o discernimento da pessoa, tornando-a facilmente suscetível de ser enganada.

No entanto, nem sempre foi de setenta anos a idade imposta para o regime de separação total. No Código de 1916, seu artigo 258, II, já previa a obrigatoriedade de separação de bens por causa da idade para as mulheres com mais de 50 e para os homens com mais de 60, porém não foi recepcionado pelo novo código de 2002, pois refletia o cunho patrimonialista e machista de tal imposição.

Porém, o legislador optou em refazer o dispositivo não recepcionado pela Constituição no Código Civil de 2002, apenas modificando a idade de sessenta para setenta anos, tanto para o homem quanto para a mulher, esquecendo que a sociedade está envelhecendo, e com isso, estão se cuidando mais, conforme os dizeres de Dimas Messias de Carvalho:

O aumento nos cuidados com a saúde e com a expectativa de vida dos brasileiros permite que pessoas com mais de 60 anos exerçam na plenitude suas atividades profissionais, sociais e afetivas, ao contrário do que ocorria no século passado, quando eram consideradas velhas e se recolhiam. (2017, página 205)

E, com a atenção voltada para os cuidados essenciais a saúde, acrescenta Dimas Messias de Carvalho:

O exercício de atividades diversas possibilita que os sessentões e sessentonas se relacionem, trabalhem, namorem, viagem e pratiquem esportes, interagindo com outras pessoas e afastando-se da solidão e da dependência da família. (2017, página 205)

Isto quer dizer que com a evolução da ideologia da sociedade, da forma de se cuidar e com o possível aumento no número de idosos no país, essa imposição será reformada.

4. ESTATUTO DO IDOSO

A lei nº 10.741/2003, conhecida como Estatuto do Idoso, traz direitos a serem protegidos pela nossa Constituição, ou seja, traz o idoso como sujeito de direitos e proteção, além disso, traz expressamente o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, conforme o artigo 10:

Artigo 10: É obrigação do estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

Nesse caso, há um preconceito, uma presunção de que os idosos possuem uma desorganização mental.

Os relacionamentos movidos por interesses patrimoniais podem existir em todas as fases da vida, pois é possível enganar-se independente da idade e não só com a terceira idade. Para tal hipótese o Código Civil prevê um instituto da interdição.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, página 279) vão além ao lecionar sobre a imposição: “É uma violência escancarada ao princípio da isonomia, por conta do estabelecimento de uma velada forma de incapacidade parcial do idoso”.

No mesmo sentido afirma Dimas Messias de Carvalho ao tratar do assunto, conforme a visão dos doutrinadores em geral:

A maioria dos juristas são contrários à imposição da obrigação de casar-se com separação de bens após os 70 anos de idade, ocorrendo uma ingerência indevida do Estado na vida privada das pessoas, violando o princípio da liberdade e importando imposição discriminatória. (2017, página 206)

No caso concreto, tal regime não impede os casamentos por interesse, uma vez que toda e qualquer pessoa possui uma parte de seu patrimônio que é disponível e outra que é indisponível. A indisponível

pertence aos herdeiros necessários, mas a disponível está livre para usar como quiser então o idoso pode fazer uso dessa parte em proveito do cônjuge.

O que se tem que entender é que realmente existem pessoas idosas que não tem discernimento, mas para isso é que existe a interdição. A incapacidade não pode ser presumida, principalmente sem admitir que o idoso prove o contrário.

Nestes casos, tal situação é levada ao Judiciário, onde é feito todo um procedimento de ampla defesa para o interditando, a fim de, só ao final, averiguar se realmente aquela pessoa carece dos sentidos e precisa de uma curatela.

Sendo assim, deve-se ter no mínimo um pouco de consideração para com os idosos e pelo menos dar oportunidade de contraprovas, ou seja, dar oportunidade a eles para provarem que possuem ou não capacidade para praticar todos os atos da vida civil.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, é notável que as coisas estejam tomando um rumo inovador e coerente com a nossa realidade, pois a tendência é de que o regime de separação total de bens logo não será mais imposto, ou seja, não será mais obrigatório e, portanto, não será mais uma medida preconceituosa e inconstitucional. Levará em consideração os direitos individuais de cada um, independente da idade, bem como obedecerá aos princípios fundamentais do direito.

Vale frisar que existem casos em que realmente o idoso é incapaz de realizar os atos da vida civil, mas nestes casos existe a curatela, que é disciplinada pelo Código Civil e, se for constatada a incapacidade, então poderá ter a imposição do regime de bens.

Ocorre que a imposição para todos dessa faixa etária não pode prevalecer, pois deve ser levado em consideração que os idosos de hoje não são mais aqueles que precisam de cuidados, pois estão cuidando mais da saúde e vivendo mais e melhor.

Então, tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada, e o da liberdade, os direitos dos idosos não devem ser suprimidos enquanto não houver a comprovada necessidade para tal medida, buscando-se assim um meio de o direito de hoje ser adequado para a sociedade de amanhã.

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: 04 de maio 2017.

BRASIL, Enunciados da I Jornada de Direito Cível. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/ljornada.pdf>. Acesso em: 09 de maio 2017.

BRASIL, Lei 10.406/16. Código Civil. Revogado pela Lei 10.406/2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 09 de maio 2017.

BRASIL, Lei 10.741. Estatuto do idoso. Sancionada em 01 de outubro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm. Acesso em: 12 de maio 2017.

BRASIL, Lei 10.406. Código Civil. Promulgada em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 09 de maio 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400. Acesso em: 10 de maio 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº AC 575350 SC 2011. 05735-0. Apelantes: J.F.R e Z.C.C.R. e outro. Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller. Criciúma, SANTA CATARINA, 01 de dezembro de 2011. **JusBrasil**. Disponível em: tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20879555/apelacao-civel-ac-575350-sc-2011057535-0-tjsc. Acesso em: 04 de maio. 2017.

CARVALHO, DIMAS MESSIAS de. Direito das Famílias, São Paulo, Saraiva, 5. ed., 2017.

GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. Direito Civil Esquematizado, São Paulo, Saraiva, 4. ed., 2017.

GAGLIANO, PABLO STOLZE e FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Cível, vol. 6, São Paulo, Saraiva, 7. ed., 2017.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias, São Paulo, Saraiva, 7. ed., 2017.

NOTAS:

[1] <http://lattes.cnpq.br/9227517897101591>

USUCAPIÃO DE BEM PÚBLICO: BREVES COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO CÍVEL Nº 70018233536 DO TJRS À LUZ DA PROPORCIONALIDADE

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: Cuida-se de ensaio que objetiva aplicar as fases da proporcionalidade em decisão colegiada que afastou a proibição de usucapião de bem público. Para tanto, pretende-se apresentar as etapas subdivididas em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, bem como explicitar, perfunctoriamente, as diferenças entre regras e princípios, as suas formas de aplicação, os requisitos da usucapião e a natureza jurídica da vedação, além de comentar a aludida decisão, indicando se poderia ou não subsistir face à teoria apresentada.

Palavras-chave: Normas jurídicas. Princípios. Regras. Proporcionalidade. Usucapião de bem público.

Sumário: Introdução. 1. Proporcionalidade: Terminologia; 2. Fases de Aplicação da Proporcionalidade; 3. Vedação à usucapião de bens públicos; 4. Caso descrito no Acórdão; 4.1. Aplicação das etapas da Proporcionalidade; 5. Conclusão; Bibliografia; Apêndice: Acórdão.

Introdução

O presente ensaio tem por objetivo aplicar as etapas estruturadas da proporcionalidade ao Acórdão da Apelação Cível Nº 70018233536 do TJRS, que afastou a proibição constitucional à aquisição por usucapião de imóvel público.

O referido julgado afastou a vedação presente na Constituição Federal e no Código Civil. Em caso excepcional, entendeu que não mais

subsistia o interesse público a ser assegurado com a vedação, conforme a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO (BEM IMÓVEL). BENS REGISTRADO EM NOME DO PODER PÚBLICO. VIABILIDADE NO caso CONCRETO, EM QUE NÃO MAIS SUBSISTE QUALQUER INTERESSE PÚBLICO NA MANUTENÇÃO DO IMÓVEL SOB O DOMÍNIO DO ESTADO.

A despeito da vedação Constitucional (arts. 183, § 3º, CF; 191, parágrafo único, Constituição Federal), a qual impede a usucapião de imóveis públicos de qualquer espécie, possível, em casos excepcionais, o reconhecimento do direito à aquisição da propriedade pela prescrição aquisitiva, quando, como no caso, está evidente a total ausência de interesse público sobre o imóvel objeto da ação.

Hipótese em que o Poder Público Municipal, no exercício do desenvolvimento da sua política habitacional, alienou o imóvel a particular, há mais de 40 anos, tendo havido, inclusive, a expedição do Certificado de Quitação, e somente não tendo havido a efetiva transferência da propriedade junto ao registro imobiliário por entraves burocráticos.

Circunstâncias que evidenciam a total falta de interesse público, desvelando, assim, a possibilidade de aquisição do bem por usucapião.

RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. UNÂNIME.

(Apelação Cível Nº 70018233536, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 15/02/2007).

A partir da aplicação da proporcionalidade no caso descrito no Acórdão poderemos verificar se a decisão tem respaldo na teoria, ou se, sob o prisma em estudo, outra solução deveria ter sido adotada.

1. Proporcionalidade: Terminologia

Há grande divergência entre os operadores do Direito acerca da esdrúxula classificação da proporcionalidade, sendo comumente utilizada, inclusive pelos Tribunais Superiores, a expressão “Princípio da Proporcionalidade”. Na doutrina brasileira destacam-se as posições de Virgílio Afonso da Silva e Humberto Ávila. O primeiro entende se enquadrar no conceito de regra, segundo os critérios de distinção das normas de Robert Alexy^[1], enquanto o segundo a denomina de “postulado da proporcionalidade”^[2].

Virgílio sustenta ser regra, aplicada por meio de subsunção, conforme a classificação de Alexy “pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações”^[3]. A respeito da distinção de princípios e regras Alexy discorre:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção

qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio^[4]. (grifos no original)

Por seu turno, Humberto Ávila aduz que:

A proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável.^[5]

Ainda, conceitua que os postulados são condições essenciais a que se submete a interpretação de qualquer objeto cultural, condições essas sem as quais o objeto não pode ser sequer aprendido. Sendo os postulados divididos em meramente hermenêuticos, que objetivam a compreensão em geral do Direito, e em aplicativos, que têm função de estruturar a aplicação concreta do Direito^[6].

Importa ressaltar que também se utiliza a expressão “máxima” – com mesmo sentido de “regra” – da proporcionalidade, como uma das traduções possíveis do termo “Grundsatz” em alemão^[7].

A terminologia empregada deve ser coerente ao conceito adotado às regras e princípios. A distinção entre princípios e regras é feita pela doutrina utilizando-se de critério de grau de abstração ou de critério qualitativo.^[8] Em relação ao grau, a doutrina normalmente aponta que os princípios têm grau de abstração elevado e menor aplicabilidade direta em relação às regras.

Enquanto na abordagem qualitativa a diferenciação baseia-se na aplicação dos princípios e regras. Nesse passo, as regras se confrontariam na esfera da validade, aplicando-se o tudo ou nada, de forma que no conflito entre regras uma seria considerada válida, afastando-se a outra do ordenamento jurídico. Por sua vez, os princípios conflitariam no plano da eficácia, sendo que um preponderaria sobre o outro conforme o caso concreto, sem que, contudo, o momentaneamente afastado, deixasse de

ter validade e existência no ordenamento. Canotilho^[9] aponta os seguintes critérios distintivos entre regras e princípios: a) Grau de abstração: elevado nos princípios; b) Grau de determinabilidade: princípios são vagos e indeterminados; c) Caráter de fundamentalidade: princípios são normas estruturantes ou com papel fundamental no ordenamento; d) Proximidade da ideia de direito: princípios são *Standards* vinculantes nas exigências de justiça ou na ideia de direito, enquanto regras podem ser meramente funcionais; e) Natureza normogênica: princípios são fundamentos das regras.

Assim, vemos na jurisprudência e na doutrina diferenças terminológicas, que devem ser coerentes com a forma de classificação adotada para denominar o “princípio”, “regra/máxima” ou “postulado” da proporcionalidade.

2. Fases de aplicação da proporcionalidade

A aplicação da proporcionalidade contempla três etapas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. As fases devem obedecer a ordem indicada, pois elas se relacionam de forma subsidiária entre si. Nesse sentido preleciona Virgílio Afonso da Silva:

Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se

proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito.[\[10\]](#)

A adequação busca verificar se o meio é apto a alcançar ou, pelo menos, fomentar que o objetivo pretendido seja alcançado[\[11\]](#). A necessidade, por sua vez, analisa se o objetivo perseguido pode ser promovido, com a mesma intensidade, por outro meio que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido[\[12\]](#). Sendo a medida adequada e necessária, temos a verificação da proporcionalidade em sentido estrito que, nas palavras de Virgílio A. da Silva, “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.

3. Vedação à usucapião de bens públicos

A Constituição Federal estabelece nos artigos 183 e 191 a possibilidade de aquisição da propriedade por meio da usucapião. Vejamos a transcrição do Texto Constitucional:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

(...)

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco

anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

O Código Civil regulamente a usucapião de bens imóveis nos artigos 1.238 a 1.244. Constituem requisitos para a consumação da usucapião: a coisa hábil ou suscetível de usucapião, a posse, o decurso do tempo, o justo título e a boa-fé, sendo que os três primeiros são requisitos necessários para todas as espécies, enquanto o justo título e a boa-fé são requisitos somente da usucapião ordinária. A usucapião pode ser classificada como extraordinária, ordinária ou especial (urbana ou rural). A extraordinária resta regulamentada no artigo 1.238 do Código Civil, tem como requisitos a posse ininterrupta de 15 (quinze) anos, exercida de forma mansa e pacífica com ânimo de dono, que poderá ser reduzida para 10 (dez) anos nos casos em que o possuidor estabelecer no imóvel a sua moradia habitual ou nele tiver realizado obras e serviços de caráter produtivo. A ordinária, prevista no artigo 1.242, do Código Civil, tem como requisitos a posse contínua, exercida de forma mansa e pacífica pelo prazo de 10 (dez) anos, o justo título e a boa fé, reduzindo esse prazo pela metade se o imóvel tiver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante em cartório, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico. As hipóteses dos artigos 1.239 e 1.240, do mesmo diploma, respectivamente, definem a usucapião rural e a urbana. Ainda, permite-se a usucapião coletiva, artigo 10 do Estatuto da Cidade, e o artigo 1.240-A do Código Civil, prevê a possibilidade da usucapião da propriedade dividida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar àquele que exercer, por 2 anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250 metros quadrados, utilizando-o para sua moradia ou de sua família e desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Entretanto, o Código Civil ressalva expressamente no artigo 102 que: “Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião”. Cumpre ressaltar que desde o Código Civil de 1916 o Supremo Tribunal Federal consigna a impossibilidade de aquisição de bens públicos, independentemente de sua natureza, por usucapião, conforme a Súmula 340 do STF[13].

4. Caso descrito no Acórdão da Apelação Cível Nº 70018233536 do

TJRS

A demanda consiste no pedido de usucapião de imóvel urbano, em que o autor alega deter a posse mansa e pacífica de uma área de terras contendo 250m². Assevera não possuir outro imóvel, estando presentes os pressupostos para a prescrição aquisitiva. Contudo, o bem era de propriedade da Administração Pública Indireta, Departamento Municipal de Habitação – DEMHAB, que sustentava ser juridicamente impossível o pedido, pois que não seria possível a aquisição por usucapião de bens públicos.

Explicita o voto do Relator que o imóvel sobre o qual repousa o objeto da presente demanda foi concebido originariamente para servir ao desenvolvimento da política habitacional do Município de Porto Alegre, destinando-se à venda a pessoas de baixa renda. Ainda, relata que o imóvel fora objeto de alienação pela autarquia a um particular e, posteriormente, “vendido” diversas vezes até a aquisição pelo autor, porém, por entraves burocráticos, não houve o devido registro, impedindo a transmissão da propriedade, permanecendo, portanto, o imóvel como integrante dos bens da autarquia.

Entendeu o c. Tribunal que, neste caso excepcional, seria admitida a usucapião do bem público, pois havia sido quitado o preço, existia comprovação de posse mansa e pacífica há mais de 20 anos e, assim, inexistiria interesse público a ser resguardado pela vedação constitucional.

4.1. Aplicação das etapas da Proporcionalidade

Como visto alures, as etapas da proporcionalidade se subdividem em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que se aplicam subsidiariamente.

Primeiramente, antes de aplicarmos as fases, devemos verificar a natureza jurídica da vedação à usucapião de bens públicos. Existem diferentes critérios para se classificar uma norma jurídica como regra ou princípio. Se adotarmos o critério qualitativo, pela forma como a norma é aplicada, *tendemos* a enquadrar a vedação prevista na Constituição Federal e no Código Civil como regra, pois não teria como produzir efeitos em variadas medidas, já que seria aplicada de forma constante, sem exceções, restaria, assim, juridicamente impossível a usucapião de bens públicos em nosso ordenamento. Esta tendência pode advir da interpretação literal dos dispositivos ou da confusão entre norma e texto. Importa salientar que, na Teoria Estruturante de Müller, a norma é o resultado do texto interpretado, não se confunde norma com o texto, ela resulta dos dados extralinguísticos de tipo estatal-social com funcionamento efetivo, relacionamento efetivo e atualidade efetiva, que não podem ser previstos de antemão no texto legal^[14]. Assim, a depender do resultado da interpretação estruturada a norma será classificada como regra ou princípio.

Sendo princípio, aplica-se a ponderação, por meio das etapas da proporcionalidade, se regra, em eventual embate, deve-se verificar a existência de uma cláusula de exceção que elimine o conflito entre regras, ou, se inexistir a aludida cláusula, uma das regras deve ser declarada inválida e ser extirpada do ordenamento. Nesse sentido, aduz Alexy: “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.”^[15].

Observe que o ordenamento não contempla nenhuma exceção expressa à vedação de usucapião de bens públicos, independentemente de sua natureza (uso comum do povo, uso especial ou dominial). Se for

regra, para a decisão judicial se sustentar, segundo a teoria ora explicitada, haveria a necessidade da introdução de cláusula de exceção no caso concreto, por meio de um princípio^[16], porquanto impossível a sua extirpação do ordenamento – declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário –, vez que a vedação decorre de norma constitucional originária.

Desta feita, para continuarmos o escólio faremos o estudo das etapas adotando a possibilidade de ponderação neste caso concreto, pois se concluirmos que a natureza da norma é de regra e que inexistem cláusulas de exceção, a r. decisão não encontraria lastro de sustentação.

Na primeira etapa, da adequação, devemos verificar se a medida usucapião tem capacidade de atingir ou fomentar o seu objetivo, qual seja de aquisição da propriedade. Cumpre salientar que, se o imóvel continua a manter a natureza de bem público o requisito da posse restaria descumprido, porque, ainda que de forma mansa e pacífica, considera-se que a ocupação indevida de bem público gera mera *detenção* e não posse, segundo precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça^[17].

Nesse passo, se o meio é inadequado, por descumprir o requisito de temporal da posse sobre o bem, a decisão não subsistiria. Mas para continuarmos no exercício, consideraremos a medida adequada, admitindo-se a posse sobre bem público, ainda que adquirida de modo indevido ou que em razão da boa-fé neste exemplo a ocupação mostre-se legítima (o autor “comprou” o bem de pessoa que parecia ser o legítimo proprietário, que não o era por “entraves burocráticos” impeditivos da transmissão da propriedade).

Ultrapassada a etapa da adequação entre meio e fim, devemos analisar a necessidade, ou seja, se o meio eleito (usucapião), dentro das possibilidades fáticas, é o que vulnera em menor medida outros princípios. Nesta fase, se houver outros meios igualmente eficazes para a aquisição da propriedade a usucapião não merece prosperar. Lembremos que a falta de transmissão do imóvel público para um particular se deu por “entraves burocráticos”, fato que impediu a modificação da natureza jurídica do bem, pois apenas com o registro ela poderia ocorrer na inteligência do artigo

1.245 do Código Civil. Destarte, se o autor pudesse se insurgir contra os “entraves burocráticos”, permitindo-lhe a aquisição pela compra e venda ordinária e não pela usucapião, a decisão não merece prosperar. No entanto, se no contexto fático, inexistirem alternativas que vulnerassem em menor medida o princípio em conflito, dar-se-ia início à proporcionalidade em sentido estrito, sopesando-se a imprescritibilidade do bem público e a função social da propriedade.

Nesta derradeira fase, diante de todo o contexto fático (bem dominial destinado à alienação para pessoas de baixo poder aquisitivo, quitação, uso para moradia por décadas, boa-fé do autor, dentre outros) no sopesamento entre a função social da propriedade e a imprescritibilidade do bem público, visto que o Tribunal declarou inexistir interesse público sobre o imóvel, prevaleceria a função social da propriedade, admitindo-se a usucapião, excepcionalmente, no presente caso.

5. Conclusão

Portanto, diversos são os entraves teóricos que necessitam ser transpassados para fundamentar a decisão judicial em estudo. Se a natureza jurídica da norma proibitiva for de *regra*, apenas uma cláusula de exceção de mesma hierarquia poderia excepcioná-la, pois a regra tem previsão constitucional e foi instituída pelo Poder Constituinte Originário, sendo predominante a tese de que não é possível declarar inconstitucional normas constitucionais originárias (ADI 815/DF).

Se admitida a possibilidade de ponderação ou se concluir pela natureza de princípio, também é árdua a transposição das fases da proporcionalidade. A adequação entre meio e fim restaria prejudicada se for mantida a natureza de bem público do imóvel, vez que não haveria posse, mas mera detenção pelo particular, restando descumprido o principal requisito da usucapião. Nesse passo, apenas se for admitida a posse do particular sobre o bem público, a usucapião cumpriria a fase da adequação. A necessidade enfrentaria a comprovação de que inexistem, no plano fático, outras alternativas para a solução dos “entraves burocráticos”, que permitiriam, por exemplo, o reconhecimento da compra e venda e com respeito às normas de alienação de bens públicos.

Assim, tormentosos são os argumentos para considerar adequada e necessária a usucapião e se adentrar à fase da proporcionalidade em sentido estrito, em que no sopesamento entre os princípios da função social da propriedade e da imprescritibilidade dos bens públicos, neste caso excepcional, prevaleceria a solução encontrada pelo i. Tribunal.

Desta feita, parece-nos que o Colegiado atentou-se apenas à proporcionalidade em sentido estrito, sem considerar a natureza da norma e as etapas precedentes da necessidade e da adequação. Há sólidos fundamentos, conforme demonstrado, para classificar a imprescritibilidade dos bens públicos como regra, bem como, se eventualmente considerada possível a aplicação da proporcionalidade, para considerar a usucapião inadequada (descumprimento do requisito posse) ou desnecessária (existência de outros meios para solucionar os “entraves burocráticos”), afastando-se a decisão da teoria em comento.

Bibliografia

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____; *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. (trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Canotilho José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JR, Nélon. *Princípios do processo na constituição federal*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SAPUCAIA, Rafael Vieira Figueiredo. *A aplicação da máxima da proporcionalidade no STF: um caso*. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, abril de 2013, pp. 193-204.

Silva, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Artigo publicado na Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003): 607:630.

SILVA, Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais 798(2002), pp. 23-50.

APÊNDICE

PCDP

Nº 70018233536

2006/Cível

APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO (BEM IMÓVEL). BENS REGISTRADO EM NOME DO PODER PÚBLICO. VIABILIDADE NO CASO CONCRETO, EM QUE NÃO MAIS SUBSISTE QUALQUER INTERESSE PÚBLICO NA MANUTENÇÃO DO IMÓVEL SOB O DOMÍNIO DO ESTADO.

A despeito da vedação Constitucional (arts. 183, § 3º, CF; 191, parágrafo único, Constituição Federal), a qual impede a usucapião de imóveis públicos de qualquer espécie, possível, em casos excepcionais, o reconhecimento do direito à aquisição da propriedade pela prescrição aquisitiva, quando, como no caso, está evidente a total ausência de interesse público sobre o imóvel objeto da ação.

Hipótese em que o Poder Público Municipal, no exercício do desenvolvimento da sua política habitacional, alienou o imóvel a particular, há mais de 40 anos, tendo havido, inclusive, a expedição do Certificado de Quitação, e somente não tendo havido a efetiva transferência da propriedade junto ao registro imobiliário por entraves burocráticos.

Circunstâncias que evidenciam a total falta de interesse público, desvelando, assim, a possibilidade de aquisição do bem por usucapião.

**RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.
UNÂNIME.**

APELAÇÃO CÍVEL. DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL

Nº 70018233536. COMARCA DE PORTO ALEGRE

DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE HABITACAO DEMHAB

APELANTE: GUIOMAR PAZ

APELADO: HERACLIDES RODRIGUES DE FREITAS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, **à unanimidade, em negar provimento ao recurso.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. CLÁUDIO AUGUSTO ROSA LOPES NUNES (PRESIDENTE E REVISOR) E DES. ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO.**

Porto Alegre, 15 de fevereiro de 2007.

DES. PEDRO CELSO DAL PRÁ,

Relator.

RELATÓRIO

DES. PEDRO CELSO DAL PRÁ (RELATOR)

Trata-se de ação de usucapião de imóvel urbano ajuizado por **GUIOMAR PAZ**. Alega o autor deter a posse mansa e pacífica de uma área de terras contendo 250m². Assevera não possuir outro imóvel, estando presentes os pressupostos para a prescrição aquisitiva. Requer o julgamento de procedência da ação.

Houve a determinação da exclusão do Departamento Municipal de Habitação – DEMHAB do pólo passivo da demanda, com a inclusão de Heraclides Rodrigues de Freitas e Clair Rodrigues de Freitas (fl. 49).

Manifestou-se o Ministério Público (fl. 72-3), alegando que, a despeito do contrato de promessa de compra e venda a particular, o bem ainda se encontra registrado em nome do DEMHAB, devendo os autos serem enviados para uma das Varas da Fazenda Pública.

O Departamento Municipal de Habitação – DEMHAB ofereceu contestação (fls. 95-99), alegando ser parte passiva legítima para figurar na presente ação, pois ainda é o proprietário do imóvel. Diz ser juridicamente impossível o pedido, pois que não é possível a aquisição por usucapião de bens públicos. Alega que o imóvel é de propriedade da autarquia, e integra um loteamento popular. Sustenta não ter havido ainda a transferência do domínio junto registro de Imóveis. Requer o julgamento de improcedência da ação.

Réplica nas folhas 117 a 119.

Sobreveio sentença (fls. 121 a 125), na qual o MM. Juiz de Primeiro Grau julgou extinta a ação em relação ao DEMHAB, por ilegitimidade passiva.

Interposto agravo de instrumento, foi o mesmo provido, na decisão das folhas 134-136, tornando sem efeito a decisão que excluiu a autarquia do pólo passivo da demanda.

Manifestou-se o Ministério Público (fls. 175 a 179) pelo julgamento de carência de ação, por ausência dos requisitos legais de comprovação do exercício de posse.

Prova testemunhal nas folhas 209 a 214.

Sobreveio sentença (fls. 206 a 207), na qual a MM. Juíza de Primeiro Grau julgou procedente a ação, declarando a aquisição da propriedade por usucapião, ao fundamento de que restou demonstrada a presença de todos os requisitos necessários ao acolhimento da pretensão da parte autora. Condenou o demandado, outrossim, ao pagamento das custas processuais e em honorários advocatícios, arbitrados estes em R\$ 1.000,00.

Departamento Municipal de Habitação – DEMHAB interpôs recurso de apelação (fls. 215-217), alegando, em síntese, que o bem é de propriedade da autarquia. Assevera que a Constituição Federal não estabelece a diferença entre bens de uso comum, especial ou dominicais, ao rezar que não são passíveis de serem usucapidos. Alega que não está em discussão a situação individual dos autores, mas o princípio jurídico, sob pena de estabelecer a insegurança quanto à titularidade dos bens públicos ocupados. Alega que a posse dos autores está garantida e tem meios jurídicos de defesa, mas a ação de usucapião não é meio de regularização de bem público. Requer o provimento do recurso.

Contra-razões nas folhas 220 a 222.

Manifestou-se o Ministério Público pelo desprovimento do recurso.

Remetidos a este Tribunal de Justiça, foram-me os autos distribuídos por sorteio automático em 29/12/2006, vindo conclusos para julgamento em 03/01/2007.

É o relatório.

V O T O S

DES. PEDRO CELSO DAL PRÁ (RELATOR)

Eminentes Colegas: O presente recurso de apelação não merece prosperar.

Cuida-se de ação de usucapião, que traz em seu bojo situação peculiar.

O imóvel sobre o qual repousa o objeto da presente demanda foi concebido originariamente para servir ao desenvolvimento da política habitacional do Município de Porto Alegre. Destinava-se, pois, à venda a pessoas de baixa renda.

Como se percebe do teor da contestação do Departamento Municipal de Habitação – DEMHAB, o imóvel foi alienado, tendo-o adquirido, inicialmente, mediante Contrato Particular de Promessa de Compra e Venda, Adão Pires da Silva, o qual, posteriormente, em maio de 1967, vendeu-o a Ivo Arno Vigolo, consoante demonstram os documentos das folhas 109 a 112. Após, sempre com o consentimento da autarquia demandada, o imóvel foi novamente vendido, passando à titularidade de Heraclides Rodrigues de Freitas e Clair Rodrigues de Freitas (fl. 113). E, por fim, veio adquiri-lo o autor.

Entrementes a essa sucessão de adquirentes, o imóvel restou devidamente quitado, como demonstra o documento da folha 115, e consoante corrobora o próprio ente demandado.

Mas, não obstante às incontestáveis vendas do imóvel e à quitação de seu preço, o bem ainda se encontra registrado em nome do ente de direito público, consoante se pode verificar na folha 108 dos autos.

E com lastro neste fato é que a parte apelante veiculou sua irresignação, aduzindo, como visto do relatório, não ser possível a aquisição da propriedade por usucapião de bem público, pois ainda detém o domínio do imóvel.

Entretanto, com a devida vênia, razão assiste à parte autora, pois não verifico óbice, **no concreto caso dos autos**, a que se reconheça o seu direito à aquisição da propriedade do imóvel pela via da usucapião, tendo em vista, principalmente, não haver qualquer dúvida quanto à quitação do imóvel pelo autor (fato não negado pela parte ré, pois, ao contrário, reconhece expressamente, em sua contestação, a liquidação do débito – fl. 98).

Reconhece-se, por outro lado, que a Constituição Federal veda, expressamente, a hipótese de usucapião sobre imóveis públicos (arts. 183, § 3º^[18], CF; 191, parágrafo único^[19], Constituição Federal), independentemente de sua condição jurídica frente ao ente público, seja ele afetado ou não, ou, ainda, independente de ser de uso comum do povo, de uso especial ou dominial.

O caso dos autos, todavia, guarda situação peculiar, que o afasta da regra geral.

A vedação Constitucional tem por escopo, precipuamente, o resguardo do interesse público.

Ocorre que nenhum interesse público subsiste quanto ao terreno objeto da presente demanda, pois, como visto, já foi alienado pelo Estado há mais de vinte anos, mediante Contrato Particular de Promessa de Compra e Venda. Houve, inclusive, a expedição do Certificado de Quitação, o qual tomou o n.º 140/01-EFC (consoante reconhece a parte ré – fl. 98).

O próprio Estado reconhece a ausência de interesse público sobre o bem, apenas apontando como óbice ao acolhimento da pretensão do autor a vedação Constitucional e o temor de se estabelecer a insegurança quanto à titularidade dos bens públicos ocupados.

Entretanto, não vejo, repiso, óbice ao acolhimento da pretensão do autor, frente à peculiaridade do caso concreto, em que nenhum interesse público remanesce quanto ao terreno objeto da presente ação.

À vista disso, tenho que no caso mostra-se possível o acolhimento da pretensão inicial.

No mais, presentes os requisitos autorizadores para o reconhecimento da usucapião, pois a prova dos autos, em especial a testemunhal, atesta que o autor encontra-se na posse do imóvel há mais de 20 anos, de forma mansa, pacífica e com ânimo de dono, razão pela qual é de ser mantida a sentença, em sua integralidade.

ISSO POSTO, voto no sentido de negar provimento ao recurso de apelação.

DES. CLÁUDIO AUGUSTO ROSA LOPES NUNES (PRESIDENTE E REVISOR) - De acordo.

DES. ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO - De acordo.

DES. CLÁUDIO AUGUSTO ROSA LOPES NUNES - Presidente - Apelação Cível nº 70018233536, Comarca de Porto Alegre: "NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: FERNANDO CARLOS TOMASI DINIZ

NOTAS:

[1] SILVA, Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais 798(2002), pp. 23-50.

[2] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 204.

[3] SILVA, Virgílio Afonso. Ob. Cit. p. 25.

[4] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. (trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 90-91.

[5] ÁVILA, Humberto. Ob. Cit., p. 205.

[6] ÁVILA, Humberto. Ob. Cit., pp. 163-164.

[7] SAPUCAIA, Rafael Vieira Figueiredo. *A aplicação da máxima da proporcionalidade no STF: um caso*. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, abril de 2013, pp. 193-204. Veja-se também ALEXY, Robert. Ob. Cit., *passim*, tradução de Virgílio Afonso da Silva que utiliza “máxima da proporcionalidade”.

[8][8] Luís Virgílio Afonso da Silva. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Artigo publicado na Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003): 607:630. *Passim*.

[9] José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, pp. 1146/1147.

[10] SILVA, Virgílio Afonso da. *Proporcional.*, pp. 35-36.

[11] Idem, pp. 36-37.

[12] Ibidem, p. 38

[13] “Desde a vigência do código civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.”

[14] MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3 ed, Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2005, p.38, APUD NERY JR, Néilson. *Princípios do processo na constituição federal*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 22-23.

[15] Ob. Cit., p. 92.

[16] Ver Alexy, Ob. Cit., pp. 104-105.

[17] V.g. AgRg no REsp 1470182 e REsp 1310458.

[18] § 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

[19] Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

A TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PRISCILLA BATISTA DE ALBUQUERQUE:

Advogada. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pós Graduada em Direito Constitucional pela Faculdade entre Rios do Piauí (FAERPI).

RESUMO: O presente artigo objetiva demonstrar a divergência quanto à aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle difuso de constitucionalidade brasileiro. Nesse sentido, analisará as perspectivas para a aplicação da citada teoria no Brasil e o atual posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Exporá, também, a construção jurisprudencial do Pretório Excelso defendida por alguns de seus Ministros que aderem à teoria da abstrativização do controle difuso, bem como a posição dos Ministros que não a adotam, que é a posição atualmente dominante no Supremo Tribunal Federal. Vale destacar que a metodologia adotada será o estudo jurisprudencial e doutrinário.

PALAVRAS-CHAVE: Controle Difuso de Constitucionalidade. Teoria da transcendência dos motivos determinantes. Teoria da abstrativização do controle difuso. Atual posicionamento do STF.

SUMÁRIO: 1.Introdução - 2.Controle difuso de constitucionalidade brasileiro: 2.1 Origem histórica 2.2 Controle difuso no âmbito dos Tribunais e a cláusula de reserva de plenário 2.3 Os efeitos da decisão e o controle difuso em sede de ação civil pública – 3. O Senado Federal no controle difuso: 3.1 A obrigatoriedade e a amplitude da resolução senatorial 3.2 Possibilidade de mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal de 1988? – 4. A teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle difuso: 4.1 *A ratio decidendi* da declaração difusa de constitucionalidade 4.2 A abstrativização do controle difuso? Objetivação do recurso extraordinário? 4.3 O papel das súmulas vinculantes 4.4 O atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade brasileiro - 5. Conclusão – 6. Referências.

1.INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade zela pela supremacia da Constituição, assegurando a proteção e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. O Brasil adotou o sistema jurisdicional misto, vez que é realizado pelo Poder Judiciário, tanto de forma concentrada, como difusa.

O controle jurisdicional é a faculdade que as Constituições conferem ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais.

O sistema do controle difuso de constitucionalidade permite ao magistrado ou órgão colegiado analisar, no caso concreto, a compatibilidade de uma lei ou ato normativo perante a Constituição. Trata-se de modalidade de controle repressivo de constitucionalidade, sendo a outra modalidade pela via concentrada.

O presente artigo analisará as atuais perspectivas para a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença proferida no controle difuso de constitucionalidade, oriunda do Direito alemão, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal. Trará, ainda, a construção jurisprudencial do Pretório Excelso defendida por alguns de seus ministros, configurando verdadeira aproximação dos efeitos da declaração concreta à declaração abstrata de inconstitucionalidade (teoria da abstrativização do controle difuso), visando à celeridade e economia processual na jurisdição constitucional e a atual posição do Supremo quanto a essa teoria.

Para fins didáticos, a explanação será dividida em três partes. Na primeira, apresenta-se o controle difuso de constitucionalidade brasileiro, sua origem histórica e aplicação no âmbito dos Tribunais, bem como a cláusula de reserva de plenário, os efeitos da decisão e finalizando com o controle difuso em sede de ação civil pública. Na segunda parte, discorre-se sobre o papel do Senado Federal no controle difuso, a obrigatoriedade e a amplitude da resolução senatorial, bem como a possibilidade de mutação

constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal de 1988. Por fim, na terceira parte, narra-se sobre a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle difuso e a *ratio decidendi* da declaração difusa, analisando a possibilidade de abstrativização do controle difuso, a objetivação do recurso extraordinário, o papel das súmulas vinculantes e o entendimento dominante atual do Supremo Tribunal Federal a respeito da não aplicação da citada teoria.

2. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

O sistema do controle difuso de constitucionalidade ou controle concreto ou incidental de constitucionalidade permite ao magistrado ou órgão colegiado analisar, no caso concreto, a compatibilidade de uma lei ou ato normativo perante a Constituição da República. Trata-se de modalidade de controle repressivo ou posterior de constitucionalidade, sendo também chamado de controle pela via de exceção ou defesa ou controle aberto.

Esse sistema por ter natureza subjetiva permite a todo e qualquer juiz analisar o controle de constitucionalidade. Aquele, por sua vez, não julga a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, apenas aprecia a questão concreta e deixa de aplicá-la por achar inconstitucional àquele caso específico que está julgando.

A declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao mérito, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a causa de pedir processual.

2.1 Origem histórica

A noção de controle difuso de constitucionalidade realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário deve-se ao célebre julgamento do caso *Marbury versus Madison* (1803), feito pelo Juiz John Marshall da Suprema Corte norte-americana.

Referido juiz afirmou a supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico, fixando pioneiramente a tese fundamental de que os atos normativos em geral não podem ser editados em desconformidade com o disposto na lei fundamental e que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei.

Assentou-se ainda, naquele caso, que cabe ao Poder Judiciário decidir quando e em que medida determinado ato viola a Constituição e ao fazê-lo, em caso de contradição entre a legislação e a Constituição, o Tribunal deve aplicar esta última por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo.

Com isso, nascia o modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade de leis, o judicial review, subordinando a partir daquele momento todos os outros poderes do Estado norte-americano ao texto constitucional e estabelecendo o Judiciário como o seu intérprete legítimo.

O caso teve início na eleição americana do ano de 1800, quando Thomas Jefferson e John Adams disputavam a Presidência, vencida pelo primeiro. Adams, que buscava a reeleição, e ainda no poder, aliou-se ao Congresso para, em 13 fevereiro de 1801, aprovar uma lei de reestruturação do Poder Judiciário Federal com o intuito de conservar sua influência política neste Poder. Aprovou-se, nesse momento, o Judiciary Act of 1801 que trazia a proposta de criação de 16 cargos de juízes federais, a fim de que fossem imediatamente preenchidos por seus aliados.

Em 27 de fevereiro do mesmo ano, uma nova lei autorizou o Presidente Adams a nomear quarenta e dois juízes de paz e quase todos os nomes indicados foram aprovados e confirmados pelo Senado um dia antes da posse de Thomas Jefferson, porém, o então Secretário de Estado, John Marshall, não conseguiu entregar todos os atos de investidura aos juízes recém nomeados. Dessa forma, assim que assumiu a presidência, Jefferson determinou ao seu Secretário de Estado, James Madison, que se recusasse a entregar os atos de investidura àqueles que ainda não o tivessem recebido.

Dentre os juízes nomeados por Adams, que não tomaram posse a tempo, estava Willian Marbury, nomeado juiz de paz do Distrito de Colúmbia, que recorreu à Suprema Corte para ter seu direito ao cargo reconhecido. O pedido baseava-se na Lei Judiciária de 1789 que autorizava a Suprema Corte a expedir mandados para remediar erros ilegais do Executivo.

A fim de evitar questionamentos acerca dessa decisão, a Suprema Corte, pressionada pelo Congresso, deixou de se reunir de dezembro de 1801 até fevereiro de 1803. Após esse intervalo, a Suprema Corte julgou o caso *Marbury versus Madison*. Coube a decisão, curiosamente, a John Marshall, ex-secretário de Estado do governo de John Adams e então Chief Justice. O entrave foi tratado sob o primado da competência da Suprema Corte.

Marshall chega à conclusão de que, em havendo apenas dois tipos de atos do Executivo que não são passíveis de revisão judicial (atos de natureza política e aqueles entregues a sua discricionariedade pela lei ou pela Constituição), a regra é de que os atos do Executivo podem ser controlados pelo Poder Judiciário, o qual poderá avaliar não apenas a sua legalidade, mas também a sua constitucionalidade, motivando sua decisão em três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade: a supremacia da Constituição, a nulidade de lei que contrarie a Constituição e o Poder Judiciário como intérprete final da Constituição.

Vale ressaltar que inspirado nesse modelo norte americano, o Brasil, na Constituição de 1891 iniciou o controle de constitucionalidade difuso. A partir daí, qualquer juiz monocrático ou tribunal (órgão jurisdicional colegiado) poderia deixar de aplicar a norma no caso concreto.

2.2 Controle difuso no âmbito dos Tribunais e a cláusula de reserva de plenário

Em relação ao controle difuso no âmbito dos Tribunais, a Constituição Federal exige a chamada cláusula de reserva de plenário, prevista em seu artigo 97, que determina a maioria absoluta dos membros integrantes do Tribunal pleno ou órgão especial para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do Poder Público.

Vale destacar que essa regra, também chamada de “Full Bench”, apenas deve ser observada nos casos de inconstitucionalidade da lei (e não de constitucionalidade), na qual toda vez que um tribunal observar a inconstitucionalidade da norma, se o órgão for colegiado, a decisão também será colegiada.

Dessa forma, quando a arguição de inconstitucionalidade é suscitada perante Tribunal, esta ocorrerá em duas etapas: primeiro, a questão constitucional deverá ser analisada pelo órgão fracionário do Tribunal, devendo o Ministério Público ser previamente ouvido. Em um segundo momento, caso a alegação seja acolhida, lavrar-se-á o acórdão e os autos serão encaminhados para a apreciação da questão pelo plenário ou órgão especial do Tribunal, ficando o processo suspenso no órgão fracionário.

Na decisão do Tribunal pleno, deve ser respeitado o voto da maioria absoluta dos membros, consoante o art. 97 da Constituição Federal, sob pena de nulidade, e, dependendo da decisão, o acórdão poderá ser reformado e a lei declarada inconstitucional, porém se a alegação for rejeitada pela câmara ou turma, Barroso (2006, p.85 e 86) nos ensina que: “o processo prosseguirá normalmente, aplicando-se ao caso a norma questionada, cuja eficácia não terá sido afetada. Não havendo razão para o plenário ou órgão especial ser acionado”.

Vale ressaltar que a cláusula de reserva de plenário não se aplica às Turmas do Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário, uma vez que não se trata de “tribunal” e também tendo em vista que a função primordial da Corte é a própria declaração de inconstitucionalidade, expressando, dessa forma, a força normativa da Constituição.

Ainda nesse sentido, também não se aplica a referida cláusula às Turmas recursais dos Juizados Especiais, porque, embora órgão recursal, as Turmas dos Juizados não podem ser consideradas “tribunais”. Assim, as Turmas poderão declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou afastar a sua incidência no todo ou em parte sem que isso viole o artigo 97 da CFRB/88.

Diante do exposto, pode-se afirmar que a regra do artigo 97 da CFRB/88 destaca-se como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público. Nesse sentido, temos a súmula vinculante 10 do STF:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal

que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

2.3 Os efeitos da decisão e o controle difuso em sede de ação civil pública

No sistema difuso, tanto autor quanto réu podem propor uma ação de inconstitucionalidade, pois o caso concreto é *inter partes*. Assim, a abrangência das decisões proferidas no âmbito do controle difuso, em regra, tem eficácia apenas entre as partes que integram a lide. Contudo, existe a possibilidade de se atribuir eficácia *erga omnes* para a decisão.

Com isso, há a possibilidade de que a decisão proferida em um caso concreto tenha a sua abrangência ampliada, passando a ser oponível contra todos. A Constituição Federal prevê que poderá o Senado Federal suspender, no todo ou em parte, a execução de lei (municipal, estadual ou federal), declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Tal atribuição prevista no artigo 52, X, da CF/88, permitirá, portanto, a ampliação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade originária de casos concretos (via difusa). A suspensão da execução será procedida por meio de resolução do Senado federal, que é provocado pelo STF, cujos efeitos vincularão a todos apenas após a publicação da resolução.

Vale lembrar que é necessário o prequestionamento da matéria nas instâncias inferiores que se deve ocorrer desde a primeira instância, o qual tem o cunho de revelar o raciocínio da parte que o alega, bem como do Tribunal que o decide, permitindo ao STF avaliar com melhor propriedade os anseios da sociedade, assim como a argumentação técnica utilizada pelos operadores do direito

De acordo com a teoria da nulidade da lei declarada inconstitucional, que é adotada no direito constitucional brasileiro, a declaração no controle difuso também terá efeitos *ex tunc*, ou seja, além de se cessarem os atos que viriam a ser praticados com fundamento nesta lei, também sofrem

efeitos aqueles que já foram praticados, não tendo validade. É como se a lei nunca estivesse presente no ordenamento jurídico.

Devido ao efeito *ex tunc* aquele que sofreu com a aplicação de uma norma reputada inconstitucional terá direito a perdas e danos para que se estabeleça o *status quo* afetado. Com isso, o efeito, como regra, é retroativo, pois foi aplicado o dogma da nulidade, produzindo efeitos pretéritos e atingindo a lei desde a sua edição, tornando-a nula de pleno direito.

Cabe destacar, contudo, que o STF já entendeu que, mesmo no controle difuso, pode-se modular os efeitos da decisão, ou seja, dar efeito *ex nunc* ou *pro futuro*.

Lenza (2013, p. 293) leciona:

O *leading case* foi o julgamento do RE 197.917, pelo qual o STF reduziu o número de vereadores do Município de Mira Estrela de 11 para 9 e determinou que a aludida decisão só atingisse a próxima legislatura (informativo 341/STF).

O Supremo Tribunal Federal vem entendendo ser possível o controle por via difusa na ação civil pública. Segundo o Ministro Celso de Mello (Rcl.1.733-SP, DJ de 1º.12.2000 – inf.212/STF), só será cabível o controle difuso, em sede de ação civil pública:

Como instrumento idôneo de fiscalização incidental de inconstitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em fase da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal.

Nesse sentido, a jurisprudência do STF não admite a possibilidade do exercício da ação civil pública, quando nela, o autor pretende deduzir e

viabilizar o controle difuso de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. Agora se, porventura, o ajuizamento da ação civil pública visar o julgamento de uma específica e concreta relação jurídica e não à apreciação da validade constitucional de lei em abstrato, torna-se possível o manejo *incidenter tantum* do controle difuso de constitucionalidade.

Nestes termos, o controle difuso é *incidenter tantum*, pois a inconstitucionalidade é questão incidente e prejudicial, não principal, que por isso será resolvida na fundamentação da decisão judicial, possuindo somente eficácia *inter partes*, enquanto apenas o dispositivo da sentença é que fará coisa julgada com eficácia *erga omnes*.

Por todo o exposto, a ação civil pública não pode ser ajuizada como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, pois em caso de produção de feitos *erga omnes* estaria usurpando competência do STF. Assim, a referida ação poderá ser utilizada desde que não seja substitutiva de ação direta de inconstitucionalidade e que a declaração seja incidental, não constituindo o objeto principal da ação.

3. O SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO

O Senado Federal é o órgão legislativo que, junto com a Câmara dos Deputados, compõe o Congresso Nacional. Suas competências são estabelecidas pela Constituição Federal e uma destas é a de suspender, no todo ou em parte, lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o artigo 52, X da referida Carta Magna.

Interessante destacar a desnecessidade da aludida suspensão senatorial em sede de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que nesta seara a sentença do STF já atinge automaticamente a todos, inclusive existe aqui a possibilidade de concessão de pronunciamento jurisdicional liminar dotado também de eficácia contra todos.

Dessa forma, é com o artigo 52, X da CFRB/88 que surge o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade, legitimando a

decisão do STF, bem como ampliando os seus efeitos a toda a sociedade brasileira.

3.1 A amplitude e a obrigatoriedade da resolução senatorial

Através da interposição de recurso extraordinário, nas hipóteses constitucionalmente previstas, a questão suscitada poderá ser levada à apreciação do Supremo, que realizará o controle difuso, de forma incidental.

Uma vez declarada a lei inconstitucional pelo STF, de forma incidental, com os diâmetros da regra do artigo 97 da CF (maioria absoluta do pleno do tribunal), o artigo 178 do Regimento Interno do STF estabelece que seja feita a comunicação (por meio de ofício), logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal para efeitos do artigo 52 inciso X da CF/88, que estabelece a competência privativa do Senado, mediante resolução, para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo.

O artigo 386 do Regimento Interno do Senado Federal regulamenta o assunto e dispõe que o Senado conhecerá da declaração de inconstitucionalidade, total ou parcial, de lei mediante comunicação do Presidente do Tribunal, representação do Procurador-Geral da República ou projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, para que modifique os efeitos da declaração.

Ainda segundo o artigo 387 do referido regimento, a comunicação, a representação e o projeto citados deverão ser instruídos com o texto da lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento.

Após a leitura em Plenário, a comunicação ou representação será a encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que irá formular projeto de resolução suspendendo, no todo ou em parte, a lei, conforme reza o artigo 388 do citado regimento.

Vale ressaltar que é competência do Senado Federal, como definido no artigo 52, inciso X, da CF/88, suspender a execução de lei declarada inconstitucional elaborada pelo STF, portanto decisões feitas por tribunais inferiores não são de competência do referido órgão.

Como se sabe, no controle difuso a decisão tem efeitos apenas entre as partes envolvidas. Para que seja levada essa decisão até terceiros, ou seja, para que tenha eficácia *erga omnes*, o procedimento a ser seguido é o do artigo 52, X, da CFRB/88.

Uma vez o Senado suspendendo a execução, no todo ou em parte, da lei levada a controle de constitucionalidade de forma incidental, a citada suspensão atingirá a todos indistintamente e valerá a partir do momento que a resolução senatorial for publicada na Imprensa Oficial. Vale ressaltar que, além do efeito *erga omnes*, também será *ex nunc*, pois, até então, a lei existiu e se existiu, foi aplicada, revelou eficácia e produziu validamente seus efeitos.

A suspensão feita pelo Senado poderá dar-se em relação a leis federais, estaduais, distritais e até mesmo municipais que forem declaradas incidentalmente inconstitucionais pelo STF.

No que concerne a expressão “no todo ou em parte”, esta deve ser interpretada como sendo impossível o Senado Federal ampliar, interpretar ou restringir a extensão da decisão do STF. Explica-nos Novelino (2008, p. 177): “deve ser entendida como referente à decisão do STF e não à suspensão da execução pelo Senado, que deve se ater aos exatos limites daquela decisão”.

Assim, a partícula “em parte” não deve ser interpretada como uma possibilidade do Senado considerar apenas parte do que foi declarado inconstitucional pelo STF. No contexto, deve significar que a Magna Corte considerou somente parte da lei ou do ato normativo inconstitucional, o que deverá ser seguido pelo Senado.

Dessa forma, se toda a lei foi declarada inconstitucional pelo STF e o Senado entender pela conveniência da suspensão, assim deverá fazê-lo “no todo”, ou seja, em relação a toda a lei que já havia sido declarada

anteriormente inconstitucional, não podendo suspender menos do que decidido pelo Supremo.

Da mesma forma, se o STF declarou inconstitucional apenas parte da lei, uma vez o Senado Federal entendendo pela conveniência da suspensão, deverá fazê-la apenas em relação à “parte” que foi declarada inválida, não podendo suspender além da decisão da Excelsa Corte.

Discussão se apresenta quando se analisa se a postura do Senado Federal em conferir amplo efeito à decisão do STF é discricionária ou não. Desta feita, o cerne da questão situa-se no eventual atendimento compulsório da resolução senatorial aos estritos termos da sentença proferida pelo STF que declara, incidentalmente, a inconstitucionalidade no caso concreto.

Mendes nos ensina (2009, p.1130-1131):

O Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto. Cuida-se de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão qualquer infração a princípio de ordem constitucional. Não pode a Alta Casa do Congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pela Excelsa Corte.

Ademais, no ordenamento jurídico brasileiro, não existe prazo estabelecido ou sanção específica a ser aplicável na conjuntura da competência privativa do Senado em comento. Com isso, entende-se que o Senado não está obrigado a editar resolução suspensiva da inconstitucionalidade. Trata-se de atribuição discricionária que uma vez cometida, deve ater-se estritamente ao entendimento do STF.

Tem prevalecido no âmbito do STF que a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal é ato discricionário do referido órgão. Porém, caso o Senado resolva editar a resolução suspensiva terá de fazê-la nos estritos

limites da decisão emanada pelo Supremo. Nesse diapasão, Lenza (2013, p.297):

Deve-se, pois, entender que o Senado Federal não está obrigado a suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de discricionariedade política, tendo o Senado Federal total liberdade para cumprir o art.52, X, da CF/88. Caso contrário, estaríamos diante de afronta ao princípio da separação de Poderes.

Diante todo o exposto, caberia ao Supremo Tribunal Federal, após a declaração da inconstitucionalidade no caso concreto, comunicar ao Senado Federal para que este, em juízo político-discricionário, decida pela suspensão ou não da eficácia norma declarada inconstitucional, com efeitos *erga omnes* e *ex nunc*, a partir de sua edição.

3.2 Possibilidade de mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal de 1988?

A competência do Senado Federal prevista atualmente no artigo 52, X da CF/88 foi adotada no Brasil a partir da Constituição de 1934 e repetida nas cartas constitucionais posteriores. Alguns juristas defendem que esse entendimento encontra-se superado pela própria atual ordem jurídica constitucional brasileira, tratando de verdadeira ineficácia da norma constitucional.

No próprio ordenamento jurídico pátrio, existem mecanismos que já promovem a dispensa da aplicação do artigo 52, X da CF/88. Como exemplo: se o STF declarar incidentalmente a inconstitucionalidade em ação civil pública, impossível aqui se estabelecer eficácia tão-somente *inter partes* e, por conseqüência, não haveria necessidade de resolução senatorial.

No ano de 2004, Gilmar Mendes publicou um artigo chamado “O papel do senado federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”, onde defendeu a tese da ocorrência de autêntica mutação constitucional no âmbito do artigo 52, X, da

constituição de 1988. No mesmo sentido, na apreciação da reclamação 4335-5/AC, distribuída em 2006, sob sua relatoria, pôde difundir sua tese. Defende, ainda, a referida posição, em seu curso de direito constitucional.

A tese defendida por Gilmar Mendes segue os seguintes raciocínios, entre outros: a competência do Senado Federal para a suspensão da execução só se explica por razões históricas; o deslocamento do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro para a predominância da modalidade concentrada, em detrimento da difusa, após a Constituição de 1988; tal competência do Senado Federal, da maneira como foi interpretada e praticada, é uma negação da teoria das nulidades; a competência do Senado Federal consiste, portanto, após a entrada em vigência da constituição de 1988, em dar publicidade a declaração do Supremo Tribunal Federal, a qual já contém efeito vinculante *erga omnes per si*.

Por meio desses fundamentos, Gilmar Mendes concluiu pelo fenômeno da mutação constitucional no âmbito do artigo 52, X, da CFRB/88, em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à competência do Senado Federal para a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional, em controle difuso, pelo supremo tribunal federal.

Por sua vez, a adoção das súmulas vinculantes também reforça o argumento em comento. Tomemos como exemplo a súmula vinculante nº 21 que declara a inconstitucionalidade da exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo. A aludida súmula baseou-se em diversos recursos extraordinários, acabando por proclamar uma inconstitucionalidade proferida em sede incidental sem qualquer intervenção do Senado Federal.

Nesse sentido, Mendes (2009, 1139) dispõe:

Não resta dúvida de que a adoção de súmula vinculante em situação que envolva a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo enfraquecerá ainda mais o já debilitado instituto da suspensão de execução pelo Senado. É que essa

súmula conferirá interpretação vinculante à decisão que declara a inconstitucionalidade sem que a lei declarada inconstitucional tenha sido eliminada formalmente do ordenamento jurídico (falta de eficácia geral da decisão declaratória de inconstitucionalidade). Tem-se efeito vinculante da súmula, que obrigará a Administração a não mais aplicar a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade (nem a orientação que dela se deduz), sem eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade.

Assim sendo, há quem defenda tal possibilidade de mutação constitucional do artigo 52, X da CFB/88, porém atualmente o Supremo Tribunal Federal não acolhe a teoria da abstrativização do controle difuso, defendendo que não houve mutação constitucional do referido artigo.

4. A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA SENTENÇA NO CONTROLE DIFUSO

Uma nova perspectiva sobre os efeitos da sentença no controle difuso surgiu entre a doutrina e a jurisprudência, é a teoria da transcendência dos motivos determinantes.

É sabido que no controle difuso, a decisão que declara a norma inconstitucional produz efeitos apenas entre as partes envolvidas no litígio. No entanto, essa nova tendência vem inovando o cenário jurídico, com a perspectiva de ampliar os efeitos da decisão, tornando-a com eficácia *erga omnes*.

A teoria da transcendência dos motivos determinantes tem sua origem no direito germânico, por entender o Tribunal Constitucional alemão que o efeito vinculante não pode ser restringido apenas à parte dispositiva de suas decisões, devendo, também, se estender aos motivos que se mostraram determinantes, ou fundamentais, para se chegar a tal entendimento.

O fenômeno da transcendência reconhece a eficácia que transcende o caso singular, de modo que a *ratio decidendi* seja dotada de vinculação,

surtindo efeitos em outros julgados, muito embora a fundamentação não ser objeto de coisa julgada.

Os motivos determinantes da sentença, aplicados inicialmente à lide individual posta em juízo, passam a repercutir como verdadeira norma abstrata, em situações futuras. Um dos principais argumentos justificadores desse novo posicionamento é o princípio da supremacia da Constituição.

Nesse diapasão, é relevante transcrever o voto de Gilmar Ferreira Mendes proclamado na Reclamação 2.363/PA, relatada pelo mesmo e julgada em 23 de outubro de 2003:

Assinale-se que a aplicação dos fundamentos determinantes de um *leading case* em hipóteses semelhantes tem-se verificado, entre nós, até mesmo no controle de constitucionalidade das leis municipais. Em um levantamento precário, pude constatar que muitos juízes desta Corte têm, constantemente, aplicado em caso de declaração de inconstitucionalidade o precedente fixado a situações idênticas reproduzidas em leis de outros municípios. Tendo em vista o disposto no *caput* e § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, que reza sobre a possibilidade de o relator julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, os membros desta Corte vêm aplicando tese fixada em precedentes onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei, em sede de controle difuso, emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto do recurso extraordinário sob exame.

A importância da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso é ampliar o efeito vinculante da decisão, fazendo-o alcançar matérias laterais ao verdadeiro objeto da ação, mas que estão umbilicalmente ligadas a este, e que se tornaram também foco da decisão,

sendo exaustivamente discutidas e sobre as quais a Corte firmou entendimento.

Dessa forma, tendo em vista os princípios da economia e celeridade processual, eficácia e segurança jurídica, dá-se efeito vinculante também a essas matérias que, caso viessem a se tornar objeto de ação futura, apenas aumentariam a mora processual, pois que em seu mérito as mesmas já foram submetidas à discussão e voto.

Com isso, essa suposta transcendência emprestaria ao controle difuso os efeitos abstratos de controle concentrado, o que em regra somente ocorreria quando o Senado Federal suspendesse a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

4.1 A *ratio decidendi* da declaração difusa de constitucionalidade

A grande questão que se apresenta é quanto aos critérios para a definição acerca de quais motivos devem ser considerados determinantes, uma vez que a decisão judicial sempre exige fundamentação, mas nem todos os motivos apontados são essenciais para a sentença.

Temos então que diferenciar o *obter dictum* da *ratio decidendi*. Lenza (2008, p.171) nos ensina:

Obter dictum ('coisa dita de passagem') são comentários laterais, que não influem na decisão, sendo perfeitamente dispensáveis. Portanto, não vinculam para fora do processo. Por outro lado, a *ratio decidendi* é a fundamentação essencial que ensejou aquele determinado resultado da ação. Nessa hipótese, o STF vem entendendo que a 'razão da decisão' passa a vincular outros julgamentos.

Nesse sentido, a *ratio decidendi* são os motivos determinantes ao deslinde da causa. Reflete a essência da tese jurídica adotada, sendo composta pela indicação dos fatos relevantes da causa, pelo raciocínio lógico-jurídico da decisão e pelo juízo decisório. Por sua vez, o *obter dictum* são comentários laterais, ou seja, juízos acessórios, tudo aquilo que for dispensável à resolução da lide. São argumentações de passagem, não

essenciais ao julgamento e, conseqüentemente, não têm efeitos vinculantes.

Podemos exemplificar: o STF, em sede de recurso extraordinário, aprecia a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo como questão prejudicial ao desenrolar da querela. Só que, uma vez baseado na teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença, possibilita-se a projeção de efeitos vinculantes ao teor essencial das decisões proferidas pelo Plenário do STF perante os demais casos futuros. Dessa forma, os efeitos vinculantes serão atribuídos à *ratio decidendi* do julgado, do precedente que funcionará como diretriz para futuras causas.

Ante o exposto, uma vez aderindo à teoria da transcendência dos efeitos determinantes da sentença no controle difuso, apenas a *ratio decidendi* da mesma é que vincularia os futuros julgamentos, tendo em vista serem os motivos determinantes ao deslinde da controvérsia.

4.2 A abstratização do controle difuso? Objetivação do recurso extraordinário?

Atualmente, o tema da abstratização do controle difuso ou concreto foi objeto de importante decisão do Supremo Tribunal Federal. O Pretório Excelso, na sua maioria, não acolheu a citada teoria.

Em sentido contrário à maioria, o Ministro Gilmar Mendes continua defendendo a aplicação da teoria da abstratização no controle difuso e afirma que a declaração incidental de inconstitucionalidade proferida pelo STF pode apresentar uma grande amplitude, transcendendo seus motivos a outros julgados e vinculando as demais Cortes.

Segundo Mendes, de acordo com a doutrina tradicional, a suspensão da execução pelo Senado do ato declarado inconstitucional pelo STF é um ato político que empresta eficácia erga omnes às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas em caso concreto. Porém, para ele essa concepção está ultrapassada e não mais se coaduna com a atual ordem constitucional brasileira.

Afirma ainda que é preciso uma reinterpretação dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade e que atualmente o papel do Senado é o de conferir simples efeito de publicidade, ou seja, se o Supremo, em sede de controle incidental, declarar, de forma definitiva, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que apenas faça a publicação da decisão no Diário do Congresso Nacional.

Dessa forma, para os defensores dessa teoria, a abstrativização dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade objetiva a aproximação dos efeitos da decisão que aprecia a inconstitucionalidade tanto no controle difuso, quando no abstrato, atribuindo efeito vinculante não somente ao dispositivo da sentença, mas também aos fundamentos determinantes da decisão. Nesse passo, a razão da decisão, que é a fundamentação essencial que ensejou determinado resultado de uma ação, passa a vincular outros julgados.

Com isso, o efeito da decisão que declara a inconstitucionalidade de determinada norma pelo Supremo no exame de um Recurso Extraordinário não ficaria restrita somente ao caso em concreto analisado, uma vez que a função precípua desse Tribunal é justamente a de guarda da Constituição.

A teoria da abstrativização do controle difuso busca, entre outros aspectos, a atribuição de uma eficácia mais ampla às decisões, direcionando-se à atribuição de efeito *erga omnes* às decisões tomadas nesta modalidade, deixando cada vez mais de limitar-se ao caso concreto e tomando um aspecto mais amplo.

Os que defendem a aplicação da citada teoria fundamentam seu posicionamento no princípio da força normativa da Constituição, na supremacia da Constituição e sua aplicação uniforme, no STF como guardião e intérprete máximo do texto constitucional e na dimensão política de suas decisões. Outros princípios como a celeridade, efetividade e economia processual são constantemente invocados por seus defensores.

Os favoráveis à abstrativização do controle difuso justificam que o mesmo propicia julgamentos uniformes e, conseqüentemente, fortalece a força normativa da Constituição. Se o STF é institucionalmente o intérprete

maior da Constituição, é imperioso concluir que seus entendimentos não de ser respeitados pelas demais instâncias, ainda que em sede de controle incidental de constitucionalidade. Não há sentido em submeter-se a uma resolução do Senado para conferir efeitos *erga omnes* ao que foi decidido no plenário do STF, tendo a referida resolução apenas o condão de conferir publicidade à decisão proferida.

Por outro lado, os que se posicionam de forma contrária, defendem a utilização da súmula vinculante para transcendência dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Sustentam, ainda, que a fórmula do Senado Federal é de controle político-discricionário, não estando este obrigado a suspender a eficácia da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Lenza (2008, p. 155-156), colocando reparo na abstrativização do controle difuso observa que:

Por todo o exposto, muito embora a tese da transcendência decorrente do controle difuso pareça bastante sedutora, relevante e eficaz, inclusive em termos de economia processual, efetividade do processo, de celeridade processual (art. 5º, LXXVIII – Reforma do Judiciário) e de implementação do princípio da força normativa da Constituição (Konrad Hesse), parecem faltar, ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras, sejam processuais, sejam constitucionais, para a sua implementação. Portanto, ainda merece investigação a possibilidade da aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade. Caso se conclua pela possibilidade da teoria, investigação suplementar deve determinar se é desejável esta aplicação, notadamente em razão da utilização da transcendência dos motivos determinantes como

instrumento legitimador do ativismo judicial do STF após a Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

Historicamente, até então, o recurso extraordinário tinha por finalidade única tratar de afronta ao texto constitucional ocorrida em determinada decisão proferida por tribunal inferior. A argüição era feita pela parte sucumbente em litígio individual, o que sofreu substancial transformação com o surgimento da repercussão geral, para fins de conhecimento ou não do recurso interposto.

Foi com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 que se inovou quanto ao cabimento do recurso extraordinário. Foi acrescentado o §3º ao artigo 102, que dispõe da seguinte forma: “*o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso*”.

Nesse sentido, a lide, que até então era individualmente considerada, passou a ter contornos de demanda de massa ou de cunho coletivo, no momento em que a decisão judicial proferida, seja de repercussão geral negada, seja de mérito recursal propriamente dita, após reconhecimento de tal repercussão, passou a ter efeitos para terceiros alheios ao caso concreto em exame.

A função da repercussão geral é restringir a atuação do STF a um reduzido número de causas de maior relevância. A concentração dos esforços da Corte Constitucional deve situar-se em temas polêmicos e fundamentais à pacificação social, evitando as inúmeras questões repetitivas que causam a exaustão do Tribunal.

Conclui-se, portanto, diante dos pressupostos bastante específicos de admissibilidade, a excepcionalidade de interposição do recurso extraordinário cujo principal intuito é proteger os ditames constitucionais. Daí se afirmar que o aludido instrumento processual gradativamente vem tomando feição defensora da ordem constitucional objetiva, deixando a natureza eminentemente subjetiva.

Analisando as decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da repercussão geral, verifica-se clara intenção do julgador de dar dimensionamento maior àquelas questões jurídicas, sociais, políticas e econômicas de maior relevância exterior e passíveis de debate pela sociedade, especialmente quando envolvidos entes públicos, em detrimento daquelas questões consideradas menores.

A inclinação do STF na depuração preliminar dos recursos extraordinários a serem analisados quanto ao mérito propriamente dito pode ser verificada pela apreciação analítica das matérias até hoje com repercussão geral reconhecida, geralmente relacionadas com questões tributárias ou de evidente interesse do Estado, como parte litigante, em detrimento daquelas onde o debate constitucional é obstado em seu princípio, pela indicação de ausência de repercussão geral, notadamente questões relacionadas com a área do direito privado, onde presentes interesses particulares.

Neste contexto, observa-se que a controvérsia posta em juízo ao STF em sede de recurso extraordinário transcende aos interesses subjetivos da causa. O caráter tradicional de defesa dos interesses das partes, em que o reconhecimento da inconstitucionalidade não é o pedido da causa, abre espaço para apreciação objetiva da ordem constitucional.

Assim, a questão prejudicial de constitucionalidade, como pressuposto lógico e necessário de resolução da questão principal, é ponderada de modo a surtir efeitos em outras demandas. Trata-se, portanto, da objetivação do recurso extraordinário, a questão constitucional analisada como resolução de um caso concreto passa a transcender o *inter partes*. O controle de constitucionalidade é difuso, porém abstrato.

Dessa forma, o recurso extraordinário deixa de ter feição marcadamente subjetiva e passa a assumir a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Conclui-se que é possível sinalizar que a alteração do sistema recursal brasileiro, com a objetivação do recurso extraordinário, pode ser considerada como positiva para o fim a que se propõe, resultando em uma maior efetividade da atividade jurisdicional para o seu único

destinatário, qual seja, a sociedade, que anseia pela segurança jurídica em suas relações instituídas.

4.3 O papel das súmulas vinculantes

A Emenda Constitucional nº 45/2004, ao instituir a reforma do Poder Judiciário, introduziu a súmula vinculante no direito brasileiro com o artigo 103-A da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Depreende-se do texto constitucional acima que para a elaboração da súmula vinculante deve existir divergência jurisprudencial sobre a matéria e essa controvérsia há de ser atual que acarrete grave insegurança jurídica e múltiplas demandas sobre questões idênticas.

Por sua vez, a Lei nº 11.417/2006 trouxe a regulamentação infraconstitucional da súmula vinculante, dispondo sobre a edição, revisão e cancelamento dos enunciados, regulamentando o artigo 103-A da CF.

Portanto, foi com advento da Emenda Constitucional nº 45, que houve a possibilidade de se atribuir a característica vinculante às súmulas do Supremo Tribunal Federal, ou seja, torná-las imperativas, coercíveis e com efeitos *erga omnes* em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta nas esferas federais, estaduais e municipais, desde que se proceda com o previsto no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei 11.417/06.

A súmula vinculante é fonte de direito elaborada em processo objetivo de fiscalização de constitucionalidade e representa, assim, mais uma forma de controle de constitucionalidade para o sistema jurídico brasileiro, semelhantemente com o que acontece com as decisões na ação direta de inconstitucionalidade, na ação direta de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental, dado que seu comando não pode ser desrespeitado por nenhum órgão da administração pública ou órgão judiciário, sob pena de através de reclamação ser decretada a cassação da decisão judicial que a afrontou ou a anulação do ato administrativo.

Referida súmula apresenta para o mundo jurídico uma nova sistemática que admite a elaboração de normas cogentes dotadas de efeito *erga omnes* e providas de comando genérico e abstrato. É, portanto, considerada uma norma jurídica dotada de generalidade, vez que é aplicada a todos indistintamente.

Em virtude do fato das súmulas vinculantes possuírem efeitos que devam ser obrigatoriamente acatados por todo território nacional, com exceção do Poder Legislativo, existem doutrinadores que entendem que

estas constituem uma forma de transpor situações concretas para o abstrato.

Com a demora desarrazoada dos processos, além de outros motivos, a súmula vinculante sobressai como mecanismo hábil para tornar mais célere a solução das ações, bem como para conter a enorme quantidade de julgados pelas cortes de cúpula, contribuindo assim, para que seja debelada a chamada crise que se instalou junto ao Poder Judiciário.

Ante o exposto, a súmula vinculante obriga que as decisões tomadas em sede de controle difuso sejam observadas em casos futuros por terceiros que não fizeram parte do processo no qual foi editada. Com isso, temos mais uma situação em que o legislador tendeu para a idéia da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

4.5 O atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade brasileiro

A teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade foi objeto de importante decisão do Supremo Tribunal Federal. O STF não acolhe a citada teoria e afirma não haver ter ocorrido mutação constitucional do artigo 52, X, da CF/88.

Para a maioria dos Ministros, a decisão em controle difuso continua produzindo, em regra, efeitos apenas *inter partes* e o papel do Senado é o de ampliar essa eficácia, transformando em eficácia *erga omnes*.

A doutrina tradicional (clássica), ao explicar os efeitos da decisão em controle difuso e incidental, sempre sustentou a eficácia apenas entre as partes do processo. Nessa espécie de controle, a arguição de inconstitucionalidade se dá de modo incidental, constituindo questão prejudicial ao processo, não tendo o condão de produzir coisa julgada com eficácia *erga omnes*.

Essa sempre foi a principal característica diferenciadora entre controle incidental e o controle abstrato, sendo apenas este último apto a produzir coisa julgada *erga omnes*, uma vez que nele a arguição de

inconstitucionalidade constaria do próprio pedido e seria decidida no dispositivo da sentença. É o que ocorre, no Brasil, nas ações de controle concentrado (ADI, ADC e ADPF), nas quais a decisão pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade se projeta para todos, e não apenas para as partes no processo.

Não obstante, essa diferenciação vinha sendo paulatinamente mitigada por uma doutrina mais contemporânea, a qual pugna pela aproximação entre o controle incidental e o controle abstrato. No direito comparado, fala-se em instrumentos como o “stare decisis” norte-americano e o “recurso de amparo” europeu, os quais tendem a ampliar os efeitos da decisão para além das partes do processo.

Vale ressaltar que a teoria da abstrativização do controle difuso foi construída pelo atual Ministro do STF Gilmar Mendes e o já aposentado Eros Grau. Tal teoria preconiza que, se o Plenário do STF decidir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em controle difuso, essa decisão terá os mesmos efeitos do controle concentrado, ou seja, eficácia *erga omnes* e vinculante. Para essa corrente, o art. 52, X, da CF/88 sofreu uma mutação constitucional e, portanto, deve ser reinterpretado. Dessa forma, o papel do Senado, atualmente, é apenas o de dar publicidade à decisão do STF. Em outras palavras, a decisão do STF, mesmo em controle difuso, já é dotada de efeitos *erga omnes* e o Senado apenas confere publicidade a isso.

Vejamos a origem de toda essa controvérsia. A Lei nº 8.072/90, em sua redação original, determinava que os condenados por crimes hediondos ou equiparados deveriam cumprir a pena em regime integralmente fechado, ou seja, o art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90, proibia a progressão de regime em crimes hediondos e equiparados. Só que o STF julga essa proibição inconstitucional.

Em 23/02/2006, o STF, ao julgar um habeas corpus impetrado em favor de um único preso, declarou inconstitucional esse § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 (em sua redação original), que proibia a progressão. As razões foram: a norma violava o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), já que obrigava o juiz a sempre condenar o réu

ao regime integralmente fechado independentemente do caso concreto e das circunstâncias pessoais do réu e também a norma proibia a progressão de regime de cumprimento de pena, o que inviabilizaria a ressocialização do preso.

Dessa forma, tal decisão foi tomada pelo Plenário do STF em um processo individual (HC 82.959/SP). Após a decisão do STF, deu-se início a um intenso debate na doutrina e na jurisprudência acerca da sua amplitude e se a decisão do STF, proferida no citado HC, tinha eficácia vinculante e efeitos *erga omnes* e se os demais juízes e Tribunais estavam obrigados a acatar a decisão tomada pelo Supremo no referido HC. A resposta iria depender da corrente adotada: se a corrente fosse a tradicional a resposta seria negativa, já se a corrente fosse a da teoria da abstrativização do controle difuso a resposta seria positiva.

A tese da abstrativização do controle difuso, que era defendida no STF tão somente por Gilmar Mendes e Eros Grau (aposentado), foi novamente debatida em 2014, quando do julgamento da Rcl 4335/AC, proposta contra decisão de 1º instância que negou a aplicação da progressão de regime em crimes hediondos, em afronta ao entendimento firmado pelo STF no HC 82959/SP (em sede de controle difuso).

Por maioria, a reclamação foi conhecida e julgada procedente. Só que se deve ter a devida atenção aos votos dos Ministros. Apenas dois Ministros (Gilmar Mendes e Eros Grau) afirmaram expressamente que as decisões do Plenário do STF proferidas em controle difuso de constitucionalidade possuem efeitos *erga omnes* e que o papel do Senado, atualmente, é o de tão-somente dar publicidade ao que foi decidido, tendo havido mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88.

Os demais Ministros refutaram textualmente ou pelo menos não aderiram a tais conclusões. Assim, para a maioria do STF, a decisão em controle difuso continua ainda produzindo, em regra, efeitos apenas *inter partes* e o papel do Senado é o de amplificar essa eficácia.

Vale destacar que quatro Ministros (Teori Zavascki, Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello) votaram a favor da reclamação, porém não pelo fato de a decisão do juiz do AC ter afrontado o HC 82.959/SP, mas

sim em virtude de a decisão do magistrado ter ficado, posteriormente, contrária à Súmula Vinculante 26, o que enseja expressamente reclamação (art. 103-A, § 3º, da CF/88). Em outros termos, a edição da SV 26 acabou “salvando” o conhecimento da reclamação. Se fosse apenas por causa do HC 82.959/SP, a reclamação não seria admitida. Logo, a reclamação foi conhecida pela maioria, mas com base na súmula e não no HC.

Assim, para a maioria dos Ministros do STF, o art. 52, X, da CF/88 não sofreu mutação constitucional e o Senado Federal continua tendo o poder de conferir eficácia *erga omnes* às decisões do STF que, em controle difuso, declaram a inconstitucionalidade de lei. Na ocasião lembrou-se, contudo, que existem outras decisões do STF, proferidas em controle difuso, e que gozam de força expansiva, mesmo sem o art. 52, X, da CF/88, como exemplo as súmulas vinculantes e a repercussão geral nos recursos extraordinários.

Diante de todo o exposto, o STF não adota a teoria da abstrativização do controle difuso e para a maioria dos Ministros não houve mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88. O papel do Senado não é o de apenas dar publicidade da decisão de inconstitucionalidade proferida em controle difuso, mas sim conferir eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade prolatada no controle concreto. Por sua vez as decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade vêm ganhando cada dia mais força expansiva, mas não se pode afirmar que possuam, em regra, eficácia *erga omnes* e caso um juiz ou Tribunal desrespeite o que foi decidido pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, a pessoa prejudicada não poderá se valer da reclamação para questionar esse descumprimento, salvo se ela foi parte no processo originário que foi julgado pelo Supremo.

5. CONCLUSÃO

Apesar da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade ser muito sedutora no tocante à efetividade, celeridade e economia processual, o Supremo Tribunal Federal decidiu que ela não deve ser aplicada em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Essa suposta transcendência emprestaria ao controle difuso os efeitos abstratos de controle concentrado, o que em regra somente ocorreria quando o Senado Federal suspendesse a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

O efeito *erga omnes* foi previsto apenas para o controle concentrado, nos termos do artigo 102, § 2º da Constituição Federal. No controle difuso, o efeito está sujeito ao controle político-discricionário do Senado Federal, conforme regra inserta no artigo 52, X, da Constituição Federal.

Ademais, após a edição da Emenda Constitucional 45/2004, a própria Constituição prevê a possibilidade de eficácia *erga omnes* das decisões proferidas em controle difuso, desde que seja editada súmula vinculante nos moldes do artigo 103-A da Constituição Federal, ou seja, após reiteradas decisões sobre a matéria e aprovação de 2/3 dos membros da corte. Com isso, defendemos a utilização da súmula vinculante para transcendência dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso.

Vale destacar que o recurso extraordinário, com o requisito preliminar da repercussão geral, deixa de ter feição marcadamente subjetiva e passa a assumir a função de defesa da ordem constitucional objetiva.

O exercício do ativismo judicial é necessário quando tenha por escopo proteger o núcleo da Constituição e efetivar direitos fundamentais, quando a inexecução decorrer de manifesta inércia legislativa. Todavia, alterar o sentido do texto constitucional sem alterar seu texto, através de exercício hermenêutico é medida extrema.

Nesse sentido, para a maioria dos Ministros do STF, o art. 52, X, da CF/88 não sofreu mutação constitucional. O Senado Federal continua tendo o poder de conferir eficácia *erga omnes* às decisões do STF que, em controle difuso, declaram a inconstitucionalidade de lei. Vale destacar que o Pretório Excelso esclareceu que existem outras decisões do STF, proferidas em controle difuso, e que gozam de força expansiva, mesmo sem o art. 52, X, da CF/88, como exemplo as súmulas vinculantes e a repercussão geral nos recursos extraordinários.

Diante de todo o exposto, o STF não adota a teoria da abstrativização do controle difuso. Com isso, após a declaração da inconstitucionalidade em controle difuso, o STF deve comunicar ao Senado Federal para que este, em juízo político-discricionário, decida pela suspensão ou não da eficácia norma declarada inconstitucional, com efeitos *erga omnes* e *ex nunc*, a partir de sua edição.

6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. – 4ª ed., amp. atual., – Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Senado Federal. **Regimento Interno**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/regsf/>>. Acesso: 28 jul. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31642-36259-1-PB.pdf>. Acesso em: 20. jun. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Hermenêutica Constitucional*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES; Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). **Tratado de Direito Constitucional**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. – 4ª edição – Salvador: Jus Podivm, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 28.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 17ª ed. rev. atu. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: estudos de Direito Constitucional. – 2ª edição – São Paulo: Celso Bastos Editor. 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NOVELINO, Marcelo. **Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: JusPodivm, 2008.

PASSOS, J.J. Calmon. Súmula vinculante. **Gênese – Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 6, set./dez. 1997.

Regimento interno do supremo tribunal federal: texto consolidado até a Emenda Regimental 48. Brasília, DF, STF, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO FORMA DE COMBATER ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

RICARDO BAVARESCO BONGIOLO:

Graduado em Direito pela UNISUL e Pós-Graduado em Direito Constitucional no Damásio de Jesus.

Resumo: Este artigo propõe uma reflexão acerca do uso da interceptação telefônica no combate às organizações criminosas. A Interceptação Telefônica é uma ferramenta de investigação que tem como objetivo colher provas para um eventual processo penal. Tal ferramenta, quando bem utilizada, é uma excelente arma contra a criminalidade, especialmente contra o crime organizado. Percebe-se que as organizações criminosas são um fenômeno atual e presente na sociedade, sendo que o Estado não pode renegar a sua existência, sob pena de perder o controle da segurança pública. Justifica-se a importância deste artigo, pois este é essencial para que se compreenda o desenvolvimento do crime organizado na sociedade atual e como este pode ser combatido pelas polícias Cíveis e Federais.

Palavras-chave: Interceptação telefônica. Organização criminosa. Polícia.

Abstract: This article proposes a reflection on the use of telephone interception in the fight against criminal organizations. Telephone Interception is a research tool that aims to gather evidence for a possible criminal process. Such a tool, when well used, is an excellent weapon against crime, especially against organized crime. It is perceived that criminal organizations are a current and present phenomenon in society, and the State can not deny its existence, otherwise it loses control of public safety. The importance of this article is justified because it is essential to understand the development of organized crime in today's society and how it can be combated by the Civil and Federal police.

Keywords: Telephone interception. Criminal organization. Police.

Sumário: Introdução. 1. Admissibilidade da interceptação telefônica. 2. Indispensabilidade da interceptação telefônica. 3. Crimes punidos com reclusão. 4. Dispensabilidade ou indispensabilidade de inquérito policial para interceptação telefônica. 5. Acesso aos registros telefônicos. 6. Relativização dos prazos da interceptação telefônica. 7. Interceptação e gravação ambiental. 8. Obtenção de dados cadastrais. Referências.

Introdução

As organizações criminosas são um fenômeno que foram evoluindo ao longo do tempo, tendo aprimorado suas ações e dificultando o trabalho das polícias de modo geral.

Para acompanhar esse desenvolvimento, os órgãos estatais (polícias, MP'S) tiveram que se aparelhar, uma vez que não conseguiam mais tem eficácia nas suas ações.

Por sua vez, o legislador constituinte autorizou a interceptação telefônica na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o qual foi regulamentada somente anos mais tarde, com a Lei n. 9.296/96, o que gerou ao Estado maior poder de combate.

Tendo em vista isso e após o leitor ter a noção de como o sistema probatório é aplicado no direito processual brasileiro e na interceptação telefônica, o presente artigo pretende demonstrar como essa ferramenta é capaz de combater as organizações criminosas.

1. Admissibilidade da interceptação telefônica

A utilização da interceptação telefônica é uma medida legal no combate a organizações criminosas e é vista preponderantemente na fase da investigação policial. No entanto é possível que seja feita na fase do processo igualmente. Ocorre que a polícia judiciária está mais bem preparada e equipada para o combate desse tipo de crime. [\[1\]](#)

Para o deferimento de uma interceptação telefônica, são necessários alguns requisitos de admissibilidade, a qual precisam ser amplamente demonstrados.

Além dos três requisitos constitucionais exigidos pelo artigo 5º, XII, da Carta Magna, vistos no segundo capítulo, é necessário, ainda, para a licitude das interceptações, estarem presentes, cumulativamente, os pressupostos do art. 2º da Lei n. 9.296/96. Este, a contrário sensu, vai dizer de maneira indireta quando é que cabe a interceptação telefônica. “Embora o legislador tenha utilizado uma técnica criticável de redação,

certo é que ele não olvidou dos requisitos necessários para justificar uma medida cautelar que restringe direito fundamental. [2]

Dessa forma, é necessário interpretar o art. 2º da Lei n. 9.296/96 ao contrário para que se consiga traduzir o que ele exige de maneira positiva como requisito legal.

2. Indispensabilidade da interceptação telefônica: *periculum in mora (periculum libertatis)*

A indispensabilidade da interceptação telefônica é um dos requisitos cabais para a sua validade. Sabe-se que o objetivo final dessa ferramenta é a obtenção de provas para um futuro processo penal. Assim, “[...] se essa prova pode ser obtida ‘por outros meios’, não deve o juiz determinar a interceptação telefônica, que é medida de *ultima ratio*, estremada, excepcional, mesmo porque, por vontade do legislador constituinte, a regra é a preservação da intimidade.” [3]

Fica claro, assim, que a interceptação telefônica só deve ser autorizada quando restar demonstrado que não há outro meio de se produzir a prova. “Exclusivamente quando for indispensável, *conditio sine qua non* para a apuração da infração, é que ela se justifica.” [4]

“É evidente o caráter *rebus sic stantibus* da decisão, isto é, passada a “urgência”, pode ser que se descubra, depois da interceptação, que havia outros meios disponíveis. Mas se não eram evidentes no momento da decisão, a interceptação é válida.” [5]

Infere-se, portanto, que é na ocasião do pedido em que verifica se há ou não outros meios disponíveis, já que após essa medida, torna-se mais claro, muitas vezes, que a prova poderia ser constituída por outros meios. [6]

“A interceptação telefônica, em síntese, está regida pelo princípio da necessidade, que é a expressão da ‘intervenção mínima’, da ‘alternativa menos gravosa’ ou da ‘subsidiariedade’, em suma, subprincípios da proibição do excesso.” [7]

Assim, a interceptação telefônica só vai ser aceita quando a prova não pode ser obtida por outro meio menos invasivo. Caso se possa obter a prova por outro meio, evita-se a restrição de um direito individual.

Além do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, para o cabimento da medida de interceptação telefônica, é necessário que o crime seja punido com pena de reclusão.

3. Crimes punido com reclusão

Esse requisito de admissibilidade da interceptação telefônica está previsto no inciso III do artigo 2º da lei de interceptações telefônicas: “o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.” Em outras palavras, só admitida para crimes punidos com pena de reclusão.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já ofereceu importante precedente contra a possibilidade de investigação de crime punido com pena de detenção:

De acordo com o entendimento adotado por esta Corte, a interceptação telefônica só é autorizada para apurar a prática de crimes punidos com reclusão e, no caso, o paciente foi investigado e denunciado pela prática de crimes punidos apenas com pena de detenção. [8]

No entanto, a lei e a própria decisão referida acima, demonstram que o simples fato de o crime de reclusão poderia autorizar uma interceptação telefônica. Sobre esse tema, é preciso fazer um alerta, pois:

A possibilidade de interceptação telefônica com relação a todos os crimes de reclusão precisa ser restringida, porque é muito ampla. Há muitos crimes punidos com reclusão que, de forma alguma, justificariam a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, considerando-se especialmente o “furor

incriminatório” de que foi tomado o legislador nos últimos anos e, em muitos casos, a desproporcionalidade da pena cominada. Há necessidade de se ponderar a respeito dos bens jurídicos envolvidos: não se pode sacrificar o bem jurídico da magnitude do sigilo das comunicações telefônicas para a investigação ou instrução de crime em que não estejam envolvidos bens jurídicos de maior valor. [\[9\]](#)

Corroborando sobre a discussão sobre essa forma abrangente em que a lei dispõe, verifica-se o seguinte:

É perigosa, podendo dar margem a abusos, sem o resultado positivo de melhoria na colheita de elementos de investigação ou de prova. Não seria o caso de afirmar que a fórmula legal seja inconstitucional, porém, a aplicação da lei pode sê-lo. Se o juiz não contrabalancear os valores em jogo, é dizer, se autorizar a interceptação em qualquer crime punido com reclusão, pode incorrer numa aplicação inconstitucional da lei, sendo passível sua decisão de questionamento (e alegação de nulidade). [\[10\]](#)

Há a necessidade, portanto, de se ponderar a respeito dos bens jurídicos envolvidos “não se pode sacrificar o bem jurídico da magnitude do sigilo das comunicações telefônicas para a investigação ou instrução de crime em que não estejam envolvidos bens jurídicos de maior valor.” [\[11\]](#)

Quanto a não previsão do crime de detenção “se a lei prefixou o âmbito de validade da interceptação telefônica como meio de prova válido, atrelando-a às infrações punidas com reclusão, é evidente que esse meio de prova não pode ser validado como tal quando se trata de uma infração punida com detenção.” [\[12\]](#)

Mas, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que se o crime for punido com detenção, mas conexo com o de reclusão, o qual ensejou a interceptação, a prova é válida:

Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção. Habeas corpus indeferido. [13]

Nesse caso, “a prova encontrada em desconformidade com o ato judicial que autorizou a medida cautelar, ou seja, fora do objeto de investigação, é a considerada prova fortuita, gerando o encontro fortuito de provas.” [14]

Esse encontro fortuito também pode ser chamado de “fenômeno da serendipidade (do Inglês Serendipity, “acidente feliz” ou “agradável surpresa”). [15]

Nesse mesmo sentido, mas agora em um julgado mais recente:

O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. [16]

Então, o Supremo Tribunal Federal entende admissíveis crimes punido com detenção, desde que seja fortuito e conexo com o crime de reclusão que originou a autorização para a interceptação telefônica. “Logo, se o fato não é conexo ou se versa sobre outra pessoa, não vale a prova.

Cuida-se de prova nula. Mas isso não significa que a descoberta não tenha nenhum valor: vale como *notícia criminis*.” [17]

“A informação – quando não conexa ao fato investigado – será considerada como legítima notícia crime e, se for o caso, provocará nova investigação, não se tratando de prova ilícita ou derivada de ilícita.” [18]

Assim, o que se deve ter em foco é que nem toda a prova encontrada fortuitamente pode ser utilizada no mesmo processo criminal, o que acarretaria a banalização do instrumento da interceptação telefônica. Todavia, nada impede que essas provas encontradas possam figurar como notícia criminis, tendo em vista que se assim não fosse, esses crimes gerariam uma impunidade sem sentido.

4. Dispensabilidade ou indispensabilidade de inquérito policial para a interceptação telefônica

A interceptação telefônica na fase é policial é um importante meio para produzir provas em um futuro processo penal contra uma organização criminosa, mas cabe ressaltar que não é necessária instauração de inquérito policial para a utilização dessa ferramenta, pois “como a Constituição Federal e a Lei 9.296/96 mencionam ‘investigação criminal’ (não inquérito policial), admite-se a interceptação telefônica mesmo sem a existência de um inquérito policial instaurado.” [19]

Inclusive o Superior Tribunal de Justiça em diversas ocasiões já pacificou a desnecessidade de Inquérito Policial para a realização da Interceptação Telefônica:

Esta Corte já decidiu ser prescindível a prévia instauração de inquérito ou ação penal para a decretação de quebra de sigilo telefônico; isso porque, a interceptação telefônica, disciplinada na Lei 9.296/96, tem natureza de medida cautelar preparatória, exigindo-se apenas a demonstração da existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal punida com reclusão. [20]

Essa mesma corte, só que agora em um julgado mais recente:

A interceptação telefônica para fins de investigação criminal pode se efetivar antes mesmo da instauração do inquérito policial, pois nada impede que as investigações precedam esse procedimento. A providência pode ser determinada para a investigação criminal (até antes, portanto, de formalmente instaurado o inquérito) e para a instrução criminal, depois de instaurada a ação penal. [21]

Extraem-se desses julgados que embora seja dispensável o inquérito policial, é necessário à existência de uma investigação sobre o delito aos quais há indícios suficientes de autoria. É preciso deixar claro que “não é possível interceptação telefônica para determinar pessoa ou organização criminosa, contra qual inexistente qualquer indício, está ou não cometendo algum crime[22].” Se assim fosse, o direito a intimidade estaria amplamente prejudicado.

Verifica-se, assim, que a interceptação de prescinde a instauração de inquérito policial, o que acarreta em um maior comodismo para a autoridade policial, já que se a investigação não prosperar, não há de remeter o inquérito ao judiciário para somente lá ser arquivado.

5. Acesso aos registros telefônicos

Uma questão que gera dúvidas no plano prático refere-se à possibilidade de acesso aos registros das comunicações telefônicas. Uma interpretação do texto constitucional (art. 5º, inciso XII) pode conduzir à conclusão de que como a vedação não abrange o sigilo dos registros das comunicações telefônicas pelo investigado, haveria a possibilidade de solicitação pela autoridade policial e pelo representante do Ministério Público, independente de prévia autorização judicial. Todavia:

O registro das ligações telefônicas, embora não esteja compreendido na tutela das comunicações

telefônicas, é resguardado pelo direito à intimidade e à vida privada (art. 5º, inciso X, da Constituição da República), pois qualquer violação nesse sentido pode revelar atos da privacidade do investigado que não interessam ao Estado, impondo-se, portanto, tratamento análogo ao previsto pela Lei n. 9.296/96. [23]

Mas quanto a celulares apreendidos no curso de uma investigação, chamado a se pronunciar sobre essa possibilidade, o STJ respondeu nos seguintes termos:

[...] O fato de ter sido verificado o registro das últimas chamadas efetuadas e recebidas pelos dois celulares apreendidos em poder do corréu, cujos registros se encontravam gravados nos próprios aparelhos, não configura quebra do sigilo telefônico, pois não houve requerimento à empresa responsável pelas linhas telefônicas, no tocante à lista geral das chamadas originadas e recebidas, tampouco conhecimento do conteúdo das conversas efetuadas por meio destas linhas [...]. [24]

A propósito, em decisão recente o Supremo Tribunal Federal reconheceu ser possível obter dados dos aparelhos celulares apreendidos, não gerando prova ilícita:

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO SEGUNDO. APREENSÃO DE TELEFONE CELULAR. ACESSO ÀS LIGAÇÕES REALIZADAS E RECEBIDAS. ILEGALIDADE DA PROVA.

PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. LEGITIMIDADE DA MEDIDA. NÃO EQUIPARAÇÃO COM A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.

COMPROVAÇÃO DO CRIME POR OUTROS MEIOS. [25]

Quanto a isso, prevalece, portanto, o entendimento de ser possível a obtenção de registros telefônicos sem ordem judicial, mas desde que estejam esses na memória do aparelho de celular.

6. Relativização do prazo na interceptação telefônica

A possibilidade de renovações do pedido de interceptação telefônica não está clara na lei brasileira. Uma interpretação literal do artigo 5º ('não poderá exceder o prazo de 15 dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade da prova') pode levar a conclusão de que o legislador apenas possibilita uma renovação do prazo.

Como mencionado, o legislador utilizou a expressão "renovável por igual tempo". "Isso significa que o juiz pode fixar no máximo 15 dias. Mas para tanto se exige comprovação da indispensabilidade do meio de prova." [26] Urge, como se percebe, novo pedido, em que se demonstre a indispensabilidade da prova, é dizer, a sua necessidade, a inexistência de outros meios disponíveis. [27]

Quanto ao número de vezes em que a interceptação telefônica pode ser prorrogada, a doutrina ainda é dividida. Há aqueles que entendem que "em nenhuma hipótese seria possível a interceptação por mais de trinta dias." [28] Já outros adotam posicionamento diferente "quantas vezes forem necessárias." [29]

Portanto, há ainda uma parcela da doutrina que entende que a interceptação telefônica deve ser delimitada a um tempo menor. "A prevalecer esse entendimento, no Brasil a interceptação telefônica seria praticamente inócua para a apuração da criminalidade organizada, que em razão de sua complexidade demanda longos períodos de investigação para sua apuração." [30]

A jurisprudência majoritária do STF e do STJ ainda é no sentido da indefinição temporal (permissão de sucessivas renovações):

O prazo de duração da interceptação telefônica pode ser seguidamente prorrogado, quando a complexidade da investigação assim exigir, desde que em decisão devidamente fundamentada, como *in casu*, em que se considerando a ausência de comprovação da ilicitude das renovações. [31]

Essa mesma corte entende que a legislação ordinária não faz restrições quanto ao número de prorrogação da Interceptação Telefônica.

[...] a Legislação infraconstitucional (Lei 9.296/1996) não faz qualquer limitação quanto ao número de terminais que podem ser interceptados, ou ao prazo de renovação da medida; tudo irá depender do tipo de investigação a ser feita – quanto mais complexo o esquema criminoso, maior é a necessidade da quebra de sigilo telefônico, de mais pessoas e por mais tempo, com vistas à apuração da verdade que interessa ao processo penal. [32]

Inclusive o STF com julgado deste ano, já pacificou o tema, com a seguinte decisão:

[...] A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento segundo o qual as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas desde que devidamente fundamentadas pelo juízo competente quanto à necessidade para o prosseguimento das investigações. [33]

Em resumo, a renovação pela lei só pode ocorrer uma vez. De outro modo, somente quando houver justificação exaustiva do excesso e quando a medida for absolutamente indispensável, demonstrando-se, em cada renovação, essa indispensabilidade. Nos casos de investigações envolvendo organizações criminosas, é razoável pedir novas prorrogações justificadamente, visto que muitas vezes estas possuem estruturas complexas que demandam tempo para combater corretamente.

7. Interceptação e gravação ambiental

Observa-se que é cada vez mais comum no desmantelamento de organizações criminosas a utilização de interceptação ambiental e gravação ambiental. Essa importante ferramenta é conceituada como “a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos é o sistema que também é conhecido como vigilância eletrônica.” [34]

No mesmo sentido:

A interceptação ambiental pode ser definida como a captação de uma conversa alheia (não telefônica), feita por terceiros, valendo-se de qualquer meio de gravação. Se nenhum dos interlocutores sabe da captação, fala-se em interceptação ambiental em sentido estrito; se um deles tem conhecimento, fala-se em captação ambiental. [35]

Essa medida está prevista no artigo art. 3º, II, da Lei n. 12.850/13, mas antes quem regia era a Lei n. 9034/95 no art. 2º, IV:

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I – [...]

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos. [36]

Hoje é a única hipótese de captação ambiental prevista na nossa legislação, tendo em vista que a Lei n. 9296/96 só há trata da interceptação telefônica, que não alcançaria a interceptação ambiental em questão.

“Embora haja posicionamento em sentido contrário, tal medida não seria necessária em locais públicos, onde não ocorra qualquer

vedação para a captação ou interceptação de imagens ou sons, tais como praças públicas, avenidas, entre outros locais análogos.” [37]

Com relação à licitude da prática desse meio de prova, “é possível à realização de uma gravação clandestina ambiental sem autorização judicial, assim denominada na situação em que uma das pessoas integre a conversação, pois, utilizado o raciocínio idêntico ao que sucede na gravação clandestina, busca-se a intimidade da(s) pessoa(s) gravada(s).” [38]

Embora a gravação ambiental de conversa com criminoso seja admitida como prova válida, como visto, o Supremo Tribunal Federal considerou-a ilícita em um caso em que foi feita pela polícia para obter confissão sem autorização do investigado, conforme:

Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais. 3. Ilícitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub-reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação - nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não. [39]

Extrai-se, pelo texto legal e pelo entendimento da doutrina e jurisprudência que poderão os agentes da polícia, mediante prévia autorização judicial, instalar aparelhos de gravação de som e imagem em ambientes fechados (residências, locais de trabalho, estabelecimentos prisionais etc.), com a finalidade de gravar não apenas diálogos travados a organização criminosa (sinais acústicos), mas também de filmar as condutas por eles desenvolvidas (sinais ópticos). Ainda poderão os policiais registrar sinais obtidos pelos aparelhos de comunicação, como rádios transmissores (sinais eletromagnéticos), que tecnicamente não se enquadram no conceito de comunicação telefônica, informática ou telemática.

Assim, a interceptação ambiental é uma ferramenta que pode trazer muito sucesso para as investigações envolvendo organizações criminosas, especialmente para descobrir crimes praticados ou planejados em ambientes privados.

8. Obtenção de dados cadastrais

O direito de acesso aos dados cadastrais telefônicos está previsto na nova lei de organizações criminosas, mais precisamente no artigo 15, por extenso:

Art. 15. O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito. [40]

Sendo assim, percebe-se que não obedecem aos mesmos requisitos de admissibilidade para a concessão da interceptação telefônica. Nesse sentido, fica claro com esse artigo a desnecessidade da autorização judicial, pois “os dados cadastrais referentes à qualificação pessoal (nome completo, RG, profissão, nacionalidade, estado civil), à filiação e ao

endereço não constituem meios de prova contra o indivíduo, mas sua identificação.” [\[41\]](#)

Assim, observa-se quanto ao acesso a dados cadastrais, a polícia e o Ministério Público, quando em investigação, obtiveram mais liberdade ao investigar criminosos, já que antes da Lei n. 12.850/13 era necessária ordem judicial, o que poderia atrasar e embaraçar as investigações.

Conclusão

A interceptação da comunicação telefônica é um importante método de investigação, não só no Brasil, como em vários outros países do mundo. Para enfrentar a criminalidade organizada é considerada um meio investigativo inigualável, capaz de mapear a sua existência e traçar os seus contornos.

Verifica-se hodiernamente que diversas organizações criminosas têm sido combatidas utilizando essa ferramenta. Diversos exemplos de sucesso podemos citar cuja ferramenta utilizada foi a interceptação telefônica, não deixando dúvidas da real eficácia que possui.

Portanto, embora o combate ao crime organizado seja tarefa árdua e complexa, é fundamental que o Estado forneça subsídios, inclusive legislativos, aptos e suficientes a aparelhagem os órgãos, instituições e poderes estatais incumbidos de, direta e indiretamente, velarem pela manutenção de segurança pública e pela efetivação da justiça.

Referências

ANDREUSSI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ASSIS, Alexandre Camanho. **Encontro fortuito de provas em Interceptação Telefônica**. Disponível em: http://www.anpr.org.br/index.php?option=com_noticias&view=destaque&id=2172.> Acesso em: 16 set. 2014.

BRASIL. **Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 19 set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 152092, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 28 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 242.398/SC. Relator: Min. Og Fernandes. 11 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 43234/SP. Rel. Min Gilson Dipp. 03 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 66.368/PA. Rel. Min. Gilson Dipp. 05 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 827.940/SP. Rel. Min. Laurita Vaz. 20 de março de 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 626.214/MG. Relator: Min. Joaquim Barbosa. 08 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 80495/RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 14 de dezembro de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 83.515/RS. Relator: Min. Nelson Jobim. 16 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. RHC 88371/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa. 14 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 set. 2014.

CRUZ, Rogério Schietti M. **Breve Análise da Lei 9.296/96, enfoque jurídico, TRF 1ª Reg.**, n.1, ago, 1996.

CURY, Rogério. **Procedimento Investigatório e de Produção de provas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

DEZEM, Guilherme Madeira. Coordenadores: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. 3. ed. **Legislação penal especial**. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Interceptações telefônicas: aspectos processuais da nova lei**. Boletim IBCCrim, São Paulo, n. 45, ago. 1996.

GALLINA, Matheus do Valle. **Valor probatório da prova descoberta fortuitamente no processo penal**. p. 6.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Sílvio. **Interceptação Telefônica: comentários à Lei 9.296**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PARIZATTO, João R., **Comentários à Lei 9.296, de 24.07.96**. Leme: LED, 1996.

STRECK, Lenio Luiz., **A escuta telefônica e os direitos fundamentais: as necessárias cautelar, em enfoque jurídico, TRF 1ª Reg.** n. 1, ago. 1996.

NOTAS:

[1] MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 89.

[2] CRUZ, Rogério Schietti M. **Breve Análise da Lei 9.296/96, enfoque jurídico, TRF 1ª Reg.**, n.1, ago, 1996. p.6.

[3] PARIZATTO, João R., **Comentários à Lei 9.296, de 24.07.96**. Leme: LED, 1996. p. 21.

[4] STRECK, Lenio Luiz., **A escuta telefônica e os direitos fundamentais**: as necessárias cautelar, em enfoque jurídico, TRF 1ª Reg. n. 1, ago. 1996, p. 4.

[5] FERNANDES, Antônio Scarance. **Interceptações telefônicas**: aspectos processuais da nova lei. Boletim IBCCrim, São Paulo, n. 45, ago. 1996. p.15-16.

[6] Ibid., p. 15-16.

[7] GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação Telefônica**: comentários à Lei 9.296. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 97.

[8] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 242.398/SC. Relator: Min. Og Fernandes. 11 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 set. 2014.

[9] GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 358.

[10] FERNANDES, Antônio Scarance. **Interceptações telefônicas**: aspectos processuais da nova lei. Boletim IBCCrim, São Paulo, n. 45, ago. 1996. p.56.

[11] GRECO FILHO, op. cit. p. 358.

[12] GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação Telefônica**: comentários à Lei 9.296. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 107.

[13] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 83.515/RS. Relator: Min. Nelson Jobin. 16 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2014.

[14] GALLINA, Matheus do Valle. **Valor probatório da prova descoberta fortuitamente no processo penal.** p. 6.

[15] ASSIS, Alexandre Camanho. **Encontro fortuito de provas em Interceptação Telefônica.** Disponível em: <http://www.anpr.org.br/index.php?option=com_noticias&view=destaque&id=2172>. Acesso em: 16 set. 2014.

[16] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 626.214/MG. Relator: Min. Joaquim Barbosa. 08 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2014.

[17] GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação Telefônica:** comentários à Lei 9.296. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 112.

[18] ASSIS, op. cit.

[19] GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação Telefônica:** comentários à Lei 9.296. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 54.

[20] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 827.940/SP. Rel. Min. Laurita Vaz. 20 de março de 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2014.

[21] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 43234/SP. Rel. Min. Gilson Dipp. 03 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2014.

[22] GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação Telefônica:** comentários à Lei 9.296. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 55.

[23] GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 228.

[24] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 66.368/PA. Rel. Min. Gilson Dipp. 05 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 set. 2014.

[25] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 105488/SP. Rel. Min. Celso de Mello. 16 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 set. 2014.

[26] GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação Telefônica**: comentários à Lei 9.296. 2ª ed. Ver e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 164.

[27] Ibid., p. 164.

[28] QUEZADO, Paulo N. G.; CAVALCANTE, Clarisier A. **Das interceptações telefônicas para fins de instrução criminal – comentários à Lei 9.296/96**. São Paulo. p. 178.

[29] JESUS, Damásio Evangelista de. **Interceptação de comunicações telefônicas**: notas à Lei 9.296, de 24/07/1996. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 86, n. 735, 1997. p. 423.

[30] SILVA, Eduardo Araújo. **Crime organizado: procedimento probatório**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 93.

[31] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 28.794/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz. 13 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 set. 2014.

[32] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 152092, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 28 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 set. 2014.

[33] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 88371/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa. 14 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 set. 2014.

[34] DEZEM, Guilherme Madeira. Coordenadores: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. 3. ed. **Legislação penal especial**. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 156.

[35] ANDREUSSI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.62.

[36] BRASIL. **Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 19 set. 2014.

[37] CURY, Rogério. **Procedimento Investigatório e de Produção de provas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 283.

[38] MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.123.

[39] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 80495/RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 14 de dezembro de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 set. 2014.

[40] BRASIL. **Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 19 set. 2014.

[41] NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p 13.

A INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL NA PERSPECTIVA DO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA E EFETIVA

CAROLINA MATTOS GOES: Bacharel em direito pela Universidade Federal de Sergipe. Técnica do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

RESUMO: Por acautelar vasta gama de direitos fundamentais (tanto individuais como coletivos e, ainda, sociais) que se traduzem ora em regras, ora em princípios, a Constituição Federal de 1988 é conhecida como “Constituição Cidadã”. É certo, destarte, que, atualmente, mostra-se inviável a hermenêutica e a aplicação de qualquer norma, de qualquer ramo do Direito, que não esteja harmonia com a Lei Maior. Sob esse panorama, estreitam-se os laços entre o Direito Processual Civil e o Direito Constitucional, merecendo especial análise a norma da inafastabilidade do controle jurisdicional, no sentido de que, para atendimento do postulado constitucional, não se contenta o ordenamento com o mero acesso formal à justiça, sendo imprescindível, em verdade, que se promova o acesso à justiça efetiva.

Palavras-chave: Direito Constitucional, Direito Processual Civil; novo panorama; acesso à justiça; justiça efetiva.

ABSTRACT: The Federal Constitution of 1988 is known as the "Citizen Constitution" because it protects a wide range of fundamental rights (both individual and collective, and also social), which are translated into rules and principles. It is certain, therefore, that, at present, hermeneutics and the application of any norm of any branch of Law, which is not in harmony with the Major Law, is unfeasible. Under this scenario, the ties between Civil Procedural Law and Constitutional Law are narrowed, with special reference to the rule of inafasability of juridical control, in the sense that, in order to comply with the constitutional postulate, the ordering with mere access To justice, and it is essential, in fact, to promote access to effective justice.

Keywords: Constitutional Law; Civil Procedural Law; new context; access to justice; Effective justice.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL. CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA OU INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL. 1.1 DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL. 1.2 BASES HISTÓRICAS DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA. 1.3 O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA OU INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 1.4 INAFSTABILIDADE DA JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA E EFETIVA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, aborda-se a temática do Direito Constitucional Processual, em que se demonstra ser inescusável a convergência existente entre a dinâmica do processo e o regime constitucional em que ele se desenvolve. Assim, defende-se que todas as normas processuais devem ser aplicadas sob a exegese da Constituição Federal de 1988, de maneira que o processo deve estar adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais, e através de tais direitos estruturar-se.

Passa-se, então, à análise das bases históricas do princípio do acesso à justiça. Tal detalhamento visa a demonstrar que a inafastabilidade do controle jurisdicional consubstancia uma evolução histórica. Se, atualmente, o acesso indistinto ao Poder Judiciário é por todos proclamado, outrora tal direito traduzia-se, em verdade, em um privilégio, distante do cidadão comum.

Demonstra-se, destarte, que a sociedade moderna angariou modernos anseios, sendo imprescindível que o Estado assumisse papel apto a geri-los. Assim, inovações legislativas passaram a demonstrar a crucial função do Poder Judiciário como heterocompositor de litígios, ampliando-se, cada vez mais, a sua ingerência na vida dos cidadãos, sendo promovida, via de conseqüência, a facilitação do seu acesso. Todo o processo histórico, pormenorizadamente delineado, desaguou na promulgação da Constituição Federal de 1988, considerada um marco definitivo do acesso à justiça no Brasil. Demonstra-se, então, que a

inafastabilidade do controle jurisdicional não se concretiza com o acesso tão somente formal à justiça, mas com a efetiva prestação do Direito pelo Poder Judiciário.

1 O DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL. CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA OU INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

1.1 DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL

A Constituição Federal de 1988 é reconhecidamente acauteladora de vasta gama de direitos fundamentais, tanto individuais quanto coletivos - não é outra, pois, a razão de ser comumente denominada de *Constituição Cidadã*. Nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco, em obra em coautoria com Inocêncio Mártires Coelho e o Ministro Gilmar Mendes:

O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar normas asseguradoras dessas pretensões. Correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 265)

Os valores corporificados na CF/88 traduzem-se em normas que são ora regras, ora princípios. Em sendo regras, representam um fim em si mesmo, preceitos obrigatórios e inescusáveis. Em sendo princípios, norteiam não apenas a hermenêutica, mas a própria validade dos dispositivos legais, estruturais ao Direito brasileiro.

Muitas são as normas constitucionais que apontam para o Processo – mormente o Processo Civil, que é o objeto desta análise. Os mandamentos de otimização, na dicção de Robert Alexy, da *Lex Fundamentalis* traçam panoramas de observância obrigatória para o regular trâmite processual.

Isso porque, conforme pontuado por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, “é inegável o paralelo existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve”. Ainda:

Todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais. (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2006, p. 84)

Ora, ocorre que, no ordenamento vigente, tem-se por impossível realizar a hermenêutica e a aplicação de qualquer norma, de qualquer ramo do Direito, se não estiver ela em perfeita harmonia com a Lei Maior. Sob esse panorama, estreitam-se os laços entre o Direito Processual Civil e o Direito Constitucional, que se imiscuem.

Eis que, portanto, os princípios que norteiam o trâmite processual devem necessariamente ser aplicados sob a exegese da Constituição da República, ou porque são por ela instituídos ou porque devem ser por ela corroborados.

É no artigo 5º, inciso XXXV, que a Constituição coloca no ordenamento um princípio basilar do processo e, em maiores escalas, da democracia: o acesso à justiça, que se passa a analisar.

1.2 BASES HISTÓRICAS DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Para os estudiosos da ciência jurídica, o tema do acesso à justiça parece inesgotável. Se, em tempos atuais, ele aparece intimamente ligado a discussões relativas à sociedade moderna e ao papel que o Poder

Judiciário nela assume, é bem verdade que sua origem nas leis dos homens remonta a épocas mais longínquas.

Paulo Cezar Carneiro (2007, p. 3-61) disserta que, já no Código de Hamurabi, havia inquietação pela proteção dos fracos e oprimidos, sendo estes incentivados a buscar a justiça do soberano – em que pese o acesso, à época, ser ainda privilegiado e restrito àqueles que comungavam da mesma crença na figura do soberano.

Destarte, nas palavras de Márcio Carvalho Faria (2010, p. 372-373):

Foi somente, portanto, com a superação da figura do mito que, na Grécia Antiga, por notória influência de Aristóteles, começou-se a pensar em isonomia, em direitos iguais, em equidade na aplicação da lei aos cidadãos (o que, ainda, não significa à totalidade das pessoas, infelizmente). É daí, aliás, que surgem os primeiros passos para o que hoje se entende por teoria da justiça, sendo Atenas o berço da assistência judiciária gratuita, havendo, anualmente, a nomeação de 10 advogados para prestar assistência jurídica àqueles considerados carentes.

Tempos depois, o pensamento grego reverbera em Roma, onde se verificou um acelerado desenvolvimento do que hoje entendemos por jurisdição. Ali nasceram conceitos mui caros atualmente, como os do patrocínio em juízo e da necessidade da presença do advogado a permitir o equilíbrio das partes em litígio, e que posteriormente foram incorporadas ao Código de Justiniano.

É exatamente nesse momento que a autotutela perde força para a heterocomposição realizada pelo Estado (pretor), vez que a prestada pelo sacerdote já não mais atendia aos interesses dos cidadãos. Era o início da jurisdição.

Também ao período medieval, a evolução do “acesso à justiça” permanece e evolui, mais precisamente entre os séculos IV e V, até o início do pensamento moderno, com o Renascimento, nos séculos XV e XVI, sendo marcante a influência da religião e, principalmente, do cristianismo, chegando-se a falar em uma ordem jurídica pluralista, na qual conviviam o direito canônico, o direito comum temporal e os direitos próprios.

Eis que, em 1215, diante das desavenças crescentes entre os senhores feudais e o rei, João Sem Terra assinou a Magna Carta da Liberdade, e o princípio do acesso à justiça era esboçado. “A ninguém venderemos nem negaremos ou retardaremos o direito ou a justiça”, dizia.

A Revolução Francesa, a seu turno, trouxe ao mundo a ideia de liberdade burguesa, de abstenção estatal – colocando, por óbvio, o Poder Judiciário afastado da sociedade. Pregava-se o livre mercado, que, por si, regularia as relações dele decorrentes. O modo de solução de conflitos acompanhava o pensamento marcadamente individualista, caracterizador da época, e o acesso à justiça era um direito meramente formal de o cidadão propor uma ação, ou nela se defender.

Elucida Luiz Guilherme Marinoni (2009, p. 184) que, na época dos Estados liberais burgueses, o direito de ação era entendido apenas como o direito formal de propô-la. E explica: “bastava se proclamar o direito de ir a juízo, pouco importando se o titular do direito material lesado pudesse realmente usufruir do direito de ação.”

Sobre o tema, bem afirmaram Mauro Cappelletti e Bryant Garth, traduzidos por Ellen Gracie Northfleet: “a justiça, como outros bens no sistema do 'laissezfaire', só podia ser obtida por aqueles que pudessem arcar com seus custos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 04).

Consabe-se, o absenteísmo completo do Estado não poderia durar. Com o surgimento de novos problemas sociais, os cidadãos clamam por novos direitos. Interesses outrora individuais tomam caráter de coletivos. Entra em cena, pois, o que hoje conhecemos por direitos de

segunda dimensão, ou geração: os direitos sociais, afetos a questões diretamente ligadas à necessidade de um Estado comedidamente protetor, que assegure direitos básicos aos trabalhadores e à população em geral. Nesse cenário, o Poder Judiciário ganha, dali e adiante, novamente, força. Explica Márcio Carvalho Faria (2010, p. 374):

É nesse contexto que se insere uma nova prática de prestação jurisdicional, a qual culminou na estabilização do Estado Democrático de Direito, com a superação do modelo liberal e que inspirou – e incentiva – a função criadora dos juízes, que devem, na aplicação da lei ao caso concreto, perquirir “os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, conforme expressa redação do artigo 5º da LICC (Decreto-lei 4657/42). Nesse diapasão, o Judiciário se fortalece, aparecendo com destaque na busca da realização dos direitos, sobretudo dos sociais. Tal “novidade” não passa despercebida pela população que, amparada por iniciativas relevantíssimas como a desenvolvida, na Europa, pelo professor Mauro Cappelletti, passa a ter uma demanda muito grande por justiça. De outro lado, são desenvolvidos mecanismos de facilitação de acesso ao judiciário, como os Small Claim Courts e o início da class action, ambos nos EUA, sendo que, nos anos setenta, com o desenvolvimento de vários escritórios de advocacia (Public interest law firms) vários programas de apoio aos cidadãos são criados visando à defesa de direitos difusos (notadamente o ambiental e o do consumidor), além de um enorme incentivo aos meios alternativos de resolução de conflitos (ADR's). Esses progressos estadunidenses são acompanhados, de certo modo, mutatis mutandis, na Europa, com a lei francesa Royer de 1973, destinada à proteção do consumidor, e a criação, na Itália, das Pretorias (Pretture) e os Conciliadores

(Conciliattori), ambos exercendo papel semelhante aos juizados.

Reconhecendo-se a função do Judiciário - não apenas para solução dos conflitos modernos, como também para a tutela de direitos dos cidadãos nesse contexto, amplia-se a sua abrangência e buscam-se meios para a facilitação do seu acesso. A Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/65), a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e a Lei de Assistência Judiciária Gratuita (Lei n. 1.060/50) são apenas alguns exemplos dessa evolução histórica. “Até que, em 1988, é promulgada a 'Constituição Cidadã', marco definitivo do acesso à justiça no Brasil”, consoante lição de Márcio Carvalho Faria (2010, p. 376).

É esse, exatamente, o atual cenário em que se encontra o Poder Judiciário e a população que dele necessita. Consoante suprarreferido, o Judiciário, outrora afastado da sociedade, e de acesso restrito a detentores de privilégios, é, hoje, um verdadeiro mecanismo popular de garantia dos direitos assegurados pelo ordenamento vigente.

Verse a matéria sobre direitos individuais, coletivos ou difusos, seja o assunto pertinente à esfera civil ou penal, a procura por justiça bate às portas dos fóruns e tribunais do País de maneira crescente.

1.3 O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA OU INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Consoante delineado, o direito do acesso à justiça, ou princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, foi uma conquista social e histórica. No Brasil, o princípio da ubiquidade da justiça (nas palavras de Pontes de Miranda) é expressamente adotado desde a Constituição Federal de 1946.

Hoje, a Lei Maior de 1988 trata desse direito fundamental, estatuinto, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

É importante ressaltar que, a partir de 1988, os direitos violados e passíveis de tutela jurisdicional podem ser de caráter tanto individual quanto coletivo. Como bem pontuado por Pedro Lenza:

O art. 5º, XXXV, da CF/88 veio sedimentar o entendimento amplo do termo 'direito', dizendo que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, não mais restringindo a sua amplitude como faziam as Constituições anteriores, ao 'direito individual' (vide arts. 141, § 4º, da CF/46; 150, § 4º, da Constituição de 1967; 153, § 4º, da EC n. 1/69; 153, § 4º, na redação determinada pela EC n. 7/77). A partir de 1998, passa a se assegurar, de forma expressa e categórica, em nível constitucional, a proteção de direitos, sejam eles privados, públicos ou transindividuais (difusos, coletivos ou individuais homogêneos). (LENZA, 2013, p. 1074-1075)

Frise-se, ainda, que o ordenamento vigente, como se depreende, assevera o direito de acesso ao Poder Judiciário tanto de maneira preventiva quanto repressiva. É assim que, no dizer de Nelson Nery Júnior, “todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito” (NERY JÚNIOR, 2000, p. 96).

Outrossim, oportuno considerar a distinção entre a inafastabilidade do controle jurisdicional e o direito de petição (previsto no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea a, da CF/88), que não se confundem. Com relação ao último, é “este um direito de participação política, não sendo necessário demonstrar qualquer interesse processual ou lesão a direito pessoal” (LENZA, 2013, p. 1075).

Ademais, sobre esse princípio constitucional, sempre elucidativas as palavras de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco:

Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma

pretensão deixou de ser satisfeita por quem poderia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que *faça justiça* a ambos os participantes do conflito e do processo. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em acesso à *ordem jurídica justa*. (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2006, p. 84)

Destarte, “pode-se dizer, pois, sem exagerar, que a nova Constituição representa o que de mais moderno existe na tendência à diminuição da distância entre o povo e a justiça.” (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2006, p. 88)

As considerações postas deixam evidente que o acesso à justiça é um direito fundamental, alçado a patamar constitucional, de todo e qualquer indivíduo que tenha um bem jurídico lesado ou ameaçado.

O fenômeno é, sem dúvidas, bastante positivo: aproximar o Poder Judiciário da população é uma exigência da verdadeira democracia. Todos, indistintamente, individual ou coletivamente, são sujeitos detentores de direito à prestação jurisdicional. Novas problemáticas, contudo, passaram a surgir, conforme será delineado a seguir.

1.4 A INAFSTABILIDADE DA JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA E EFETIVA

É extremamente importante elucidar, de logo, que a inafstabilidade do controle jurisdicional não se vê esgotada com o acesso do cidadão às instituições do Poder Judiciário. Nas palavras sempre aplaudidas de Kazuo Watanabe (1988, p. 128),

a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

Ocorre que, com a modernidade, o direito de ação passou a enfrentar novos questionamentos, para evitar que fosse ele comprometido por barreiras tanto sociais quanto econômicas. Ademais, os novos tempos elucidaram que os direitos que objetivavam o florescer de uma nova sociedade, encontrados nas Constituições modernas, apenas se tornariam concretos se o Estado prestasse a garantia de um verdadeiro acesso à justiça.

Ora, conforme elucidado por Marinoni (2008, p. 215), “a ação não se resume ao ato que invoca a jurisdição. Não é um ato solitário, como se o direito de ação pudesse ser restringido a um requerimento de tutela jurisdicional”.

E continua o emérito processualista:

Portanto, a norma constitucional que afirma que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV) significa, de uma só vez, que: i) o autor tem o direito de *afirmar* lesão ou ameaça a direito; ii) o autor tem o direito de ver essa afirmação apreciada pelo juiz quando presentes os requisitos chamados de condições da ação pelo art. 267, VI, do CPC; iii) o autor tem o direito de pedir a apreciação dessa afirmação, ainda que um desses requisitos esteja ausente; iv) a sentença que declara a ausência de uma condição da ação não nega que o direito de pedir a apreciação da afirmação de lesão ou de ameaça foi exercido ou que a ação foi proposta e se desenvolveu ou for exercitada; v) o autor tem o direito de *influir* sobre o convencimento do juízo mediante alegações, provas e, se for o caso, recurso; vi) o autor tem o direito à sentença e ao meio executivo capaz de dar plena efetividade à tutela jurisdicional por ela concedido; vii) o autor tem o direito à antecipação e à segurança da tutela jurisdicional; e viii) o autor tem o direito ao procedimento adequado à

situação de direito substancial carente de proteção.
(MARINONI, 2008, p. 221)

Esse conjunto de direitos demonstra, pois, que a inafastabilidade do controle jurisdicional não se resume ao direito à postulação em juízo, ou, tampouco, ao julgamento de mérito da ação.

Assim, ao dispositivo constitucional não basta que as partes tenham acesso formal à justiça. Mais do que isso, é necessário que o controle jurisdicional se mostre efetivo à conservação ou reparação do bem que se pleiteia. A efetividade que se defende é alcançada com um conjunto de direitos e garantias intimamente ligadas ao regular trâmite processual, em todos os graus de jurisdição.

Nesse panorama incluem-se a assistência judiciária gratuita e princípios como a duração razoável do processo, o duplo grau de jurisdição e a segurança jurídica. Apenas se tomado o processo numa visão axiológica é que a ordem jurídica justa pode ser alcançada, considerando-se o Direito, pois, um conjunto de valores caros ao ordenamento.

CONCLUSÃO

De tudo se conclui que o Direito Processual Constitucional impõe a interpretação do Direito Processual Civil à luz das normas constitucionais. Nesse sentido, a inafastabilidade do controle jurisdicional, princípio que resulta de longo processo histórico, ganha seu marco definitivo com a Constituição Cidadã, e deve ser interpretado no sentido de lhe ser inerente, muito além da garantia do acesso formal à justiça, a prestação efetiva do Direito aos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05/12/2014, 10:15:25.

_____. **Lei no 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10/05/2016, 13:25:46.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 3-61.

FARIA, Márcio Carvalho. **O acesso à justiça e a jurisprudência defensiva dos tribunais superiores.** Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, v. 16. Belo Horizonte: IAMG, 2010, p. 371-388.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 6. Ed. São Paulo: RT, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil v. 1.** 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e sociedade Moderna.** Participação e processo. São Paulo, Ed. RT, 1988.

CONCUBINATO E O DEVER DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA: INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA OU GRAMATICAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO?

BRUNO FREITAS BEZERRA: Faculdades Integradas Barros Melo (AESO). Advogado. Pós graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damas.

RESUMO: O presente trabalho visa abordar a relação do concubinato, mais especificamente no que tange ao dever (ou não) de prestação alimentícia neste tipo de relação jurídica. Far-se-á tal análise levando em consideração dois sistemas de interpretação das normas jurídicas, quais sejam, o gramatical e o sistemático, para utilizando-os como pano de fundo demonstrar como o sistema jurídico e a jurisprudência vem tratando do tema proposto. Iniciaremos tratando do concubinato como entidade de fato e jurídica, em seguida analisar o instituto da prestação alimentícia, passando posteriormente a expor as duas formas de interpretação do sistema jurídico, para ao final demonstrar como cada um dos sistemas interpretativos trata o concubinato e o dever específico de prestação alimentícia.

PALAVRAS-CHAVE: Concubinato. Prestação alimentícia. Interpretação do Sistema Jurídico.

ABSTRACT: The present study will address the relationship of concubinage, more specifically regarding the duty (or not) of providing food in this type of legal relationship. Make such an analysis will be carried out taking into account two systems of interpretation of legal norms, that is, grammatical and systematic, to use as a background to demonstrate how the legal system and jurisprudence has dealt with the proposed theme. We will start by treating concubinage as a legal and the facto entity, then analyzing the food service institute, and then exposing the two forms of interpretation of the legal system, in order to demonstrate how each of the interpretive systems treats concubinage and the specific duty Provision.

KEYWORDS: Concubinage. Provision food. Interpretation of the Legal System.

1. DO CONCUBINATO

A etimologia da palavra, que vem do latim *concupinatus*, decorre da junção de *concus*(coito ou cópula carnal) e *binatus*(com alguém). Já para o dicionário o termo em sua acepção jurídica vem assim descrito:

“Condição do casal que vive junto em união estável, mas que não tem seu relacionamento reconhecido legalmente; estado da relação cujas pessoas envolvidas não estão casadas (uma com a outra).”

No mesmo dicionário diz-se também:

“Diz-se também de uma união livre e estável.”

O nosso Código Civil de 2002 conceitua explicitamente o concubinato como:

“Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.”

O concubinato não é instituto recente na história da humanidade, muito pelo contrário, tem sua existência desde Egito, Grécia, Roma e outras civilizações antigas.

Porém, o modelo de tratamento jurídico emprestado ao tema é que diverge de acordo com o tempo e a sociedade em que era aplicado.

Em Roma, por exemplo, tratava-se de instituto reconhecido, porém não regulado pelo direito romano. Por isso mesmo era taxado como uma relação inferior, posto que não geravam direitos para a concubina nem mesmo aos filhos advindos desta relação.

Ainda em Roma, posteriormente a edição da *Lex Julia Adulteriis*, passou-se a prever o concubinato como instituto que gerava tanto direito quanto obrigações, galgando então *status* de instituto jurídico.

Igualmente a Roma, na Grécia o instituto também era tolerado, pois apesar da monogamia existente à época, aquele que tivesse condições econômicas de sustentar mais de uma mulher poderia fazê-lo. Essas novas “esposas” se denominavam concubinas e de forma nenhuma se equiparavam a primeira mulher com a qual o homem teria se casado.

Esses exemplos servem para perceber que apesar de renegado a um patamar inferior ao matrimônio, o concubinato já era um instituto de fato, entidade existente e tolerada pelas sociedades antigas.

Já no Brasil, pode-se dividir o concubinato em dois períodos: o primeiro deles anterior a Constituição de 1988 e o segundo posterior a promulgação da referida carta maior.

Anterior a Constituição de 1988 tudo que não se amoldava ao tradicional conceito de família vigente à época poderia ser chamado de concubinato. Essa situação fez com que se subdividisse o instituto em puro ou impuro. O concubinato puro era quando os conviventes se uniam por livre acordo e não tinham nenhum impedimento para tal, porém não casavam formalmente. Já o concubinato impuro era quando a união acontecia, porém um ou ambos os conviventes tinham impedimentos legais para contrair tal relação.

Após o advento da Constituição de 1988 no seu artigo 226, § 3º, o concubinato outrora denominado “puro” converteu-se no que conhecemos hoje por união estável, vejamos:

“Art. 226 (...)

(...)

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Já o concubinato impuro teve “conceito impróprio” regulado pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 1.727 transcrito alhures.

Percebe-se então que não se pode negar o fenômeno do concubinato. Primeiramente como entidade de fato, afinal nesse ponto ninguém discorda sobre sua existência desde as antigas sociedades. Posteriormente, e mais importante, pode-se perceber nítida tendência legal em regular tal instituto, sendo então impregnado de direitos e deveres inerentes a sua existência jurídica.

2. DA PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA

A prestação alimentícia deriva do postulado da dignidade da pessoa humana, princípio imanente do nosso ordenamento jurídico. Busca o instituto salvaguardar necessidades diversas de um indivíduo(a quem seja devido) por quem o presta(devedor).

É evidente que tal obrigação não é universal, nascendo sim de uma relação jurídica preexistente, como a de um pai em favor do filho, por exemplo. Interessante notar que o nosso ordenamento jurídico deixou de

conceituar o instituto, mas o regulou nos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil de 2002.

Porém, a doutrina cuidou do conceito, como se pode notar nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa, que diz:

“Assim, alimentos, na linguagem jurídica, possuem significado bem mais amplo do que o sentido comum, compreendendo, além da alimentação, também o que for necessário para moradia, vestuário, assistência médica e instrução. Os alimentos assim traduzem-se em prestações periódicas fornecidas a alguém para suprir essas necessidades e assegurar sua subsistência.”

Ou nos dizeres de Silvio Rodrigues:

“Alimentos, em direito, denomina-se a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender às necessidades da vida. A palavra alimentos tem conotação muito mais ampla do que na linguagem vulgar, em que significa o necessário para o sustento. Aqui trata-se não só do sustento, como também de vestuário, habitação, assistência médica, em caso de doença, enfim de todo o necessário para atender às necessidades da vida; e, em se tratando de criança, abrange o que for preciso para sua instrução.”

Passando adiante, além da necessária obrigação legal preexistente entre o alimentante é o alimentado, também vislumbra-se o não menos importante binômio necessidade/possibilidade, relação que se verifica entre as necessidades básicas para quem se destina, porém também a possibilidade financeira de quem presta a obrigação. Tudo isso não passou despercebido pelo legislador que no artigo 1.694, § 1º do Código Civil de 2002 assim constou:

“Art. 1.694 (...)

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.”

Quanto às espécies de alimentos temos as mais variadas classificações, podendo citar quanto a sua origem, natureza, momento processual da concessão, dentre outras.

Quanto à origem temos os **legítimos**, que de acordo com o artigo 1.694 do Código Civil são os decorrentes de casamento, união estável ou parentesco. Os **voluntários**, sendo aqueles que alguém por livre e espontânea vontade e sem necessidade legal concede a outrem. E por fim os **indenizatórios**, normalmente decorrente de responsabilidade civil do condenado.

Inovação trazida pelo novo Código Civil de 2002 quanto à natureza se subdividem em civis e naturais. Os **civis** são os alimentos que abrangem, além da manutenção básica do alimentando, como vestuário, moradia, alimentação e outros, incluem-se também outros componentes, como necessidades intelectuais, morais entre outras. Já os **naturais** são os que englobam somente as necessidades básicas do alimentando acima referidas.

Em relação ao momento processual temos os alimentos **provisórios** que são os concedidos pelo juiz liminarmente em sede de tutela antecipada no mesmo processo. Os **provisionais** são os requeridos por meio de medidas cautelares, preparatórias ou incidentais ao processo principal. E os **definitivos** são os decorrentes de sentença judicial transitada em julgado.

Então se verifica que tal instituto é de notória relevância, baseado na mútua cooperação familiar, princípio da dignidade da pessoa humana, dentre outros. Levando-se em consideração relações jurídicas preexistentes, pautando-se na necessidade do alimentado e na possibilidade material do alimentante para que as necessidades básicas daquele sejam supridas a contento.

3. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA OU GRAMATICAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO

A hermenêutica jurídica é de importância impar no ramo do Direito, posto que além da criação da norma, a sua interpretação é por demais relevante para que se consiga chegar ao verdadeiro sentido da norma.

Desde as antigas Escolas que buscaram ao longo do tempo sistematizar os métodos interpretativos da norma, como a Escola da

Exegese, a Histórica de Savigny, Finalista de Ihering até culminar com os sistemas da livre interpretação, todas contribuíram para chegarmos aos modelos utilizados hoje em dia pelos operadores do direito, sejam eles os criadores da norma ou interpretes.

A interpretação da norma pode ser primeiramente subdividida pelo agente que a interpreta, a natureza ou forma utilizada para a interpretação e por fim a extensão ou alcance a que se chega com a atividade interpretativa.

No que se refere ao agente que interpreta, subdividi-se em autêntica, judicial e doutrinária:

Autêntica: É realizada pelo próprio órgão que edita a norma. Realizada pelo legislador ou outro agente público responsável por inovar o ordenamento jurídico. Ocorre no momento em que se elabora o comando jurídico.

Judicial: Realizada pelos Tribunais e Magistrados no ato de julgar. Deve ser feita com cautela, pois não se pode inovar no ordenamento jurídico a partir deste tipo de interpretação.

Doutrinária: Realizada pelos mestres, professores, especialistas em direito, juristas. Encontradas normalmente em livros, trabalhos acadêmicos e outros do gênero.

Quanto à natureza da interpretação ela se subdivide em gramatical, teleológica, histórica e sistemática:

Gramatical: É aquela que tem como ponto de partida o exame do significado e alcance de cada uma das palavras do preceito legal, ou seja, o próprio significado das palavras. Esse tipo de interpretação leva em consideração o vernáculo, as palavras em seu sentido literal.

Teleológica: Leva em consideração os “fins a que se presta a Lei”. É feita numa avaliação da finalidade da norma, do que ela quer atingir, quais seriam seus fins.

Histórica: Realizada levando em conta o processo histórico que se encontrou a norma quando foi editada. Os momentos sociais, políticos, dentre outros. Os projetos de Lei, as discussões parlamentares em torno da norma, as emendas ao projeto de Lei, bem como exposição de motivos são formas de observar como o processo histórico se deu á época.

Sistemática: Procura extrair o conteúdo da norma jurídica por meio da análise sistemática do ordenamento jurídico. É verificado analisando todo o sistema normativo, para tentar compreender os motivos que se deram a edição de tal regra jurídica, porém tomando todo o ordenamento para essa compreensão (Constituição, Códigos, Leis Extravagantes e etc.).

Quanto a Extensão temos a forma declarativa, extensiva e restritiva:

Declarativa: Na interpretação realizada verifica-se que a diz exatamente o que o legislador pretendia. Portanto, a interpretação chega ao resultado igual ao contido na Lei.

Extensiva: O interprete amplia o sentido da norma, pois entende que o legislador disse menos do que queria quando da edição da Lei. Importante ressaltar que aqui não há criação ou inovação legal, pois o sentido ampliativo está contido na norma.

Restritiva: Ao contrário da extensiva, aqui há uma restrição do sentido pelo interprete, pois entende que o legislador ampliou em demasia a norma. O mesmo ponto acima mencionado aqui pode ser invocado, portanto não há modificação legal, pois a restrição encontra-se lícitamente permitida na própria norma.

Posteriormente aos conceitos é de suma importância destacar que nenhum método interpretativo é mais importante que outro, pois cada qual tem seu papel, atendo-se a um ponto em específico da norma. Mais ainda,

temos que a utilização de um dos sistemas não invalida o uso de outro, ao contrário, complementa, sendo na verdade importante utilizar vários dos sistemas para se chegar ao verdadeiro sentido e alcance da norma.

4. DEVER DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA NO CONCUBINATO A LUZ DOS SISTEMAS DE INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL E SISTEMÁTICO

Logo de início se faz importante destacar que a Jurisprudência não é uníssona quanto ao tema, por vezes entendendo ser de direito o pleito alimentício em favor da concubina e outras vezes o rechaçando por completo.

Para a análise do caso iremos tratar a negativa do direito à luz do sistema de interpretação gramatical da norma, e a possibilidade do direito sobre o prisma da interpretação sistemática.

Antes de adentrar no cerne da questão uma indagação: será que podemos afirmar que de fato o concubinato pode ser considerado uma sociedade que merece a proteção do direito?

A resposta para a pergunta é positiva, bastando verificar a súmula 380 do STF que assim se refere:

“Comprovada à existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

Além do mais, abonando a afirmativa do vínculo jurídico temos o fato do novo Código Civil conceituar o instituto, levando-nos a perceber que trata-se de entidade jurídica regulada no ordenamento.

Para espancar qualquer dúvida, passagens de nossa jurisprudência comprovando o vínculo:

TJ-DF - Apelação Cível : APL 186662120078070006
DF 0018666-21.2007.807.0006

“CONSTITUCIONAL. CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO C/ C PARTILHA DE BENS. RELACIONAMENTO AMOROSO. HOMEM CASADO. IMPEDIMENTO. CONCUBINATO IMPURO. CARACTERIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA MONOGAMIA. RECONHECIMENTO E

DISSOLUÇÃO. PARTILHA. POSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 380 DO STF. PASSIVO. INCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. INOVAÇÃO. PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA INCÓLUME.”

STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 229069 SP 1999/0080154-7

“Ementa: CONCUBINATO. SOCIEDADE DE FATO. DIREITO DAS OBRIGAÇÕES.

1. Segundo entendimento pretoriano, "a sociedade de fato entre concubinos é, para as conseqüências jurídicas que lhe decorram das relações obrigacionais, irrelevante o casamento de qualquer deles, sobretudo, porque a censurabilidade do adultério não pode justificar que se locuplete com o esforço alheio, exatamente aquele que o pratica."

Pois bem, como não mais resta dúvida quanto a relação jurídica advinda do concubinato, bem como a afirmativa pacífica que para ter direito a pleitear prestação alimentícia, além de outros requisitos, o alimentando deve comprovar que houve uma relação jurídica preexistente. Será que há direito da concubina requerer judicialmente tal instituto?

A luz da interpretação gramatical das normas jurídicas já expostas neste trabalho a resposta tende a ser negativa, se não vejamos:

Primeiramente a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, § 1º versa sobre o casamento, uma das formas de união afetiva entre pessoas, vejamos:

“Art. 226 (...)

§ 1º O casamento é civil e gratuito a celebração.”

No § 3º do mesmo artigo vemos a outra forma de união afetiva entre pessoas, a união estável:

“Art. 226 (...)

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Estas são as duas formas legítimas e tipificadas a luz da interpretação gramatical, afinal já se sabe que a jurisprudência considera o concubinato como sociedade de fato e não forma de união afetiva.

O modelo monogâmico não permite que o concubinato seja considerado lícito, sendo culturalmente rechaçado. Ainda mais, utilizando-se da interpretação gramatical não se pode abranger o concubinato como mais uma das formas lícitas de relacionamento, muito pelo contrário, pois o próprio Código Civil de 2002 em seu artigo 1.521 e incisos traz os impedimentos para contrair novo casamento ou mesmo viver em união estável, já que este último sim foi equiparado ao primeiro, vejamos:

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Aliado a tudo isso não custa lembrar que o mesmo Código se utiliza do seu artigo 1.727 para conceituar concubinato dizendo justamente que:

“as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no RE 397.762-8 corrobora o acima exposto, vejamos:

Então, em detrimento do casamento havido até a data da morte do servidor, veio o Estado, na dicção do Tribunal de Justiça da Bahia, a placitar, com consequências jurídicas, certa relação que, iniludivelmente, não pode ser considerada como merecedora da proteção do Estado, porque a conflitar, a mais não poder, com o direito posto.
(...)

Percebe-se que houve um envolvimento forte – de Valdemar do Amor Divino dos Santos e Joana da Paixão Luz-, projetado no tempo -37 anos-, dele surgindo prole numerosa – nove filhos- ,mas que não surte efeitos jurídicos ante a ilegalidade, ante o fato de haver sido mantido o casamento com quem Valdemar contraíra núpcias e tivera onze filhos.

Abandonem a tentação de implementar o que poderia ser tida como uma justiça salomônica, porquanto a segurança jurídica pressupõe o respeito às balizas legais, a obediência irrestrita às balizas constitucionais.(...)

O concubinato não se iguala à união estável referida no texto constitucional, no que esta acaba fazendo as vezes, em termos de consequências, do casamento. Gera, quando muito, a denominada sociedade de fato. (grifou-se)

Portanto, não é razoável conceber a luz da interpretação gramatical a possibilidade de arvorar o concubinato a uma forma de família, já que na interpretação deve-se respeitar as palavras em seu sentido literal, os comandos deônticos na sua ótica simplesmente textual. A essa conclusão se chega facilmente com o conjunto legal disponível sobre o tema, onde o concubinato resta alheio ao direito de prestação de alimentos em qualquer de suas formas ou casos.

Não se pode, utilizando-se a interpretação gramatical, querer erigir o concubinato a união estável, pois nosso ordenamento jurídico não se presta a fazê-lo, portanto, os direitos equiparados no caso de união estável não são extensíveis ao concubinato, colocando dentre eles a prestação alimentícia.

A contrário sensu, quando se baseia a possibilidade da concubina ter direito a prestação alimentícia na interpretação sistemática, ou seja, levando em consideração todo o sistema normativo na interpretação das normas, resta evidente tal possibilidade, vejamos:

Como fundamento inicial que possibilita o direito alimentício a concubina temos que é necessário uma nova ótica sobre as normas

civilistas, para com o auxílio da “interpretação conforme a constituição” e aliados aos postulados principiológicos da dignidade da pessoa humana fazer com que a deficiência na regulamentação ou mesmo ausência da mesma impulsionem os juristas a, fazendo uso da interpretação sistemática, expandam tal direito, que hoje ainda carece de regulamentação, como é o caso da prestação alimentícia nos casos de concubinato.

Sobre essa constitucionalização do direito civil, temos os lúcidos ensinamentos do professor Paulo Lôbo:

O conteúdo conceptual, a natureza, as finalidades dos institutos básicos do direito civil, nomeadamente a família, a propriedade e o contrato, não são mais os mesmos que vieram do individualismo jurídico e da ideologia liberal oitocentista, cujos traços marcantes persistem na legislação civil. (...)Quando a legislação civil for claramente incompatível com os princípios e regras constitucionais, deve ser considerada revogada, se anterior à Constituição, ou inconstitucional, se posterior à ela. Quando for possível o aproveitamento, observar-se-á a interpretação conforme a Constituição. Em nenhuma hipótese, deverá ser adotada a disfarçada resistência conservadora, na conduta freqüente de se ler a Constituição a partir do Código Civil.^[1]

Mais ainda, dentro de uma moderna valoração do Direito já se percebe que a própria legalidade vem se aproximando da pluralidade no conceito de família. Percebe-se a aceitação da família monoparental, dos casais homoafetivos e demais possibilidades de conceituar-se família. Mais ainda a união estável concedida como instituto autônomo, versado inclusive na Constituição Federal de 1988, e com todos os direitos garantidos como se casamento o fosse também é um alerta para essa sistematização globalizada do que se pode considerar família.

Ademais, podemos aceitar o artigo 226 da nossa Carta Magna como meramente exemplificativo, devendo o interprete fazer uma

ampliação dentro do sistema para abarcar a entidade do concubinato e seus direitos inerentes.

A jurisprudência também tem reconhecido a prestação de alimentos decorrentes de concubinato, como se verifica no Enunciado 265 da III Jornada de Direito Civil que versa:

“Art. 1.708: Na hipótese de concubinato, haverá necessidade de demonstração da assistência material prestada pelo concubino a quem o credor de alimentos se uniu”^[2].

Além do mais julgados também vem retratando o avanço pretendido

“Temos um problema para resolver. É a situação social da ex-concubina, que, após muitos anos de concubinato, durante o qual não foi amealhado nenhum bem, encontra-se invencivelmente impossibilitada de prover ao seu sustento (...).Qual a solução mais viável?A mais viável seria reconhecer à ex-concubina o direito a alimentos. Admite-o nosso ordenamento jurídico? Parece-me que sim, à luz das rationes iuris da previsão do direito a alimentos. Ou seja, podemos reconhecê-lo dentro do sistema jurídico (...), a partir dos princípios que informam a disciplina legal dos alimentos. A ex-concubina encontra-se em situação fático-jurídica idêntica à de outros credores de alimentos.(...) O sistema jurídico, portanto, prevê uma obrigação de socorro à vida por parte de quem mantém relações de proximidade com a pessoa necessitada, com o credor de alimentos. É possível enxergar uma analogia entre essas situações jurídico-objetivas e a do concubinato? Parece-me fora de dúvida (...).Ora, sob a luz desse princípio da solidariedade e da experiência humana normada, suponho que se deva predicar à relação do concubinato o mesmo tratamento jurídico, agora no campo de alimentos, porque a relação afetiva, a relação de proximidade, que existe, ou existiu, entre os concubinos, é igual – e, às vezes, até mais autêntica – à que une marido e

mulher.(...) Tais considerações é que me autorizam a submeter-lhes à reflexão esta ideia de que, em princípio, porque se aplicam ao concubinato as regras de Direito de Família, não apenas as de Direito matrimonial, a concubina e o concubino podem ter, em certas circunstâncias, direito a alimentos (...).^[3]

APELACAO CÍVEL. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE CONCUBINATO IMPURO. PARTILHA DE BENS. AUSENCIA DE PROVA DE CONTRIBUIÇÃO PARA AQUISIÇÃO DO PATRIMÔNIO. ALIMENTOS. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DA CONCUBINA DEMONSTRADA. INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. IMPOSSIBILIDADE. Mesmo na relação de concubinato (Art. 1727 CC), faz jus à alimentos a mulher que, por mais de quarenta anos, foi sustentada pelo homem, tendo abdicado de sua profissão em razão do relacionamento. No concubinato ocorrem os efeitos patrimoniais de uma sociedade de fato, sendo imprescindível, para que haja partilha, a prova do esforço comum na aquisição do patrimônio . Em uma relação afetiva não há como se vislumbrar um caráter econômico, mensurando-se monetariamente os cuidados e dedicação que um destina ao outro, equiparando-os a ‘serviços prestados’. Não se trata de ‘serviços’, mas de troca de afeto, amor, dedicação, companheirismo. RECURSO DO RÉU IMPROVIDO. UNÂNIME. RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO, POR MAIORIA.” (Apelação Cível Nº 70026301937, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 16/10/2008).

Portanto, utilizando o modelo interpretativo sistemático podemos vislumbrar a total possibilidade da prestação alimentícia no concubinato, pois o direito hodierno não se contenta com o positivismo, devendo o ativismo judicial dar lugar as imprecisões legais ou mesmo lacunas encontradas em nosso ordenamento.

1. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como finalidade demonstrar se o instituto do concubinato tem ou não direito a prestação alimentícia.

A forma de abordagem teve como pano de fundo dois sistemas interpretativos das normas, quais sejam, o gramatical e o sistemático.

A escolha desses dois sistemas se baseou justamente na carência de normatização do tema abordado, o que leva a uma negativa de acolhimento do direito segundo o sistema gramatical, afinal o mesmo leva em consideração apenas a literalidade das palavras, sendo a falta delas o indeferimento implícito do direito requerido.

Bem como o modelo sistemático serviu para demonstrar a evolução jurisprudencial que vem se sedimentando no que tange ao acatamento do direito de prestação alimentícia ao concubinato, justamente por uma interpretação total do sistema jurídico brasileiro, o que de fato faz com que o concubinato saia da “marginalidade legal” para uma caracterização de entidade familiar.

Por fim, verificou-se justamente a polarização do entendimento judicial frente ao tema proposto a depender de qual sistema de interpretação se baseiam os julgadores para pacificarem a lide, sendo gramaticalmente negado, porém sistematicamente aceito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: direito de família. v 6. 28 ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali, de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406/10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito: Direito de Família. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007. (Coleção direito civil; v. 6).

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do concubinato ao casamento de fato*. 2. ed. Belém: CEJUP, 1987.

Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. BRASIL.

BRASILEIRO, Código Civil (2002). Código Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2002.

<https://www.dicio.com.br/concubinato/>

Notas:

[1] Disponível

em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>

[2] Disponível

em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/jornada/article/viewFile/2619/2696>

[3] **STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO : RE 393944 SP. Disponível em:** <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18276775/recurso-extraordinario-re-393944-sp-stf>

DIREITOS GARANTIDOS AOS ESTADOS DE GÊNERO

LIDIANE CRISTINA SANTOS MIRO:

Acadêmica do Curso de Direito na Universidade Brasil, Fernandópolis- São Paulo.

Prof^o Mestre **RODRIGO FRESCHI BERTOLO**
(Orientador)

RESUMO: O presente artigo apresentará a possibilidade dos estados de gêneros de alterar seus nomes ao realizar a cirurgia para a mudança de sexo. Todavia, o cônjuge que se casar enganado por não saber da mudança de sexo cairá em erro essencial e seu casamento poderá ser anulado. A Lei 12.783/2013 determina o Direito aos estados de gênero de obter licença por 120 dias, com o auxílio do salário-maternidade ao adotar uma criança ou adolescente. Na Constituição de 1988 prevalece o Direito de igualdade, bem como, a dignidade da pessoa humana e suas garantias para conseguir conviver de forma digna.

Palavras-chaves: Estados de gênero, Lei 12.783/2013, igualdade.

ABSTRACT: The present article will present the possibility of the states of genera to change their names when performing the surgery for the change of sex. However, the spouse who marry cheated by not knowing the sex change will fall in error Essential and your marriage can be annulled. The law 12.783/2013 determines The right to the states of genera to obtain license for 120 days, with the Help from motherhoodwage to adopt a child or teenager. In the Constitution of 1988 prevails The right to equality, as well as, thedignity of the human person and your warranties to get to live in dignity.

Keywords: The states of genera, Law 12.783/2013, equality.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DIREITO AO NOME. 2. CASAMENTO POR ERRO ESSENCIAL. 3. SALÁRIO- MATERNIDADE. 4. DIREITO DE IGUALDADE. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A evolução da sociedade é imparável, os indivíduos se moldam e criam inúmeras novas relações e cabe ao Direito regulamentar e acolher todas estas mudanças. O objetivo do presente artigo é expor as novas relações decorrentes dos estados de gêneros e as dificuldades

enfrentadas por esse grupo de pessoas que tem seus direitos básicos como o direito ao nome, casamento por erro essencial, salário-maternidade cerceados por não ter o devido amparo legal.

Atualmente ocorrem distintas discussões a respeito do tema, sobre abonar ou não o direito a estas pessoas, devido a grande polemica e discriminação na aceitação desses apurados. Todavia, são garantidos os direitos fundamentais a todos os indivíduos independentes de suas condições pessoais, uma vez que, na constância da Constituição de 1988 prevalecem suas garantias significantes a liberdade e igualdade.

O trabalho foi desenvolvido através de pesquisas bibliográficas, artigos científicos, Leis, Projetos de Leis e jurisprudências, sendo juntados apontamentos referentes a direitos garantidos aos estados de gênero. Visto que, a divulgação sobre o tema é mais que necessária, as pessoas precisam ser informadas a respeito de seus Direitos, pois vão exercer a cidadania de se manter atualizados de seus deveres e de sua dignidade humana para usufruir de uma vida digna sem discriminações.

1. DIREITO AO NOME

O direito ao nome é um dos direitos da personalidade do ser humano, tanto que a lei vem expressamente demonstrando no artigo 16 do Código Civil/2002, que: "Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome". Ademais, essa personalidade é para preservar a integridade do cidadão, não podendo sofrer limitações em seu exercício e sendo intransmissíveis e irrenunciáveis. Para que terceiros utilizem nome e imagem de uma pessoa necessária se faz a autorização desta, pois a não autorização implicará em violação de direito, podendo desencadear danos morais e materiais.

O Conselho Federal de Medicina em sua resolução nº 1.955/2010 vem expressamente demonstrando que está autorizada no Brasil a realização de cirurgias de identidade de gênero para mudanças de sexo, como se observa nos dispositivos a seguir:

Art. 1º Autorizar a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais

secundários como tratamento dos casos de transexualismo.

Art. 2º Autorizar, ainda a título experimental, a realização de cirurgia do tipo neofaloplastia.

Assim, com a mudança de sexo ocorrerá a mudança de nome por meio da alteração do registro civil, mas para isso o interessado deve pleitear a alteração perante a justiça. Há um projeto de Lei de nº 5.002/2013 em votação para os estados de gêneros não precisarem pleitear essa mudança de nome na justiça. Contudo, nossos tribunais já estão julgando algumas dessas mudanças. Vejam seguir:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSGÊNERO. MUDANÇA DE NOME E DE SEXO. POSSIBILIDADE, INDEPENDENTEMENTE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. CONSTATADA E PROVADA A CONDIÇÃO DE TRANSGÊNERO DA AUTORA, É DISPENSÁVEL A CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO PARA EFEITOS DE ALTERAÇÃO DE SEU NOME E DESIGNATIVO DE GÊNERO NO SEU REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. A CONDIÇÃO DE TRANSGÊNERO, POR SI SÓ, JÁ EVIDENCIA QUE A PESSOA NÃO SE ENQUADRA NO GÊNERO DE NASCIMENTO, SENDO DE RIGOR QUE A SUA REAL CONDIÇÃO SEJA DESCRITA EM SEU REGISTRO CIVIL, TAL COMO ELA SE APRESENTA SOCIALMENTE. NEGARAM PROVIMENTO, POR MAIORIA. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70067669895, OITAVA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: RUI PORTANOVA, JULGADO EM 03/03/2016).

Esses Direitos dos estados de gêneros fazem parte do direito da personalidade, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana, o

qual a Constituição Federal/1988 introduz em seu artigo 1º, inciso III, estabelecendo que:

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:

III - a dignidade da pessoa humana;

No entanto, essas mudanças acontecem para gerar a todos que pleiteiam o direito de constituir uma entidade familiar com a personalidade que os definem. Assim, para Jorge Miranda e Rui de Medeiros:

“A dignidade humana é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível, insubsistente e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege”. (FLÁVIO TARTUCE, 2015, pág.919)

E mais, pelos direitos da personalidade do indivíduo fica claro para Flávio Tartuce que:

"Observa-se que os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo. O que se busca proteger com tais direitos são os atributos específicos da personalidade, sendo esta a qualidade do ente considerado pessoa. Em síntese, pode-se afirmar que os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade (art. 1.º, III, da CF/1988)". (FLÁVIO TARTUCE, 2015, pág. 93)

O direito da personalidade também pode ser comparado com os direitos inatos, pois faz parte da personalidade da pessoa ao nascer o direito ao nome. Com isso o Autor Cristiano Vieira Sobral Pinto traz que:

São direitos adquiridos com o surgimento da personalidade. Os direitos inatos da personalidade, diversamente dos demais, não necessitam de uma manifestação de vontade para firmar sua titularidade. De acordo com a teoria natalista, a partir do nascimento, automaticamente já se detém o direito subjetivo da personalidade, ou seja, já se possui direito ao nome, à honra, ao recato etc. Por isso, se diz que eles são inatos, já que os mesmos são inerentes ao próprio surgimento da personalidade, qualquer que seja o entendimento adotado (natalista ou concepcionista). (CRISTIANO VIEIRA SOBRAL PINTO, 2014, pág. 92)

Na mesma linha, o Enunciado da IV Jornada de Direito de Civil n° 274, Art. 11 preconiza esse direito ao nome, sendo direito da personalidade, estabelecendo a dignidade da pessoa humana em (Art. 1º, III, da CF) como a cláusula geral pelo Código Civil.

Portanto, está evidente a importância que o nome tem para o homem, pois essa é a forma que todos vão ser identificados, e quando a pessoa muda sua origem, passa a ser outra pessoa, como acontece com as identidades de gêneros ao mudar de sexo. É certo que o nome tem que ser alterado juntamente com a mudança, até porque não dá para chamar por nome de um homem quando o indivíduo está no corpo de uma mulher ou vice versa, visto que isso pode gerar constrangimento tanto para quem é chamado, quanto para quem está chamando.

2. CASAMENTO POR ERRO ESSENCIAL

O casamento é uma união entre duas pessoas, sendo um ato solene para constituir uma entidade familiar entre elas. Há alguns anos atrás, o casamento somente poderia ser celebrado entre homem e mulher, mas, conforme foram se passando os anos e os valores sociais foram se modificando, passou a ser aceito pelo ordenamento brasileiro a celebração de casamentos entre pessoas do mesmo sexo, com os mesmos direitos e deveres do casamento heterossexual. Outrossim, a Resolução n° 175 do

Conselho Nacional de Justiça de 2013, estabelece esse direito como sendo:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

E mais, o casamento celebrado entre as identidades de gêneros se realiza pela busca da felicidade como induz o Autor André Ramos:

Apesar de não expresso na Constituição de 1988, esse direito é extraído da previsão do art. 5º, § 2º (os direitos expressos não excluem outros decorrentes do regime, dos princípios e dos tratados de direitos humanos), bem como do princípio da dignidade humana (art. 1º, III) e da proibição de toda forma de discriminação (objetivo fundamental da República). Além disso, a orientação sexual advém da liberdade de cada um e faz parte das decisões abarcadas pela privacidade, não podendo o Estado abrigar preconceitos e punir com base nessa opção íntima, negando direitos que somente outra orientação sexual pode exercer. (ANDRÉ RAMOS, 2014, pág. 454)

Sobretudo, pode acontecer a inexistência do casamento, podendo ser nulo ou anulável o ato do casamento e uma das modalidades que pode acontecer a anulação do casamento se dará por erro essencial, ou seja, erro sobre a pessoa (*error in persona*) daquele que está se casando e pelo artigo 1.557 do Código Civil/2002, traz que:

Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;

A dissolução do casamento pelo erro sobre a pessoa ocorrerá quando o outro cônjuge casar-se enganado por não saber sobre a verdadeira identidade daquele com o qual estava se casando, sendo um exemplo fático disso os casamentos celebrados por homossexuais.

No âmbito do Direito Civil esse casamento será anulável e seus efeitos se tornarão ineficazes, pois esse casamento poderá tornar insuportável a vida do cônjuge enganado. Para pleitear a dissolução do casamento, somente o cônjuge que incidiu em erro, ou sofreu coação, pode demandar a anulação do casamento (ART 1.559, do CC/02) e sua anulação será decadencial, a contar da celebração do casamento com o prazo de três anos (ART. 1560, inciso III, do CC/02).

Além dos efeitos na esfera cível da anulação do casamento, poderá também ocorrer Ação Penal e pelo Artigo 236 do Código Penal/1940 estabelece que:

Art. 236 - Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único - A ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.

Essa Ação Penal será personalíssima, ou seja, somente o cônjuge enganado é quem poderá apresentar a queixa-crime, nessa linha o Autor Cleber Mosson tipifica que:

Nessa modalidade de ação penal, a lei confere exclusivamente ao ofendido a titularidade do direito

de queixa, intransmissível mesmo na hipótese do seu falecimento. Também não é possível a nomeação de curador especial ao incapaz, nem o oferecimento de queixa-crime pelo seu representante legal.(CLEBER MOSSON, 2015, pág. 933)

Logo, nossos tribunais já se posicionaram a esse respeito, como se pode verificar na ementa a seguir:

Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CASAMENTO. ANULAÇÃO. ERRO ESSENCIAL SOBRE A PESSOA DO OUTRO CÔNJUGE (CC, ART. 1.557, I E II). REQUISITOS. APREENSÃO. ILÍCITO PENAL. IMPUTAÇÃO AO VARÃO. FATOS ANTECEDENTES AO ENLACE. VIDA SOCIAL IRREPREENSÍVEL. DISSIMILAÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE. ATOS CLANDESTINOS. CONHECIMENTO. FATO GRAVE. AFETAÇÃO DA HONORABILIDADE E BOA FAMA. VIDA EM COMUM. INSUORTABILIDADE. SENTENÇA. NULIDADE. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INTERPRETAÇÃO. MODULAÇÃO LEGAL. VIOLAÇÃO. AUSÊNCIA. 1.º PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ, CONQUANTO VIGORANTE NO PROCESSO CIVIL E REVESTIDO DE PRAGMATISMO, POIS DERIVADO DA CONSTATAÇÃO DE QUE O JUIZ QUE COLHERA A PROVA, TENDO MANTIDO CONTATO COM AS PARTES E AFERIDO PESSOALMENTE IMPRESSÕES QUE EXTRAPOLAM O CONSIGNADO NOS TERMOS PROCESSUAIS, RESTA PROVIDO DE ELEMENTOS APTOS A SUBSIDIAREM A ELUCIDAÇÃO DA LIDE, DEVE SER INTERPRETADO DE FORMA TEMPERADA E EM CONSONÂNCIA COM A DINÂMICA PROCEDIMENTAL, QUE É DESENVOLVIDA NO INTERESSE DAS PARTES E SOB MÉTODO

REVESTIDO DE RACIONALIDADE E LOGICIDADE. 2.O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ, DE ACORDO COM O DISPOSITIVO QUE O IMPRECARA NO SISTEMA PROCESSUAL, É MODULADO DE CONFORMIDADE COM A PREMISA DE QUE A VINCULAÇÃO SOMENTE PERDURA EM PERMANECENDO O JUIZ QUE PRESIDIRA A AUDIÊNCIA, COLETARA PROVAS E ENCERRARA A INSTRUÇÃO EM EXERCÍCIO NO JUÍZO NO QUAL TRANSITA A AÇÃO, RESULTANDO QUE, EM HAVENDO SEU AFASTAMENTO DAS ATIVIDADES JURISDICIONAIS OU DO JUÍZO NO QUAL TRANSITA A LIDE, POR QUALQUER MOTIVO, A VINCULAÇÃO CESSA, POIS O PROCESSO, ACIMA DE TUDO, É CONDUZIDO DE FORMA IMPESSOAL E NO INTERESSE DAS PARTES, NÃO DO ÓRGÃO JUDICIAL (CPC, ART. 132). 3.A ANULAÇÃO DO CASAMENTO SOB O PRISMA DA SUBSISTÊNCIA DE ERRO ESSENCIAL SOBRE A PESSOA DO OUTRO CÔNJUGE EXIGE O CUMPRIMENTO DE TRÊS REQUISITOS CUMULATIVAMENTE: (I) A ANTERIORIDADE AO CASAMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA IGNORADA PELO CÔNJUGE, (II) A DESCOBERTA DO ERRO POSTERIORMENTE AO CASAMENTO, E (III) A IGNORÂNCIA DE CRIME OU DE RELEVANTE ERRO QUANTO À IDENTIDADE, A HONRA E BOA FAMA DO OUTRO CÔNJUGE, QUE TORNE A VIDA EM COMUM INSUPORTÁVEL, CONDUZINDO A SATISFAÇÃO DESSES PRESSUPOSTOS À INVALIDAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO TRADUZIDO NO ENLACE MATRIMONIAL (CC, ART. 1.557, I E II). 4.APREENDIDO QUE, NO MOMENTO DO ENLACE, O VARÃO DESCORTINAVA CONDUTAS SOCIAL E PROFISSIONAL IRREPREENSÍVEIS,

APARENTANDO SE TRATAR DE JOVEM PROMISSOR POR EXERCER E TER EXERCITADO RELEVANTES FUNÇÕES PÚBLICAS DECORRENTES DOS CARGOS EM COMISSÃO QUE OCUPARA, INDUZINDO À ESPOSA ESSA EXPECTATIVA, E QUE, PASSADOS POUCOS MESES DO ENLACE, VIERA A CONSORTE SER DESPERTADA PARA REALIDADE COM O COMUNICADO DA PRISÃO EM FLAGRANTE DO MARIDO SOB A ACUSAÇÃO DE ESTAR ENREDADO NA PRÁTICA DE FATO ILÍCITO TRADUZIDO NA TRAFICÂNCIA DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES, OS FATOS INDUZEM À O INVALIDAÇÃO DO CASAMENTO SOB O PRISMA DA SUBSISTÊNCIA DE ERRO ESSENCIAL SOBRE A PESSOA DO MARIDO. 5. APURADO QUE, ALIADO AO FATO DE QUE DESCONHECIA A VIDA CLANDESTINA DO MARIDO, OS FATOS QUE SE DESCORTINARAM, DENUNCIANDO SUA PERSONALIDADE E QUE ESTAVA ENVOLVIDO EM ATIVIDADES ILÍCITAS CUJA GÊNESE ERA ANTECEDENTE AO CASAMENTO, ENSEJAM A QUALIFICAÇÃO DE QUE O ENLACE DERIVARA DE ERRO ESSENCIAL DA ESPOSA SOBRE A PESSOA DO CONSORTE E QUE OS FATOS EM QUE SE ENVOLVERA ELE, ALÉM DE AFETAREM A HONORABILIDADE E DIGNIDADE DO CASAL, TORNARAM A VIDA EM COMUM INSUSTENTÁVEL, POIS DESTRUÍRA QUALQUER CONFIANÇA QUE A ESPOSA PODERIA DISPENSAR AO CONSORTE, ENSEJANDO, ENTÃO, A INVALIDAÇÃO DO CASAMENTO NA FORMA AUTORIZADA PELO LEGISLADOR CIVIL. 6. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. UNÂNIME.

3. SALÁRIO- MATERNIDADE

Com o passar dos anos, nossa Legislação vai se adaptando as mudanças das populações. Há alguns tempos atrás, somente as mães poderiam receber salário maternidade, aquelas cujo entrassem de licença maternidade por estar em uma gravidez biológica é que teriam esse Direito da previdência.

A sociedade sobrepôs a esse aspecto, passando a questionar porque aqueles que adotam não teria o mesmo direito. E mais, porque aqueles casais em estado de gênero que constituem uma família com a adoção não teriam o mesmo direito? Pois bem, foi então com essa influência do trabalho feminino, que o judiciário se manifestou a respeito de tal assunto, editando a Lei 10.421/02 estabelecendo o Direito ao benefício do salário maternidade à mães adotantes, sobrepondo alguns critérios como o da obtenção de guarda judicial e mais as diferenças das idades dos adotados para o tempo de afastamento pela previdência, como o benefício durar 120 dias para as crianças de até 1 ano de idade, 60 dias entre 1 a 4 anos de idade e 30 dias para as crianças de 4 a 8 anos de idade.

Embora fosse pouco satisfatória essa possibilidade da Lei 8.213/91, incluída pela Lei 10.421/2002, houve críticas em relação aos prazos estabelecidos pela idade da criança ou adolescente adotadas, uma vez que, pouco importa sua idade, a licença maternidade ou paternidade será de 120 dias.

Depois da alteração da Lei pelos prazos diferenciados, sobreveio uma nova redação dada pela Medida Provisória nº 619/2013 afastando esses prazos e prevalecendo somente os 120 dias para licença.

Contudo, mesmo acontecimento a alteração da Medida Provisória não foi suficiente essa nova redação, pois não propôs a relação do tempo e dos possíveis direitos dos estados de gênero. Portanto, foi editada a lei previdenciária e trabalhista nº 12.783/2013, que trouxe várias alterações a respeito do assunto e mais a posição do benefício salário maternidade nos casos de adoção, situando em seu artigo 74- A que:

Art. 71-A. Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido

salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias.

§ 1o O salário-maternidade de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social.

§ 2o Ressalvado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e o disposto no art. 71-B, não poderá ser concedido o benefício a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social.

Essa nova redação vem claramente proporcionando o Direito para os homens (segurados) ao recebimento do salário-maternidade do seu afastamento de 120 (cento e vinte) dias em caso de adoção obtido por guarda judicial e não somente para as mulheres. Deixou de fazer menção e distinção quanto a idade do adotado para o tempo de afastamento, possuindo agora só o prazo de 120 dias.

O benefício do salário-maternidade foi mais amplo em sua redação do Artigo 71-B, que já se sobrepôs ao cálculo do benefício do segurado desempregado, vejamos:

“Art. 71-B. No caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário-maternidade.

§ 1o O pagamento do benefício de que trata o caput deverá ser requerido até o último dia do prazo previsto para o término do salário-maternidade originário.

§ 2o O benefício de que trata o caput será pago diretamente pela Previdência Social durante o

período entre a data do óbito e o último dia do término do salário-maternidade originário e será calculado sobre:

I - a remuneração integral, para o empregado e trabalhador avulso;

II - o último salário-de-contribuição, para o empregado doméstico;

III - 1/12 (um doze avos) da soma dos 12 (doze) últimos salários de contribuição, apurados em um período não superior a 15 (quinze) meses, para o contribuinte individual, facultativo e desempregado; e

IV - o valor do salário mínimo, para o segurado especial.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao segurado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção.”

“Art. 71-C. A percepção do salário-maternidade, inclusive o previsto no art. 71-B, está condicionada ao afastamento do segurado do trabalho ou da atividade desempenhada, sob pena de suspensão do benefício.”

Assim sendo, para aqueles segurados que vivem em uma união conjugal ou estável e contribuem corretamente a Previdência, ao adotar uma criança um deles fará jus ao recebimento do salário-maternidade. Caso um dos cônjuges faleça dentro de tal período, o companheiro fará jus das mesmas garantias ao recebimento. Assim ficam claras as inovações da nova Lei e suas garantias quanto às classes de gênero.

4. DIREITO DE IGUALDADE

O Direito de igualdade que o artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988 estabelece, como sendo um alvo essencial para os estados de gêneros, uma vez que, na situação da mulher ou homem que

mudarem de nome, essa mudança acontecerá em um conjunto, pois psicologicamente e fisicamente vão ser tratados da forma que seu corpo e suas vestimentas demonstrarem, pois foi um processo longo para alcançar uma vida digna. Todavia, esses estados de gêneros que mudaram de nome e de sexo se hoje fossem pleitear na justiça o Direito de se aposentar no feitio que seu corpo demostre será que conseguiram? Essa situação, por exemplo, é da mulher que passa a ser homem e homem que passa a ser mulher.

A previdência brasileira estabelece que homens vão se aposentar com idade mínima de 60 anos, mulher com a idade mínima de 55 anos e para os estados de gênero que mudarem de sexo quando irão?

No Brasil não há casos ainda julgados sobre a esse respeito, mas na Inglaterra, aconteceu um caso de um cidadão chamado Christopher Timbrell, que mudou seu nome e seu sexo e passou a se chamar de Christine.

Então, Christine pleiteou na justiça Britânica o Direito de se aposentar com a idade de uma mulher que é a partir dos 60 anos, a idade mínima para as mulheres se aposentarem no local.

O juiz que julgou o caso concedeu o Direito a Christine de aposentar-se com a idade mínima de uma mulher, justificando que: "a incapacidade da lei de lidar com pessoas que mudam de sexo representa uma discriminação, e por isso o Estado não tem o direito de negar a Timbrell o pedido de aposentadoria aos 60 de idade".(Jus Brasil, Espaço Virtual).

Pois bem, pelas fundações dos direitos humanos fundar-se no princípio da igualdade, princípio da liberdade e princípio da dignidade da pessoa humana, essa concessão pese na busca da felicidade de cada indivíduo, pois trata-se de um direito da norma mais favorável a pessoa, onde sempre procura o reconhecimento do Estado de maneira positiva na relação de outorgar seus direitos juridicamente de suas pretensões inerentes a dignidade de cada ser humano.

Nada obstante, os direitos humanos pleiteiam os valores eficazes descritos nas Constituições e nos Tratados Internacionais, por isso sua importância é indispensável para a dignidade da pessoa humana, pois visa reconhecer os direitos de todos e protegê-los por meio do Estado de modo equitativo e atender a toda sociedade que se descobre nessas circunstâncias.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, é mais que relevante à abordagem sobre os direitos e garantias das enquadradas as pessoas estados de gênero.

O nome é um Direito personalíssimo de cada indivíduo sendo a forma de identificação da pessoa, pois é nesse contexto que prevalece sua personalidade como seu feitiço físico e moral para sua dignidade humana.

Na concessão de casamento entre os estados de gêneros prevalece à busca da felicidade de forma a obter união conjugal entre suas identidades de gênero, porém, para os que mudarem suas condições físicas e não comunicar seu companheiro, decai em erro essencial sobre a pessoa, podendo ser anulado esse casamento.

Conseqüentemente, todos aqueles que constituírem um casamento a fim de abichar família e adotar uma criança ou adolescente previsto na forma da Lei, na esfera da previdenciária poderá o adotante afastar-se por 120 dias para licença e receber o salário-maternidade. Assim sendo, o Direito de igualdade para todas das classes de gênero ao se aposentar, pode ser o mesmo amparado da idade de uma mulher quando feito à mudança de sexo e do nome, uma vez que, suas condições físicas não prevalecem sobre as que nasceram.

A Constituição Federal de 1988 trás as garantias sociais para todos os indivíduos independentemente de suas condições, pois preconiza a todos os mesmos direitos de igualdade, liberdade, previdência social, dignidade da pessoa humana, direito a imagem, bem como outros direitos descritos nesta Constituição.

Só com a devida regulamentação e amparo pela Lei, esses indivíduos almejarão e disfrutarão dos Direitos que pleiteiam para gozar de uma vida digna.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm.

BRASIL, **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

BRASIL, Projeto Lei de Identidade de Gênero. Projeto Lei nº 5002/2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>

BRASIL, Conselho Federal de Medicina, Resolução nº 1.652/02. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm.

BRASIL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0158667-03-2015.8.21.0001. Apelante: A. G. N. N. Apelado: MP. Relator: Desembargador Rui Portanova. RIO GRANDE SO SUL. 03 de março de 2016. Jus Brasil. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/321905586/apelacao-civel-ac-70067669895-rs#!<> Acesso em: 08 Abril 2017.

BRASIL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0013385-26.2012.8.07.0001. Apelante: M. R. M. D. Apelado: D. C. D. Relator: Desembargador Teófilo Caetano. DRISTRITO

FEDERAL. 21 DE agosto de 2013. **Jus Brasil**. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115996375/apelacao-civel->

[apc-20120110468770-df-0013385-2620128070001](#) Acesso em: 07 Abril 2017.

BRASIL, Jus; Espaço Virtual, Homem que mudou de sexo consegue se aposentar com idade mínima para mulheres. Disponível em: <https://espacovital.jusbrasil.com.br/noticias/2251093/homem-que-mudou-de-sexo-consegue-se-aposentar-com-idade-minima-para-mulheres> Acesso em: 11 Maio 2017.

MOSSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**- Parte geral, vol. 1, 9º ed.rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo. Ed.Método, 2015.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado**, 5º ed.rev., atual e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo. Ed. Método, 2014.

RAMOS, André de Carvalho; Curso de Direitos Humanos; São Paulo: ed. Saraiva, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**, 5º ed.rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo. Ed.Método, 2015.

TROCA INTERNACIONAL DE INFORMAÇÕES TRIBUTÁRIOS E O DIREITO FUNDAMENTAL AO SIGILO BANCÁRIO: SUPERAÇÃO JURISPRUDENCIAL LIMITADA AO ÂMBITO INTERNO

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 artigo tem como objetivo abordar a temática da assistência internacional na troca de informações tributárias e analisá-la em detrimento do direito fundamental ao sigilo de dados, em especial o sigilo bancário. Para tanto, busca-se expor o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca dos institutos a serem analisados.

PALAVRAS-CHAVE: assistência internacional, troca de informações, direitos fundamentais, sigilo de dados, sigilo bancário.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A assistência internacional na troca de informações tributárias. 3. O direito fundamental ao sigilo bancário no Brasil. 4. Considerações acerca da assistência internacional na troca de informações tributárias em confronto com o direito fundamental ao sigilo bancário. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Preliminarmente, antes de adentrar a temática que será abordada neste trabalho, cumpre ressaltar alguns aspectos introdutórios que são relevantes para o escorrido desenvolvimento do assunto.

O Direito Tributário Internacional costuma ser visualizado pelo seu objeto, isto é, em função das diversas situações que englobam a vida tributária internacional. O referido objeto tem por característica a homogeneidade, mas também possui caracteres de heterogeneidade.^[1]

Nesse ponto, frise-se que a heterogeneidade é verificada no tocante à fonte normativa, à matéria e à natureza das normas de Direito Tributário Internacional.^[2]

Sem dúvida, no que se refere à fonte do Direito Tributário Internacional, os tratados internacionais constituem os instrumentos de

maior relevância, sendo neles previstas, em especial, as normas que tratam da dupla tributação e da evasão fiscal internacional, bem como a temática da colaboração administrativa em matéria de tributos.^[3]

Mais especificamente no que concerne à colaboração administrativa em matéria de tributos, importante salientar o instituto da troca internacional de informações tributárias.

2. A ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL NA TROCA DE INFORMAÇÕES TRIBUTÁRIAS

A assistência internacional na troca de informações tributárias tem como objetivo propiciar o acesso de Estados estrangeiros a elementos informativos que não poderiam ser por eles visualizados sem que houvesse violação à soberania estatal do Estado fornecedor das informações requisitadas.^[4]

Outrossim, a troca de informações goza de grande eficácia no que se refere à prevenção de fraudes e da evasão fiscal internacional, sendo considerada um instituto de grande relevância para o desenvolvimento da cooperação internacional.^[5]

Por oportuno, há de se ressaltar que, diante da ausência de instrumentos de coercibilidade hábeis a fazer com que o indivíduo forneça informações ao Estado estrangeiro que as requisita, torna-se necessária uma postura ativa do Estado em que se localiza a informação no sentido de fornecer os elementos requisitados.^[6]

Igualmente, importa expor que a expressão “troca” não representa uma troca propriamente dita, o que ocorreria com uma prestação mediante o adimplemento de uma contraprestação, mas sim a existência de um acordo internacional que permite o fornecimento de informações relativas ao interesse tributário dos Estados estrangeiros que firmaram o pacto.^[7]

A assistência internacional na troca de informações dar-se-á por intermédio de instrumentos administrativos, isto é, não judiciais, uma vez que para estes seria necessária a homologação de sentenças estrangeiras

ou o cumprimento de cartas rogatórias, expedientes que não seriam ágeis e eficazes na busca das informações tributárias requisitadas.

No ensejo, ainda no que pertine à assistência administrativa, ressalta-se a existência de convenção multilateral elaborada pela Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico – OCDE e pelo Conselho Europeu, cujo objetivo é justamente estimular a cooperação internacional sem desprezar o respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos.^[8]

Vale mencionar, ainda, que a troca de informações fiscais pode ocorrer por intermédio das três modalidades desse instituto: a troca de informações por requisições ou a pedido; a troca de informações automática; e a troca de informações espontânea.

A troca de informações por requisição ou a pedido consiste na conduta de o Estado solicitante, diante de suspeita de fraude ou ilegalidade levadas a efeito por determinado contribuinte, requisitar informações ao outro Estado para que, de posse dos elementos fornecidos, possa verificar se houve ou não a ocorrência da ilegalidade.

Nessa modalidade, o pedido encaminhado pelo Estado solicitante deve indicar precisamente os dados e fatos concretos, bem com as informações que deseja receber.^[9]

Por outro lado, na modalidade de troca de informações automática, os elementos informativos são repassados automaticamente de um Estado para o outro no desenvolvimento regular de suas atividades administrativo-tributárias, isto é, de forma rotineira.^[10]

Em outro vértice, no que tange à modalidade de troca de informações espontânea, esta se verifica pelo repasse de informações de um Estado a outro sem qualquer solicitação, em decorrência de trabalho fiscalizatório realizado pela Administração Tributária local.^[11]

Por fim, frise-se que a resistência ou a negativa de um determinado Estado em prestar as informações requisitadas por outro Estado pode

ensejar a violação ao tratado que estabeleceu a norma de assistência e, conseqüentemente, a sua denúncia, sem prejuízo de responsabilização internacional.^[12]

Não obstante, há hipóteses que ensejam a recusa legítima no fornecimento de informações. Nessa linha, leciona Xavier:

[...] São essencialmente quatro os motivos de recusa legítima da prestação de informações pelo Estado requerido: (i) a tributação a que a informação respeita ser contrária à convenção contra a dupla tributação (§ 1º *in fine*); (ii) a informação supor medidas administrativas não previstas na lei na prática quer do Estado requerido, quer do Estado requerente; (iii) a informação não ser suscetível de obtenção à sombra das leis ou da prática administrativa tanto do Estado requerido, quanto do Estado requerente; (iv) a informação poder revelar qualquer segredo comercial, empresarial, industrial, comercial, ou profissional ou ainda um processo comercial; e (v) a revelação da informação ser contrária à ordem pública (§3º). [...]^[13]

A partir da lição acima transcrita, percebe-se que a exigência de fornecimento de informações em face de determinado Estado não é ilimitada, havendo motivos hábeis a justificar a recusa em prestar tais elementos informativos, dos quais se destaca a possibilidade de recusa de informações quando a sua obtenção for contrária ao ordenamento jurídico.

Assim sendo, surge a necessidade de se analisar a temática relativa ao direito fundamental ao sigilo bancário, que é previsto em nosso ordenamento jurídico e, portanto, passível de obstar, justificadamente, o fornecimento de informações por parte do Estado requerido.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL AO SIGILO BANCÁRIO NO BRASIL

De início, cumpre ressaltar que, malgrado a constante renovação dos direitos fundamentais fazer crer que essa temática é recente nos estudos do Direito, noticia-se que o conteúdo dos direitos fundamentais

possui origem na concepção do direito natural e do homem nos seculares estudos da filosofia cristã.[\[14\]](#)

Modernamente, entende-se que o avanço do Direito Constitucional encontra sedimentação na própria evolução dos direitos fundamentais, notadamente no que se refere à explanação de tais direitos na Carta Constitucional e no âmbito de proteção que circunda a dignidade da pessoa humana.[\[15\]](#)

No mesmo vértice, sustenta-se que os direitos fundamentais passam a encontrar posição de destaque no âmbito social a partir do momento em que a relação tradicional entre o Estado e o indivíduo se inverte, o que enseja o reconhecimento de direitos e, depois, dos deveres que o sujeito possui para com o Estado.[\[16\]](#)

Lado outro, há grande discussão se os direitos fundamentais seriam sinônimos dos intitulados direitos humanos. No entanto, prevalece na melhor doutrina o entendimento que as classes supracitadas se separam no plano de positivação. Enquanto os direitos fundamentais são exigíveis no plano interno do Estado, os direitos humanos são positivados nos instrumentos internacionais.[\[17\]](#)

A título de conceituação, importante destacar que os direitos fundamentais são direitos público-subjetivos dos indivíduos que, a partir do texto constitucional, possuem a função de limitar o poder estatal exercido em face da liberdade individual.[\[18\]](#)

Lembre-se, ainda, que, segundo a doutrina moderna, há falar também em eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a qual recebe a denominação de eficácia horizontal ou privada dos direitos fundamentais.[\[19\]](#) Entretanto, essa visão não será abordada neste artigo.

Não obstante, uma das questões mais importantes a serem destacadas sobre o tema é aquela relativa às dimensões ou funções subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.

A função ou dimensão subjetiva dos direitos fundamentais guarda íntima relação com a posição abstencionista do Estado, isto é, com o direito de o indivíduo se contrapor ao interesse intervencionista estatal. Trata-se, claramente, de dimensão com raízes na teoria liberal dos direitos fundamentais.[\[20\]](#)

Outrossim, frise-se que a função subjetiva também está, por vezes, ligada à atuação positiva do Estado, notadamente quando o indivíduo adquire determinado direito que pressupõe ação estatal, do que decorre a proibição de omissão do Estado.[\[21\]](#)

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, por sua vez, tem como característica principal ser efetivada aos titulares independentemente da vontade deles.[\[22\]](#) No que se refere a essa dimensão (ou função) objetiva dos direitos fundamentais, impende verificar alguns aspectos importantes.

Em primeiro lugar, tem-se que os direitos fundamentais, em sua função objetiva, apresentam normas de competência negativa, ou seja, as liberdades do sujeito são extraídas do âmbito do Estado independentemente de qualquer provocação por parte do indivíduo. Veja que, embora tal caráter pareça aproximar essa função daquela de cunho subjetivo, não faz com que ela perca a sua natureza.[\[23\]](#)

Em segundo, extrai-se da dimensão objetiva dos direitos fundamentais importante critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional, segundo o qual as normas inferiores àquelas previstas no Texto Constitucional devem com estas guardar compatibilidade, constituindo o que se conhece como eficácia irradiante dos direitos fundamentais.[\[24\]](#)

Por outro lado, em terceiro plano, tem-se que a dimensão objetiva permite que os titulares dos direitos fundamentais limitem os próprios direitos quando isso for de seu interesse, o que ocorreria mediante intervenção estatal fundamentada no fato de que o sujeito do direito ficará mais bem protegido se não o exercer naquelas circunstâncias.[\[25\]](#)

Em último lugar, vislumbra-se a partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais o dever estatal de tutela dos direitos fundamentais.[\[26\]](#)

Nesse sentido, diante das características apresentadas, percebe-se que os direitos fundamentais não devem ser visualizados apenas como garantias negativas (abstencionistas) ou de prestações positivas para o exercício das liberdades. A dimensão objetiva serve de verdadeiro vetor a ser observado pelo Poder Público e pelos particulares, atuando como reforço de juridicidade dos direitos fundamentais.[\[27\]](#)

Ultrapassada essa digressão teórica acerca dos direitos fundamentais, a qual demonstra as principais características dos referidos direitos, vale ressaltar especificamente o direito fundamental ao sigilo bancário. Nesse ínterim, imperioso ressaltar que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XII, estabelece que:

Art. 5º. [...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A partir do dispositivo acima transcrito, percebe-se que a Constituição buscou proteger os dados do indivíduo (bancários, inclusive) no tocante a qualquer violação ou ameaça de violação. No entanto, assim como os demais direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, essa inviolabilidade não é absoluta, podendo ser afastada, em regra, por decisão judicial.

Dessa forma, percebe-se que, embora a Constituição guarneça o sigilo bancário de eventuais violações, é possível que ele, em determinadas situações, seja afastado. Ademais, é possível que o sigilo bancário seja relativizado inclusive por instrumentos outros que não as decisões judiciais.

Sobre o tema, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é assente no tocante à possibilidade de a Comissão Parlamentar de Inquérito, no exercício de poderes de investigação próprios de autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário:

[...] A quebra do sigilo fiscal, bancário e telefônico de qualquer pessoa sujeita a investigação legislativa pode ser legitimamente decretada pela Comissão Parlamentar de Inquérito, desde que esse órgão estatal o faça mediante deliberação adequadamente fundamentada e na qual indique, com apoio em base empírica idônea, a necessidade objetiva da adoção dessa medida extraordinária. [...] [\[28\]](#)

No mesmo sentido, o STF já decidiu que, apesar de o Ministério Público não poder, em regra, quebrar o sigilo bancário, poderá, excepcionalmente, ter acesso a dados bancários quando se tratar de caso envolvendo verbas públicas:

[...] 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. [...] [\[29\]](#)

Não obstante, a discussão mais importante a respeito do sigilo bancário engloba a edição da Lei Complementar nº 105/2001, a qual

permite, em seu art. 6º, que as autoridades tributárias procedam ao exame de registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósito e aplicações financeiras dos contribuintes.

Dessa feita, sobre a constitucionalidade, ou não, do art. 6º da LC 105/2001, o STF modificou sua jurisprudência no sentido de reconhecer que esse repasse de informações dos bancos para o Fisco não pode ser considerado “quebra de sigilo bancário”. Até porque, permanece o sigilo nas informações passadas, já que não ocorre uma devassa a terceiros, configurando, tão logo, mera “transferência de sigilo” dos bancos ao Fisco:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01. 1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo. 2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira. 3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas

de seu Povo. 4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. 5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional. 6. Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”. 7. Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.[\[30\]](#)

Assim, verifica-se que estando o direito ao sigilo bancário alçado à condição de direito fundamental, isto é, direito público-subjetivo dos indivíduos com função de limitar o poder estatal, somente poderá ser afastado em situações excepcionais, como, por exemplo, naquelas reconhecidas pela legislação e pela jurisprudência.

4. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL NA TROCA DE INFORMAÇÕES TRIBUTÁRIAS EM CONFRONTO COM O DIREITO FUNDAMENTAL AO SIGILO BANCÁRIO

De acordo com o que já foi exposto neste trabalho, a assistência internacional na troca de informações tributárias busca propiciar o acesso de Estados estrangeiros a elementos que estejam, em razão da soberania estatal, com alcance restrito ao Estado requerido. Isso ocorre com vistas a evitar fraudes e evasão fiscal internacional.

Não obstante, entende-se que o fornecimento de informações não pode ser irrestrito, sobretudo quando a prática puder ensejar violação ao ordenamento jurídico do Estado requerido.

Nesse íterim, verifica-se a importância da questão do direito fundamental ao sigilo bancário, pois, conforme já frisado, esse direito revela importante limitação ao exercício do poder estatal, podendo ser afastado somente em situações excepcionais, dentre as quais certamente não está o interesse do Estado estrangeiro em coibir possível evasão tributária praticada em seu desfavor.

Com efeito, no ano de 2005 houve a inclusão do §5º no art. 26 da Convenção Modelo da OCDE, por meio do qual se determinou a vedação de o Estado requerido deixar de prestar informações sob o fundamento de estar o elemento de informação protegido pelo sigilo bancário resguardado em legislação interna. Ocorre que essa inovação não foi incluída nos tratados firmados pelo Brasil, embora haja grande pressão da OCDE no sentido de que os países adaptem as suas leis internas para resguardar a aplicação de tal mandamento.[\[31\]](#)

Por outro lado, importante precedente acerca do tema ora em debate relaciona-se com o “Acordo Brasil - Estados Unidos para o intercâmbio de informações relativas a tributos”.

Durante o processo de internalização do referido acordo, mais precisamente na fase de análise da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, o relator ofertou parecer contrário ao texto, porquanto vislumbrou inconstitucionalidade formal e material da norma analisada.

No que se refere ao conteúdo do acordo, asseverou o relator:

[...] O sigilo de correspondências, comunicações telegráficas e de dados, bem como das comunicações telefônicas é igualmente assegurado, salvo este último caso para fins de investigação criminal (Incs. X e XII do Art. 5º da CF), e desde que antecedido de autorização judicial. De se recordar que o Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou sobre a extensão do sigilo bancário à luz da ordem constitucional, mais uma razão pela qual as autoridades fazendárias brasileiras não poderiam comprometer o Brasil a cumprir obrigações, no TIEA, que possivelmente lhe são vedadas. [...] [\[32\]](#)

Não obstante o parecer contrário, a Comissão aprovou o texto do citado acordo de troca de informações relativas a tributos. Como se observa do julgamento do RE 601.314/SP e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2390, 2386, 2397 e 2859, a Suprema Corte firmou a constitucionalidade do art. 6º da LC 105/2001, resguardando o poder conferido ao Fisco de obter informações sobre movimentações financeiras, sem autorização judicial.

Em que à superação jurisprudencial operada com o julgamento das ações constitucionais e do recurso referidos, a situação ora em exame vai além do que foi decidido pelo STF. Ora, no caso julgado pelo Tribunal pátrio, não ficou acertado ser legítima a conduta de repassar informações bancárias a Estados Estrangeiros por intermédio das Autoridades Tributárias locais. Ao contrário, o que se admitiu foi a transferência desse sigilo entre os bancos e o Fisco brasileiro, não se cogita que com o julgamento referido tenha-se agasalhado o entendimento favorável aos Estados estrangeiros.

Ao se analisarem os acordos que tratam da troca de informações, é facilmente percebida a violação à supremacia da Constituição e o desrespeito à regra da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, pois se acaba por amesquinhar o direito fundamental ao sigilo de dados, tendo em vista que o acesso a dados bancários do indivíduo, o que somente seria

admissível, repise-se, em situações excepcionais, passa a ser a regra no sistema positivado.

Como regra excepcional, deve-se interpretá-la restritivamente, não sendo admissível valer da modificação jurisprudencial para se legitimar prática que sequer foi albergada pela tese jurídica envolta nos julgados supracitados. Ademais, a República Federativa do Brasil tem como fundamento a soberania, de acordo com os precisos termos do art. 1º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, não se mostrando lícita que Estados Estrangeiros invadam a esfera de intimidade dos cidadãos brasileiros, sem lei que os embase ou entendimento jurisprudencial nesse sentido.

5. CONCLUSÕES

Os tratados internacionais constituem uma das mais importantes fontes do Direito Tributário Internacional. A partir desses instrumentos, verificam-se, por vezes, acordos que visam a assistência internacional na troca de informações relativas a tributos entre Estados estrangeiros, objetivando, notadamente, prevenir e reprimir eventuais fraudes e a evasão tributária internacional.

Com efeito, tais instrumentos são de grande relevância ao fim colimado. No entanto, é necessário verificar que a troca de informações e o interesse dos Estados em evitar a evasão de tributos não pode se sobrepor a determinados mandamentos constitucionais que estejam positivados no Estado requerido ou no Estado requerente.

Nessa linha, surge a discussão do direito fundamental ao sigilo bancário, que, no Brasil, encontra-se positivado no art. 5º, XII, da Constituição Federal de 1988.

O Supremo Tribunal Federal tem admitido, em hipóteses excepcionais, o afastamento do sigilo bancário, inclusive, com o julgamento do RE 601.314/SP, entendeu ser possível a relativização do referido sigilo pela autoridade tributária brasileira, ao declarar a constitucionalidade do art. 6º da LC 105/2011.

Em que pese tenha havido superação jurisprudencial nesse tocante, tem-se que a tese jurídica firmada no julgamento referido, em sede de repercussão geral, de maneira alguma agasalhou a possibilidade da troca internacional de informações tributárias quando houver a necessidade de quebra de sigilo bancário, pois ausente norma autorizativa que legitime essa prática, sendo certo que apenas se admite a transferência de sigilo entre os bancos e as Autoridades Tributárias locais.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Projeto de Decreto Legislativo nº 413/2007. Relator: Deputado Regis de Oliveira. Brasília, DF, 3 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=596614&filename=VTS++CCJC+%3D%3E+PDC+413/2007>. Acesso em: 15 de junho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 613. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2010. STF, Brasília, 2014. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo613.htm#Quebra de sigilo bancário pela Receita Federal - 1](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo613.htm#Quebra%20de%20sigilo%20bancario%20pela%20Receita%20Federal%20-%201)>. Acesso em: 15 de junho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.729. Impetrante: Banco do Brasil S/A. Impetrado: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 5 de outubro de 1995. STF, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85599>>. Acesso em: 15 de junho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.652. Impetrante: José Aleksandro da Silva. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI do Narcotráfico). Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 22 de novembro de 2000. STF, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86000>>. Acesso em: 15 de junho de 2014.

CALDERÓN CARRERO, José Manuel. *Intercambio de información y fraude fiscal internacional*. Madrid: CEF, 2000.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LIMA, Carlos Henrique Falcão de. *As trocas de informações fiscais entre Estados estrangeiros na prevenção e combate à lavagem de dinheiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2011.

MARITAIN, Jacques. *Los derechos del hombre*. Madrid: Biblioteca Palavra, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TÔRRES, Heleno. *Plurirributação internacional sobre as rendas de empresas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

[1] XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 62.

[2] Ibidem, p. 62-63.

[3] Idem, 67.

[4] XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 661.

[5] CALDERÓN CARRERO, José Manuel. *Intercambio de información y fraude fiscal internacional*. Madrid: CEF, 2000, p. 31.

[6] XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 662.

[7] Ibidem, p. 663.

[8] TÔRRES, Heleno. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 679.

[9] LIMA, Carlos Henrique Falcão de. *As trocas de informações fiscais entre Estados estrangeiros na prevenção e combate à lavagem de dinheiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2011, p. 32.

[10] Ibidem, p. 33.

[11] Ibidem, p. 33.

[12] XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 663.

[13] XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 668.

[14] MARITAIN, Jacques. *Los derechos del hombre*. Madrid: Biblioteca Palavra, 2001, p. 69.

[15] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 153.

[16] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 155.

[17] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 30-31.

[18] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 40.

[19] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 383.

[20] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 110.

[21] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 111.

[22] Ibidem, p. 111.

[23] Idem, p. 112.

[24] Idem, p. 112.

[25] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 266.

[26] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 114.

[27] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 164-165.

[28] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.652. Impetrante: José Aleksandro da Silva. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI do Narcotráfico). Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 22 de novembro de 2000. STF, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86000>>. Acesso em: 15 de junho de 2014.

[29] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.729. Impetrante: Banco do Brasil S/A. Impetrado: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 5 de outubro de 1995. STF, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85599>>. Acesso em: 15 de junho de 2014.

[30] RE 601314, Relator: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-198 Divulg 15-09-2016 Public 16-09-2016.

[31] XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 669.

[32] BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Projeto de Decreto Legislativo nº 413/2007. Relator: Deputado Regis de Oliveira. Brasília, DF, 3 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=596614&filename=VTS++CCJC+%3D%3E+PDC+413/2007>. Acesso em: 15 de junho de 2014.

A LEI MARIA DA PENHA ENQUANTO EFETIVADORA DE DIREITOS

JOÃO PAULO FERREIRA MENDES:
Graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal. Advogado e Professor.

RESUMO: O presente trabalho abordará a inércia legiferante do Poder Legislativo da União mesmo após tal direito ter sido elevado ao status constitucional, abordando a necessidade de condenação no âmbito internacional para que houvesse uma tentativa de efetivação dos direitos imanentes à dignidade da pessoa humana. Para tanto, far-se-á uma análise pormenorizada dos dispositivos legais da Lei Maria de Penha, buscando-se, em alguns pontos, o entendimento conferido pelos tribunais superiores em cotejo com a interpretação efetuada pela mais balizada doutrina brasileira, por meio da revisão bibliográfica. Busca-se verificar em que passo a sociedade brasileira caminha na busca da igualdade de direitos.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Lei Maria da Penha Enquanto Efetivadora de Direitos. 3. Considerações Finais. 4. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 assegurou, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República Federativa do Brasil no seu artigo 1º, inciso III, não só o direito à vida, mas também a uma existência digna.

Ocorre que, a simples menção ao direito não conduz, por si só, à sua internalização no seio social, sendo que as mulheres por décadas viram seus direitos violados em razão de um Estado inerte e de uma cultura machista e opressora. A mulher, então, necessita de um apoio estatal efetivo para que consiga ter seus direitos efetivamente respeitados, alcançando-se a tão sonhada igualdade material.

Nesse cenário surge, após a condenação do Brasil pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a lei nº 11.340 no ano de 2006, aproximadamente dezesseis anos depois da promulgação da Constituição Cidadão.

Embora revista-se de intento nobre, sabe-se que por trazer situações de tratamento desiguais entre homens e mulheres, a mencionada lei foi alvo de críticas e intensos debates para se aferir sua conformidade com o próprio texto constitucional, sendo que o presente trabalho se proporá a analisar os dispositivos legais da Lei Maria da Penha e esmiuçar seus efeitos práticos.

2. A LEI MARIA DA PENHA ENQUANTO EFETIVADORA DE DIREITOS

Conforme esculpido no art. 226, §8º, da Constituição Federal, o Estado resguardará à família na individualidade de cada um dos seus membros, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito das suas relações.

Em 1996 o Brasil internalizou, por meio do Decreto de nº 1.973, a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, “Convenção de Belém do Pará”, de 09 de junho de 1994. Entretanto, somente em 2006 o congresso nacional conseguiu inovar o ordenamento jurídico e implementar o comando constitucional contido no art. 226, da CF, criando a Lei Maria da Penha (lei nº 11.340/2006).

Cumprir salientar que, o congresso nacional somente aprovou a Lei Maria da Penha após ter sido o Brasil internacionalmente condenado na OEA (Organização dos Estados Americanos), a qual considerou o país negligente na defesa dos direitos da mulher vítima de violência doméstica e familiar, recomendando que fosse elaborada legislação específica sobre o tema.

A legislação, conforme mencionado, somente veio à tona após condenação internacional oriunda de caso concreto levado a julgamento na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no qual constava como vítima Maria da Penha, casada com professor universitário, o qual se

tornou seu algoz durante os anos de convivência marital. Por oportuno, vejamos a síntese da história:

Maria da Penha é biofarmacêutica cearense, e foi casada com o professor universitário Marco Antonio Herredia Viveros. Em 1983 ela sofreu a primeira tentativa de assassinato, quando levou um tiro nas costas enquanto dormia. Viveros foi encontrado na cozinha, gritando por socorro, alegando que tinham sido atacados por assaltantes. Desta primeira tentativa, Maria da Penha saiu paraplégica. A segunda tentativa de homicídio aconteceu meses depois, quando Viveros empurrou Maria da Penha da cadeira de rodas e tentou eletrocutá-la no chuveiro.

Apesar da investigação ter começado em junho do mesmo ano, a denúncia só foi apresentada ao Ministério Público Estadual em setembro do ano seguinte e o primeiro julgamento só aconteceu 8 anos após os crimes. Em 1991, os advogados de Viveros conseguiram anular o julgamento. Já em 1996, Viveros foi julgado culpado e condenado há dez anos de reclusão mas conseguiu recorrer.

Mesmo após 15 anos de luta e pressões internacionais, a justiça brasileira ainda não havia dado decisão ao caso, nem justificativa para a demora. Com a ajuda de ONGs, Maria da Penha conseguiu enviar o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA), que, pela primeira vez, acatou uma denúncia de violência doméstica. Viveiro só foi preso em 2002, para cumprir apenas dois anos de prisão^[1].

Após a publicização internacional do descaso com o qual era tratada a mulher vítima de violência doméstica no Brasil, foi criada a Lei nº 11.340, nominada de Maria da Penha em homenagem à vítima da história susomencionada, objetivando coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, prestar assistência e proteção à mulher vítima, instituindo, ainda, a figura dos juizados especiais criminais de violência doméstica e familiar.

Como não poderia deixar de ser, a constitucionalidade da Lei Maria da Penha foi muito debatida no cenário jurídico interno, sendo objeto de acirradas discussões, que objetivavam aferir se o fator

de *discriminem* utilizado – a conformação sexual biológica – era suficiente a ensejar tratamento desigual entre homens e mulheres. O que se objetiva, em todo caso, é aferir se a desigualdade fática foi devidamente sopesada e contrabalanceada nos termos da lei, para que com isso possa proporcionar isonomia material no tratamento desigual.

Em primeiro plano, uma análise histórica da legislação brasileira nos permite concluir pela constitucionalidade da Lei de Proteção à mulher.

Após o advento da Constituição Federal de 1988, Constituição Cidadã, diversas leis surgiram com escopo de discriminar determinadas realidades fáticas que mereciam tratamento legal diferenciado, cite-se como exemplo: Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003); Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº

8089/1990); Lei de Crimes Hediondos, crimes de maior potencial ofensivo (Lei nº 8072/1990); Lei dos Juizados Especiais Criminais, crimes de menor potencial ofensivo (Lei nº 9099/1995).

Some-se a isso, o entendimento veiculado na seara criminal de sistemas de proteção, os quais podem ser geral e especial. Nesta situação a lei terá destinatário certo, tal qual ocorre na Lei Maria da Penha e nas outras tantas acima mencionadas. Por outro lado, no sistema de proteção geral, a lei penal não possui um endereçamento determinado, destina-se à coletividade como um todo, tal qual se vislumbra no Código Penal, em específico nos crimes contra as pessoas ou contra o patrimônio, por exemplo.

Feito este esboço propedêutico, adentremo-nos no bojo da Lei Maria.

A Lei nº11.340 objetiva coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, prestar assistência e proteção à mulher vítima e incidirá nas relações atentatórias contra à mulher ocorridas no âmbito da unidade doméstica, familiar e nas relações de afeto. A conceituação das situações sobre as quais os comandos legais da Lei sem aplicação vêm descritos e explicados no incisos I, II e III, do art. 5º, *in litteris*:

- I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
- II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
- III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Noutra vertente, superando a Constituição Federal e o Código Civil, a Lei de Proteção à Mulher abarcou expressamente no seu bojo as relações homoafetivas, conforme consta no parágrafo único, do art. 5º. Independe, assim, da orientação sexual adotada pela vítima.

Avançando no tema, embora tenha previsto no seu âmago as relações homoafetivas, não será em todas as situações que mulher vítima poderá se beneficiar dos preceitos da Lei 11.340. Quer-se aqui afirmar, que Lei pressupõe discriminação oriunda de violência de gênero.

Assim, exemplificando, como o faz a doutrina, caso Tício, perigoso traficante da cidade de Goiânia-GO, conhecido por sua insubordinação às leis estatais e dura punição com os que descumprem seus comandos, após ser capturado pelas autoridades policiais, ameaça todas as testemunhas arroladas pelo Estado-acusação, afirmando que, caso elas venham a revelar qualquer fato que o incrimine, pagarão com a vida. Acontece que, dentre as testemunhas ameaçadas, encontrava-se sua esposa, com a qual vivia maritalmente antes da sua prisão. Nessa situação hipotética, não ocorrerá à incisão da Lei Maria da Penha, mesmo tendo a ameaça atingido sua esposa, não resta constatada violência de gênero como força motriz deflagradora da conduta de Tício.

Os comandos legais objetivam resguardar a mulher vítima das mais diversas espécies de violência, seja ela física, psicológica, sexual,

patrimonial e moral. Nesse diapasão, vejamos o que dispõe o art. 7º, *in verbis*:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

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

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Ademais, embora se ressalte em demasia o caráter eminentemente penal da Lei Maria Penha, cumpre salientar os comandos legais não possuem caráter punitivo, ou seja, criminalizador. Mas sim conjugam elementos da seara criminal, administrativa, trabalhista, cível, sendo, portanto, uma lei multidisciplinar.

As medidas protetivas, constantes dos arts. 22, 23 e 24, da Lei de Regência, trazem à baila comandos que visam acautelar a mulher vítima, objeto de proteção da lei, sendo de cunho estritamente cível, motivo pelo qual possuem como pressupostos a fumaça do bom direito e perigo na demora, iminentes a toda e qualquer ação de cautelar. Conquanto isso, diferentemente das medidas cautelares do processo civil, não estão sujeitas ao prazo decadencial de 30 dias, devendo permanecer, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, enquanto necessárias.

Ainda quanto às medidas protetivas, algumas peculiaridades merecem destaque. Podem ser concedidas de ofício pelo juiz e não podem ser requisitadas pelo Delegado de Polícia, podendo este, entretanto, representar pelas medidas cautelares constantes do Código de Processo Penal e pela prisão do agressor – desde que constatados os requisitos da constrição cautelar da liberdade.

A Lei Maria da Penha instituiu, ainda, uma tríplice assistência à mulher vítima de violência, resguardando-a quanto à sua segurança, saúde e ofertando auxílio social. Alguns pontos merecem destaque, tal qual o acesso prioritário à remoção quando a vítima for servidora integrante do quadro da administração direta e indireta (art. 9º, §2º, I), manutenção do vínculo trabalhista, quando for necessário o afastamento do trabalho, pelo período de até 06 meses (art. 9, §2º, II) – prevalece na doutrina que se trata de causa de suspensão do vínculo trabalhista, ou seja, padece de vencimentos enquanto se mantiver o afastamento.

Em especial, no tange às medidas protetivas de urgência, grande celeuma pairava sobre a doutrina e jurisprudência quando do seu injustificado descumprimento. Pacificando o tema, o STJ decidiu no REsp. 1.374.653, que não restaria configurado o crime de desobediência, por ter a própria lei estabelecido medidas assecuratórias para o caso de

descumprimento como a possível decretação da prisão preventiva do agressor.

Por fim, no que tange a imposição de penalidades, a Lei veda expressamente que seja aplicada, única e exclusivamente, pena de cestas básicas, de prestação pecuniária ou que implique no pagamento isolado de multa, conforme consta do art. 17.

3. CONCLUSÃO

Destarte, os avanços são inúmeros, as políticas públicas, mesmo que tardiamente, têm sido implementadas. Mas, como não poderia deixar de ser, a subordinação da mulher aos anseios masculinos estão arraigados na história cultural do povo latino-americano, não tendo a lei – comando impessoal e abstrato – o condão de promover a efetiva modificação de um comportamento tão repudiável quanto recorrente. Porém, o avanço foi grande e a história, como sabemos, é feita marchas e contramarchas, o que não pode deixar de ser ressaltado é o efetivo e louvável ganho que Lei Maria Penha trouxe à sociedade brasileira.

Portanto, que sejam apontadas as críticas, porquanto o embate intelectual está posto, mas que não se permita ofuscar o barulho dos aplausos que devemos ofertar à Lei do Combate à Violência de Gênero.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ªed. São Paulo. Editora Saraiva, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3ªed. São Paulo. Editora Wmfmartinsfontes, 2010.

HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especiais – Tomo II**. Salvador - BA. Editora JusPODIVM, 2015.

LENZA, Pedro. **Curso de Direito Constitucional Esquemático**. 15ª ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Salvador - BA. Editora JusPODIVM, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. Vol. 1**. 8ª ed. Editora GenMétodo, 2015.

Nota:

[1] Disponível em:
http://www.observe.ufba.br/lei_mariadapenha. Acessado 10/05/2014, às 20:00 horas.

DIREITO AO ESQUECIMENTO: DIREITO A MEMÓRIA OU REPRESSÃO DE PENSAMENTOS?

ANGÉLICA MAESTRELLO: Bacharelando no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais - DIREITO, na Instituição de ensino Universidade Brasil - UNICASTELO, Campus Fernandópolis - SP.

THALITA TOFFOLI PÁEZ (orientadora)[1]

RESUMO: O presente trabalho trata-se especificamente do intitulado “Direito ao Esquecimento”, embora seja um instituto que ganhou força recentemente, há pesquisas que revelam que já fora alvo de estudos no passado. De tal forma, buscou-se analisar tanto como os princípios constitucionais, como também a particularidade do mesmo ser tratado como um Direito a Personalidade. O estudo foi com base no que consiste o mencionado tema, de que forma é protegido pelo campo jurídico brasileiro, e sua aplicação aos casos concretos, que por sua vez alcançou grande ênfase, pela forma como foram julgados por análises distintas. Contudo, ao fim desta elaboração, foi possível compreender que pode haver a aplicação desse Direito no ramo jurídico, ainda que exista muitas divergências a despeito de ser um confronto com o direito a informação, devendo tão somente ser analisado rigorosamente para apuração do caso concreto.

Palavras – Chave: Direito ao esquecimento. Dignidade da Pessoa Humana. Direito a Informação.

ABSTRACT: The present work deals specifically with the so-called "Right to Forgetfulness", although it is an institute that has gained strength recently, there is research that shows that it had already been studied in the past. Thus, we sought to analyze both as the constitutional principles, as well as the particularity of the same be treated as a Right to Personality. The study was based on what the mentioned theme consists of, how it is protected by the Brazilian legal field, and its application to concrete cases, which in turn reached a great emphasis, by the way in which they were judged by different analyzes. However, at the end of this elaboration, it was possible to understand that there could be the application of this Law in the

legal branch, although there are many differences despite being a confrontation with the right to information, and only be analyzed rigorously to determine the concrete case.

Key words: Right to forgetfulness. Dignity of human person. Right to Information.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DIREITO AO ESQUECIMENTO DIANTE OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS. 2.1 Direito ao Esquecimento. 2.2 Constituição Federal como sustentáculo do Princípio da Dignidade Humana. 2.3 Direito a Personalidade. 3 DIREITO A INFORMAÇÃO E SUA LIGAÇÃO COM O DIREITO AO ESQUECIMENTO. 4. ANÁLISE AOS CASOS CONCRETOS. 4.1 Chacina de Candelária (RECURSO ESPECIAL N. 1.334.097/RJ). 4.2 Caso Aída Jacob Curi (RECURSO ESPECIAL N. 1.335.153/RJ). 5 CONCLUSÃO. 6 BIBLIOGRAFIA.

1 INTRODUÇÃO

Estudo apontado unicamente para análise do instituto elencado recentemente no contexto jurídico brasileiro, que ganhou força e repercussão com a publicação do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, promovido pelo Conselho de Justiça Federal (CJF), que por conseguinte acabou por incluir ao Código Civil Brasileiro, como artigo 11, que o enumera entre os direitos a personalidade.

O Direito ao Esquecimento tem sido versado como uma espécie de defesa daqueles que um dia foram vítimas de alguma exposição de informação que acabou por gerar sofrimento psicológico, ou até mesmo foi lhe imputado afirmações falsas a seu respeito, e também quando se trata da esfera criminal, quando fora acusado de um crime, porém já pagou sua dívida com a justiça e deseja ter o direito de recomeçar, sem ter que lembrar a todo tempo e muito menos ser exposto pela mídia o que aconteceu no passado. Nesse mesmo sentido, o presente artigo abarca duas vertentes principio lógicas, sendo que, de um ponto de vista está protegendo os princípios a intimidade e privacidade, e do outro, os

princípios ligados a informação e liberdade de expressão, todos previstos na Constituição Federal.

O tema ainda em estudo doutrinário e jurisprudencial, acabou por alcançar dois julgados que ficaram bastante conhecidos no Brasil, sendo o primeiro compreendido como “A chacina de Candelária”, e o segundo como “Caso de Aída Curi”, ambos foram julgados pelo mesmo ministro, Luiz Felipe Salomão, porém com entendimentos distintos, por conta de suas particularidades.

Assim sendo, apesar de ser um assunto que emerge sobre diversas áreas do Direito, que tem como centro a proteção da dignidade humana, a dúvida é se deve preponderar a liberdade de expressão ou direito a privacidade? Convém lembrar que ambos direitos são fortemente protegidos pela Constituição Federal, e não podem ser violados, da mesma forma que também não podem expor a vida alheia, o que geraria danos.

2. DIREITO AO ESQUECIMENTO DIANTE OS FUNDAMENTOS JÚRIDICOS

2.1 DIREITO AO ESQUECIMENTO

Vive-se em tempos que tudo gira através da velocidade da informação devido a grande modernização tecnológica, e esta por sua vez acaba gerando resultados insatisfatórios para determinadas pessoas. E quem são essas pessoas?

Pessoas que em algum momento de suas vidas tiveram sua integridade física, moral, intelectual e também sua privacidade expostas pelo simples fato de ter cometido qualquer ato no passado, que acabou por produzir sérios efeitos no que diz respeito a sua vida íntima. Eis que a vista disso, surge o chamado “Direito ao esquecimento”, ou denominado “direito de ser deixado em paz”, ou “direito de estar só”, ou até mesmo “the right to be left alone”, como é nomeado no ordenamento norte-americano. Este por sua vez tem sido um assunto um tanto quanto polêmico, visto que se trata de uma espécie de proteção ao indivíduo da invasão de privacidade diante as redes sociais, mídias, blogs e provedores de conteúdo. É um direito que o ser humano tem de não ser exposto diante a um fato, ainda que verídico

que aconteceu em determinado momento de sua vida, que pode acabar causando sofrimentos e transtornos indesejados.

Este desdobramento acerca do direito a privacidade abrange assuntos que não diz respeito somente a vida da pessoa humana, ele envolve também o ordenamento jurídico brasileiro, e acaba compreendendo não somente o Direito Civil, mas também os Direitos Fundamentais dispostos à luz da Carta Magna de 1988.

Vale a citação retirada da obra “Direito ao esquecimento e o superinformacionismo: apontamentos no direito brasileiro dentro da sociedade da informação”³, que o define com maestria:

O direito ao esquecimento está, então, intimamente ligado à divulgação de informações de maneira intertemporal e visa a impedir que o passado do indivíduo altere significativamente os rumos do seu futuro em sociedade e, dessa maneira, só poderão permanecer em circulação se estiverem de acordo com seu atual comportamento e até quando durar a finalidade que alcança o próprio interesse público. Pode-se constatar isso observando que: - é aquele em que se garante que os dados sobre uma pessoa somente serão conservados de maneira a permitir a identificação do sujeito a eles ligado, além de somente poder ser mantido durante o tempo necessário para suas finalidades. (RULLI JÚNIOR, Antônio; RULLI NETO, Antônio. P. 426).

Destarte, no Brasil esse instituto possui seu fundamento a luz da Constituição Federal, visto que é uma consequência do direito à vida privada (privacidade), intimidade e honra, assegurados pelo artigo 5º, inciso X, da Carta Magna e pelo Código Civil Brasileiro em seu artigo 21, embora não possamos tratar do direito de ser esquecido sem traçarmos paralelos com a liberdade de informação e expressão como também e a

dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, inciso III, no rol dos Princípios Fundamentais da Constituição Federal.

Nas palavras de Sarlet a dignidade da pessoa humana pode ser caracterizada como: (SARLET, 2007, p. 62)⁴ “Um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável.”

Com sustentação nestes fatos, obtém-se a análise e reconhecimento do direito ao esquecimento como um direito à personalidade, embasado numa decorrência de construção doutrinária que o visa como proteção da dignidade da pessoa humana a fronte tais problemas. Inclusive até que momento o direito a informação pode evocar no íntimo do ser humano, apoderando-se de fatos passados para lembrar sempre dos erros uma vez cometidos, expondo sempre o nome daquele que deseja apenas seguir em frente.

.2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO SUSTENTÁCULO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Preliminarmente: o que significa princípio? É indubitável que ao pesquisar o significado da terminologia “princípios”, encontraremos toda uma nomenclatura certamente utilizada como preposições diretoras de uma ciência, que muito provavelmente está ligada a todo desenvolvimento posterior desta. Assim sendo, a definição da palavra “princípio” explana a ideia de começo, da partida de tudo onde começou.

Com fulcro no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, ressalta-se que este é um princípio fundamental e primordial de frente a todo o Ordenamento Jurídico que tem como base o Estado Democrático de Direito, artigo este, que faz total menção aos direitos humanos e justiça social que tanto se almeja nas relações em sociedade.

De acordo com a Magna Carta, dita o artigo 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.

Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição.

Destarte é nítido que além de ser considerado um princípio fundamental para relação do homem em sociedade, foi consagrado como fundamento do Estado Democrático de Direito, assim como o vetor, firmamento, a base de onde se emanam todos os demais princípios.

Este por sua vez, não compreende tão somente os direitos individuais, tanto como também os de natureza social, econômica e cultural, dado que no Estado Democrático de Direito a liberdade não é apenas negativa, entendida como ausência de constrangimento, mas liberdade positiva, consistente na remoção de impedimentos (sociais, econômicos e políticos) capaz de embaraçar a plena realização da personalidade humana.

De acordo com os ensinamentos da autora Berenice Dias⁵:

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela **pessoa**, ligando todos os institutos a realização

de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito:

A propósito devem ser lembradas as considerações de Kildare Gonçalves Carvalho⁶:

A dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa e que com base nesta é que devem aqueles ser interpretados.

Contudo, vale a ressaltar de que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é tido como fundamento da nossa República, e dessa forma ao analisarmos o Direito Civil defronte a Constituição Federal, notaremos que o ser humano é centro do âmbito jurídico, e que todos os demais institutos visam tão somente a proteção deste para com a sociedade. E é exatamente nesse mesmo sentido que o Princípio da Dignidade da Pessoa humana reflete em todas as normas do ordenamento, uma vez que se trata estritamente de um Direito à Personalidade.

2.2 DIREITO À PERSONALIDADE

A personalidade da pessoa humana, surge a partir da primeira respiração do nascituro, ou seja, se dá através do nascimento com vida, pondo a salvo que o mesmo adquire seus direitos desde a concepção. O Código Civil Brasileiro, prevê em seus artigos 11 à 21, os direitos inerentes a personalidade da pessoa natural.

Com fulcro na Constituição Federal de 1988, o indivíduo passa a ser tutelado pelo estado, no sentido de ser protegido com destaque para garantir seus direitos fundamentais, entre eles, o conhecido direito de personalidade, que por sua vez, abrange toda esfera íntima, particular, honra e imagem do indivíduo, conforme assegurado no inciso X, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Diversos autores salientam a importância do direito da personalidade como preservação dos direitos fundamentais, dado que personalidade é o primeiro bem adquirido logo após o nascimento, assegurando também sua honra, privacidade, e o íntimo do ser humano. O doutrinador INGO SARLET⁷, em suas diversas obras, brilhantemente esclarece alguns pontos no tocante ao tema do direito a personalidade:

O fundamento dos direitos da personalidade é, em linhas muito gerais, o reconhecimento, pela ordem jurídica, da dignidade da pessoa humana e da necessidade de proteger as diversas manifestações de tal dignidade e personalidade.[...] Nesse sentido, é possível afirmar que os direitos de personalidade são sempre direitos humanos e fundamentais, mas nem todos os direitos humanos e fundamentais são direitos de personalidade.

Contrapartida, nesse sentido é possível afirmar que diante dessa norma infraconstitucional que surge a possibilidade de que o homem pode ir em busca de pleitear seus direitos avante o sistema jurídico-legal, peticionando medidas judiciais ou extrajudiciais, afim de que seja cessada qualquer ameaça ou lesão que possa de alguma forma prejudicar a sua vida perante o convívio social, deixando claro que quando se trata do direito inerente a dignidade da pessoa humana há sempre que se falar em princípio da prevenção e princípio da reparação integral de danos.

A vista desse contexto o instituto do Direito ao Esquecimento vem trazer uma possibilidade de cessar ou reparar situações que expõe a vida íntima, social ou moral daquele que um dia errou, fazendo com que venha a tona novamente uma memória daquele que busca ter o seu passado esquecido e fazendo com que ele se sinta de alguma forma lesado no que diz respeito a sua privacidade, leia-se honra objetiva ou subjetiva. Outrossim, há que se falar sobre o papel que tem a mídia nesse contexto, uma vez que esta é uma das principais causa desse fator em epígrafe, bastando apenas que você cometa um pequeno deslize, você pode acabar se tornando o “alvo” de comentários indesejados, e até difamações.

2 DIREITO A INFORMAÇÃO E SUA LIGAÇÃO COM O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Nos dias atuais, a troca de informação é muito veloz, haja vista que a tecnologia nos proporciona uma facilidade extrema quando se trata de busca de informação, ou troca da mesma com outra pessoa, há também que se falar das informações via televisão, rádio e smartphones, que possuem essa mesma funcionalidade.

Partindo desse pressuposto, há que se falar da ligação da informação com o direito ao esquecimento?

Em contrapartida, estes dois institutos são totalmente conexos, como dito acima, a velocidade e intensificação da circulação de informações, acaba tornando cada vez mais difícil o sistema de supressão de conteúdos postados ora na rede, televisão ou rádio, seja por terceiros ou até mesmo pela própria pessoa a quem diz respeito a informação.

No tocante a internet, que tem como objetivo a praticidade de troca de informações, e meio de comunicação nas relações humanas, esta tem sido o principal alvo para exposição de dados, muitas vezes indesejados, que acabam na maioria das vezes ridicularizando e difamando as vítimas. Mas até que ponto isso pode influenciar na vida social de um ser humano, que por derradeiro, cometeu um erro? Deve ser sempre lembrado? Julgado todas as vezes que for lembrado?

É nesse seguimento, que surgiu a publicação do Enunciado nº 531, resultante da 6ª Jornada Civil do Conselho da Justiça Federal, em que reconhece o direito ao esquecimento, face a dignidade da pessoa humana, em consoante as inúmeras novas tecnologias de informações que geram danos irreparáveis ao direito fundamental à intimidade e à privacidade. Todavia, em se tratando de fatos nos quais há extremidade de “informacionismo”, e que acaba por gerar uma exposição negativa quanto a intimidade, imagem ou honra da vítima, é aplicado essa norma, visando a proteção da dignidade humana.

Assim sendo, a Constituição Federal traz em seu texto o artigo 5º, inciso X: “Art. 5º [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a

honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Em vista disso, ressalta-se que há um importante papel da hermenêutica tratando-se desse assunto em específico, uma vez que a interpretação pode ultrapassar o campo jurídico e ir além do entendimento para com a realidade social, visto que, analisar meramente o direito à livre expressão e informação em detrimento do direito à intimidade, ou vice-versa, seria negligenciar os termos descritos em nossa Constituição, acarretando sua violação.

4. ANÁLISE AOS CASOS CONCRETOS

No que concerne o Direito ao esquecimento, há muito em que se falar que se trata de um instituto recente no âmbito jurídico nacional, mas pesquisas apontam que o interesse doutrinário a respeito desse tema, não é recente. Já em 1990 é possível encontrar estudos e artigos, que de algum modo, direta ou indiretamente discutem o direito ao esquecimento.

No entanto, o tema ganhou grande repercussão de imediato com a publicação do Enunciado 531 pelo Conselho de Justiça Federal, que insere ao Código Civil o artigo 11 no qual é reconhecido em geral, a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. No ano de 2013, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, consolidou o entendimento do qual ninguém é obrigado a conviver para sempre com os erros do passado. E conseqüentemente, vários casos ganharam grande repercussão, com a aplicação desse instituto, como por exemplo, a Chacina de Candelária e o caso de Áida Curi, que será explanado a seguir. Desde o princípio, o direito ao esquecimento vem sendo abordado como um direito personalíssimo a ser protegido, mas também teve origem na esfera criminal, e atualmente estende-se a outras áreas também.

4.1 CASO DA CHACINA DE CANDELÁRIA (RECURSO ESPECIAL N. 1.334.097/RJ)

Primeiro julgado que acarretou o marco do Direito ao Esquecimento no Brasil: Resp. nº 1.334.097 – RJ (2012/0144910-7). A turma julgadora recolheu o Direito ao Esquecimento, com relação ao caso ocorrido na cidade do Rio de Janeiro, data de 23 de julho de 1993, na Igreja Nossa Senhora da Candelária, notadamente na escadaria da Igreja, onde dormiam vários desabrigados, ocasião em que oito menores foram assassinados e outros ficaram feridos. Houve grande repercussão nacional e internacional, diante dessa grave situação que ficou mais popularmente conhecida como “Chacina de Candelária”. Posteriormente a investigações, um grupo de policiais militares foram acusados e presos, juntamente com o serralheiro de nome J. G. F.

J. G. F., acusado de ser partícipe no crime de homicídio, após três anos de prisão, foi a julgamento perante o Tribunal do Júri, no entanto, “foi absolvido por negativa de autoria pela unanimidade dos membros do Conselho de Sentença.”⁷ (LONGEN, 2014).

Passado os anos, o Programa de Televisão, mais especificamente, da Rede Globo, conhecido como “Linha Direta Justiça”, procurou o acusado para uma entrevista, o que acabou por trazer a tona, toda sua memória, o sofrimento e angústia vividos a tanto tempo no passado, além de transmitir uma imagem totalmente negativa sobre ele, oportunidade em que J.D.F passou a ser visto perante seu meio social como um assassino, diante um crime que ele já havia sido julgado e absolvido.

Diante ao exposto, J.D.F, pleiteou uma ação em busca de reparação pelos danos morais sofridos, em primeira instância, o julgado reconheceu no caso uma necessidade de interesse público da notícia, mais precisamente o direito à informação. O pedido foi considerado improcedente. Porém houve o entendimento, no sentido de que a ré não agiu com dolo, pois o intuito da reportagem era exclusivamente relatar os erros da polícia militar, que resultou na acusação de três pessoas inocentes, entre eles, o proponente da ação. Posteriormente, a decisão foi reformada por meio de uma apelação, que acabou por condenar a emissora de Televisão Globo ao pagamento indenizatório de um valor estipulado em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Defendendo que, o caso

poderia ser novamente lembrado, mas sem a exposição de nomes dos envolvidos.

Em consoante com o Relator:

No âmbito da Constituição encontra-se um claro sinal no sentido de se preservar os interesses individuais do cidadão, porquanto está no art. 221 da Carta que a programação das emissoras deve atender ao respeito aos valores **éticos** sociais da pessoa e da família. Porque longe de acolher a prevalência constante do interesse coletivo sobre o particular, preocupa-se a Constituição em preservar o indivíduo, adotando-lhe de uma esfera mínima de proteção capaz de assegurar sua felicidade, objeto legítimo de desejo por todos e nesta qualidade protegidos pelo Estado (TJ/RJ, 2008, p. 5).⁸

Opostos embargos infringentes e mantido o entendimento do tribunal, o mesmo fundamentou que, apesar do interesse social que se alegava, por o caso fazer parte da história, e pelo caráter educativo, em que fatos horríveis como esses não devem ser esquecidos pela população, alegou que seria possível encontrar meios de veicular a narrativa sem expor o investigado, ou então, poderia ter-se usado um nome fictício como forma de proteção à imagem, o que não deixaria menos informado o público. Em favor de um direito fundamental que merecia maior atenção. Esse direito foi considerado pela turma julgadora como “Direito ao Esquecimento” ou o “direito de ser deixado em paz” (TJ/RJ, 2009, p. 7-8)⁹.

A corroborar, Rodotá (2008, p. 239)¹⁰ já questionava “qual dignidade restará a uma pessoa tornada prisioneira de um passado que está todo nas mãos de outros, frente a que resta designar-se de ter sido expropriado?”.

4.2 CASO AÍDA JACOB CURI (RECURSO ESPECIAL N. 1.335.153/RJ)

Segundo caso, bastante repercutido também julgado com fulcro ao “Direito ao Esquecimento”, na cidade do Rio de Janeiro, Copacabana, noite de 14 de julho de 1958.

Versa sobre um acontecimento de grande repercussão também, pela forma como aconteceu, A.J.C foi brutalmente assassinada por dois rapazes, que após discussões com a vítima, tentaram estupra-la, depois de muito tentar lutar contra os agressores, A.J.C acabou desfalecendo, então para simular um suicídio e se livrarem da culpa, os três rapazes lançaram o corpo do ultimo andar do prédio do terraço ao chão da Avenida Atlântica, o que aconteceu em menos de três segundos.

Destarte, cinquenta anos após o ocorrido, o mesmo programa mencionado no tópico anterior, “Linha Direta Justiça”, emitido pela TV GLOBO, veiculou uma reportagem sobre a vida, morte e pós-morte de A.J.C.

Haja vista, foi ajuizada uma ação por seus dois irmãos, na qual postulavam indenização por danos morais, materiais e a imagem, contra Globo Comunicações e Participações S/A. O pedido foi com base de que a exploração da imagem da vítima para o comercial fora ilícita, trazendo a tona todo sentimento de dor vivido a tanto tempo atrás. Tendo como relator também, o Ministro Luís Felipe Salomão, que acabou por não decidir no mesmo sentido do julgado anterior.

Em primeira instância, foi julgado improcedente pelo Juízo de Direito da 47ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ, tendo a sentença sido mantida em grau de apelação, como dita a seguinte ementa:

INDENIZATÓRIA. PROGRAMA "LINHA DIRETA JUSTIÇA". AUSÊNCIA DE DANO. Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da imagem da falecida irmã dos Autores, em programa denominado "Linha Direta Justiça". 1 – Preliminar – o juiz não está obrigado a apreciar todas as questões desejadas pelas partes, se por uma delas, mais abrangente e adotada, as demais ficam

prejudicadas. 2 – A Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retrata, ou ainda, quando essa imagem/nome foi utilizada para fins comerciais. Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos. A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado. O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente. Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe, um aumento de seu lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos. Recurso desprovido, por maioria, nos termos do voto do Desembargador Relator (fls. 974- 975).¹¹

No recurso de apelação, o relator entendeu, sob fundamentos doutrinários e jurisprudenciais que, houve apenas uma reconstituição da de um caso que ganhou grande repercussão, meramente com informações que já eram públicas e sujeitas a acesso de qualquer pessoa, o que pode-

se argumentar que não houve uso comercial indevido da imagem da falecida, não acarretando abalo moral após cinquenta anos do acontecimento.

Por fim, chegou-se a mera conclusão que pontos significativos da História da humanidade, são previamente fundando em grandes acontecimentos que marcam de uma certa forma a população, e sem dúvidas é uma espécie de patrimônio do povo, que de alguma forma, sempre será lembrado. É fato que o Direito ao Esquecimento, tem como objetivo cessar ou apagar fatos do passado, que causam dor e sofrimento, mas não significa necessariamente que deva gerar uma indenização em face disso, nem tão pouco ser totalmente apagado da história.

CONCLUSÃO

Ao concluir este estudo, foi possível criar uma concepção da Tutela Jurídica na vida do ser humano. Tão precisamente o Direito ao Esquecimento, que veio com intuito de trazer uma esperança para aqueles que um dia cometeram erros, ou foram vítimas de terceiros que expuseram sua intimidade. Nesse mesmo pensamento, há que se falar da ligação do direito ao esquecimento com a ressocialização do indivíduo, dentro da esfera criminal? Fundamentos jurídicos dizem que sim, pois toda pessoa tem o direito de recomeçar a sua vida, sem que seus erros sejam expostos a todo momento, trazendo a tona fantasmas do passado, uma vez que para a ressocialização, a superação de todo o ocorrido, é essencial para seguir em frente. Em contrapartida, questiona-se o Poder Judiciário se omitir em conceder a tutela da aplicação desse direito. Pesquisas revelam que a não aplicação, é impor ao atingido uma espécie de “pena perpétua”, onde ele será sempre lembrado, julgado e visto como uma pessoa negativa, o impedindo do pleno convívio social, entretanto, cabe a cada caso uma séria e rigorosa análise por parte do magistrado, uma vez que tratando-se de direito ao esquecimento, não necessariamente está ligado com o dever de indenização.

Destarte, conforme todo o explanado, conclui-se que somente será admissível tal instituto embasado diante da explanação de razões por parte dos os envolvidos no caso, que dessa forma poderá chegar a uma justa

análise, decidindo a necessidade ou não da aplicação do Direito ao Esquecimento. Há sempre que se falar, que o direito de um termina onde começa o direito do outro. Fala-se muito, na verdade o tempo todo, em liberdade de expressão, mas não significa que esse direito concerne a qualquer pessoa a liberdade de interferir na vida de outrem.

O reconhecimento do direito de ser esquecido, é compreender a força normativa da Carta Magna, explanando sempre a justiça, que todos de alguma forma, em algum momento de suas vidas pleiteiam, afinal é isso que significa a terminologia “Direito”, nada mais do que a recepção de valores que buscam a proteção da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

RULLI JÚNIOR, Antônio; RULLI NETO, Antônio. Direito ao esquecimento e o superinformacionismo: apontamentos no direito brasileiro dentro da sociedade da informação. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, n. 1, 2012. P. 426).

.”(SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e Direito Fundamentais na [Constituição Federal](#) de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 5ª edição, p. 62).

DIAS. Berenice. Manual de Direito das Famílias – Princípios do Direito de Família. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009. p.61-63.

CARVALHO, Kildare Gonçalves Carvalho. Direito Constitucional. 13. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 549.

JORNAL ESTADO DE DIREITO: 26. Ed. Porto Alegre: 2010, pág. 14/15. Disponível em: <<http://www.youblisher.com/p/944365-26-EDIÇÃO-JORNAL-ESTADO-DE-DIREITO>>. Acesso em 28 de abr 2017.

Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1.334.097/RJ, Relator Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013. . Acesso em: 30 de abr 2017.

Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1.334.097/RJ, Relator Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013. . Acesso em: 30 de abr 2017.

Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1.334.097/RJ, Relator Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013. . Acesso em: 30 de abr 2017.

Direito ao Esquecimento: comentários ao acórdão no REsp n. 1.335.153/RJ. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41089/direito-ao-esquecimento-comentarios-ao-acordao-no-resp-n-1-335-153-rj>> Acesso em 28 de abr 2017.

NOTAS:

[1] Orientadora: Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais, na Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2005). Especialização em Direito Público, na Escola Paulista de Direito (2006). Especialização em Direito Tributário, no Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (2008). Especialização em Direito Empresarial e Tributário, na Unitoledo/Araçatuba (2013). Especialização em Direito Civil, na Anhanguera/Uniderp (2013). Especialização em Direito Constitucional, na Anhanguera/Uniderp (2014). 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 de advocacia Páez & Bertolo. Professora Universitária na Universidade Brasil, campus Fernandópolis-SP.

MÉTODOS INTERPRETATIVOS NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 769 DA CLT À LUZ DA TEORIA INTERPRETATIVA KELSENIANA

ARTHUR MARCEL BATISTA GOMES:
Bacharel em Direito pela UFPE (2014), Servidor Público Federal.

RESUMO: O trabalho tem por objeto a questão das lacunas jurídicas no Direito Processual do Trabalho e seus métodos interpretativos. Nesse sentido, destaca-se a importância dos pontos que envolvem o tema da filosofia do direito para a compreensão de questões dogmáticas, como, por exemplo, a polêmica do artigo 769 da CLT. Assim, a partir dos métodos interpretativos voltados aos casos de lacunas jurídicas no direito processual do trabalho, a utilização subsidiária e/ou suplementar do processo civil no processo do trabalho, realiza-se uma análise dessa sistemática à luz da teoria interpretativa kelseniana. Para tal, foram utilizados teóricos tanto da filosofia do direito, a fim de investigar os métodos interpretativos à luz da Teoria Pura do Direito, como também doutrinadores da área do direito processual trabalhista e civil. A utilização da jurisprudência como forma de observar o comportamento dos tribunais (principalmente do Tribunal Superior do Trabalho) frente aos casos concretos foi recorrente no estudo. Portanto, objetiva-se realizar uma sucinta abordagem dos métodos interpretativos no casos de lacunas jurídicas no processo do trabalho a partir do marco teórico kelseniano.

Palavras-chave: lacunas jurídicas, métodos interpretativos, subsidiário, suplementar, processo civil e processo do trabalho, Kelsen.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Lacunas jurídicas e métodos interpretativos: da teoria da moldura kelseniana ao artigo 769 da CLT. 3. Considerações finais. 4. Referências.

1 Introdução

Está previsto no artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que, em havendo omissão desse diploma, será possível a utilização

do direito processual civil como fonte subsidiária para suprir os espaços vazios da legislação laboral, excetuando os casos em que houver incompatibilidade entre as normativas do processo civil e do processo trabalhista. Nesse sentido, trata-se de critério para a resolução dos casos em que se encontram lacunas jurídicas no ordenamento jurídico. A aplicação do artigo 769 da CLT, portanto, implica em um processo que, dentro da Teoria Pura do Direito, desenvolvida por Kelsen, é colocado como a fixação da moldura interpretativa do direito. Dentro desse campo de discussão, é perceptível a existência de pontos ainda questionáveis quanto à aplicação de dispositivos de fixação da moldura do direito em casos de lacunas jurídicas.

A aplicação dos artigos 769 da CLT, portanto, envolve questões que vão desde a necessidade de um direito processual trabalhista específico, diante de demandas especializadas em conteúdo laboral (afinal, a justiça do trabalho tem uma função bastante delimitada diante da justiça comum), até a funcionalidade de um sistema jurídico que aparece priorizando tanto a efetividade da tutela jurisdicional quanto a desburocratização de institutos que servem em muitos casos como obstáculos à obtenção da demanda material, sem perder de vista princípios básicos como o da segurança jurídica.

A utilização subsidiária e/ou suplementar do Processo Civil como método interpretativo nos casos omissos do Processo do Trabalho envolve desse modo, pontos controversos que necessitam ser analisados. Nesse sentido, o trabalho estará centrado na observância do artigo 769 da CLT em consonância com a teoria da moldura kelseniana. Dessa forma, não está a se descartar outros dispositivos que por ventura venham a incrementar as possibilidades de utilização do Processo Civil de forma subsidiária e suplementar ao Processo do Trabalho, mas há o foco no artigo 769 da CLT por compreender que esse irradia os princípios norteadores da hermenêutica de um eventual método interpretativo de preenchimento de lacunas no processo trabalhista.

Portanto, será necessário o estabelecimento do local das lacunas dentro do direito dogmaticamente organizado, para, só então, encaminhar-se para a previsão específica do artigo 769 da CLT enquanto método de

fixação da moldura interpretativa do direito. Ao realizar esse corte epistemológico, serão utilizadas fontes da doutrina processualística tanto laboral quanto civilista. Além de entendimentos jurisprudenciais a respeito do assunto, afinal, será considerado que a questão das lacunas no direito se dá principalmente nos momentos de decisão/interpretação de casos concretos.

Por escopo, portanto, tem-se um levantamento das principais correntes que dão suporte à utilização do direito processual civil como recurso subsidiário e/ou suplementar ao direito processual do trabalho, seus fundamentos e inserção no debate jurídico, bem como a observância de sua aplicação na prática das instâncias decisórias. Além de identificar na doutrina processualista civil e trabalhista os debates acerca do alcance que as lacunas da CLT implicam na utilização do direito processual comum à esfera laboral

A presente pesquisa, então, mostra-se necessária, uma vez que se mostra imperativa a apreciação de como interagem as diversas vertentes a respeito da utilização do processo civil de forma subsidiar e suplementar no processo do trabalho, e identificar se existe alguma que disponha de posição hegemônica. Além de realizar uma abordagem baseada em substratos da filosofia do direito para analisar as questões dogmáticas colocadas em âmbito jurisdicional.

Portanto, o exercício interpretativo desse instituto da lacuna jurídica diante de casos concretos envolve questões que vão desde a necessidade de um direito processual trabalhista específico, frente a demandas especializadas em conteúdo laboral (afinal, a justiça do trabalho tem uma função bastante delimitada diante da justiça comum), até a funcionalidade de um sistema jurídico que priorize tanto a efetividade da tutela jurisdicional quanto a desburocratização de institutos dogmáticos.

2 Lacunas jurídicas e métodos interpretativos: da teoria da moldura kelseniana ao artigo 769 da CLT.

Considerando a impossibilidade da completude do sistema jurídico, tem-se o estabelecimento de métodos e critérios que o intérprete deve

proceder ao se deparar a casos de lacunas jurídicas. Nesse sentido, aborda-se a previsão estabelecida no artigo 769 da CLT. Porém, antes de inter-relacionar diretamente a teoria das lacunas jurídicas aos métodos interpretativos no processo do trabalho, é importante destacar as fontes e a função do processo do trabalho no ordenamento jurídico.

Dessa forma, destaca-se primeiramente o princípio da autonomia da dogmática processualista frente à material, o que não dispõe que estejam dissociadas. Desse modo, o direito processual do trabalho está regido por um tronco estrutural, qual seja, a teoria geral do processo:

(...) a teoria geral do processo permite, a um só tempo, o livre transito de ideias entre os diversos ramos do direito processual, propiciando uma fonte permanente de atualização dos diferentes subsistemas processuais, bem como as noções gerais das finalidades do direito processual. (LEITE, 2010, p. 40).

Quanto às fontes do direito processual do trabalho, adota-se a classificação realizada por Carlos Henrique Leite em fontes materiais e fontes formais diretas/indiretas/de explicitação. As fontes materiais são aquelas que emergem do próprio direito material do trabalho, logo, aquelas oriundas das relações sociais. Já as fontes formais são as que estão positivadas no ordenamento jurídico e se subdividem em fontes formais diretas (as que abrangem a lei em sentido genérico – incluindo atos normativos e administrativos editados pelo Poder Público – e o costume); fontes formais indiretas (aquelas extraídas da doutrina e da jurisprudência); e fontes formais de explicitação (fontes integrativas tais como a analogia, os princípios gerais de direito e a equidade). (LEITE, 2010, p. 48-49).

Para o presente estudo e conforme a referida classificação, as fontes formais de explicitação se destacam. Isso porque, as fontes integrativas uma vez assim consideradas, servem como critério de decibilidade para o intérprete em casos de lacuna no ordenamento jurídico. Para além das fontes de explicitação já consideradas, na CLT, fonte formal

direta básica do direito processual do trabalho, existe a previsão do artigo 769:

Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

O dispositivo, portanto, trata de critério previsto pelo próprio código para sanar/colmatar eventuais casos de lacunas, utilizando de maneira de interpretação subsidiária da legislação já existente de forma sistemática no ordenamento jurídico. Ou seja, o próprio código prevê critérios válidos interpretativos para decidir qual norma deve ser aplicada em casos de lacuna, deixando para que o intérprete, uma vez identificando a omissão do direito processual trabalhista (inexistência de previsão), utilizar de forma subsidiária o direito processual comum. Esse dispositivo pode ser também associado à previsão mais específica do artigo 889 da CLT, por exemplo, veja-se:

Art. 889 - Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.

Trazendo para a teoria da moldura estabelecida mais especificamente no último capítulo intitulado por “A Interpretação” da obra “Teoria Pura do Direito” do filósofo Hans Kelsen (2000), tem-se que a interpretação é aquele ato de “fixar sentido”, saber qual o conteúdo que há de se dar à norma. Nesses termos, existem três espécies de interpretação das normas jurídicas, são elas: a) interpretação do direito pelo órgão que o aplica; b) interpretação do direito pelo indivíduo que o deve observar; c) interpretação do direito pelo viés da ciência do direito. Devido ao objeto do presente trabalho, o foco está voltado para a primeira espécie, qual seja, aquela centrada na interpretação do direito pelos órgãos que o aplica, devido ao próprio direcionamento legislativo do artigo 769 da CLT.

A teoria da moldura, desenvolvida por Kelsen, estabelece que o direito deve ser aplicado a partir da concepção de uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de subsunção. Isso porque, existe uma relativa indeterminação do ato de aplicação do direito que poderá ser uma indeterminação intencional ou uma indeterminação não intencional. Em termos de indeterminação intencional, Kelsen considera que "(...) todo ato jurídico em que o direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica, quer seja um ato de pura especulação, é, em parte, determinado pelo direito, e, em parte, indeterminado" (KELSEN, 2000, p. 388-389). Nesse sentido, o estabelecimento de uma norma simplesmente geral é operado sempre sob o pressuposto de que a norma individual que resulta da sua aplicação continua o processo de determinação (KELSEN, 2000). Já a indeterminação não intencional colocada por Kelsen, diz respeito à pluralidade de significações de uma palavra, indeterminação essa impossível de controlar ou regular sistematicamente já que o sentido verbal da norma não é unívoco (KELSEN, 2000).

Assim, o direito, de acordo com a exposta teoria, deve ser aplicado como uma moldura. A questão, gira em torno, então, da fixação da moldura, já que, dentro dessa há várias soluções (preexistentes) de igual valor: "A interpretação deveria desenvolver um método que tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada" (KELSEN, 2000, p. 391). É nesse sentido que se realiza, no presente trabalho, a ponte entre a teoria da moldura kelseniana e o artigo 769 da CLT. Kelsen reconhece que não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do direito possa ser preferida à outra inserida também dentro da própria moldura (KELSEN, 2000), porém, a questão a ser sanada por dispositivos hermenêuticos tais qual a previsão do artigo 769 da CLT é justamente o estabelecimento de um critério para a fixação da própria moldura, e, portanto, para a cristalização das interpretações possíveis dentro desse espaço delimitado.

Ao prever a técnica de aplicação subsidiária de legislação comum frente a casos de omissão do direito processual do trabalho, os artigos 769 e 889 da CLT estabelecem a moldura a ser fixada em casos de lacunas jurídicas. A utilização da teoria da moldura enquanto aplicação dos dispositivos supramencionados pode ser encontrada em fundamentações

de julgados do próprio Tribunal Superior do Trabalho, senão, veja-se o seguinte caso:

RECURSO DE REVISTA - TERCEIRIZAÇÃO - ENTE PÚBLICO - ADC Nº 16 - CULPAS IN VIGILANDO, IN ELIGENDO E IN OMITTENDO - ARTS. 58, III, E 67, CAPUT E § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 - INCIDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. O art. 71 da Lei nº 8.666/93 foi declarado constitucional pelo STF, sendo inadmissível a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, nos casos de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços. Entretanto, nos termos da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, a ocorrência de culpa in eligendo, in vigilando ou, ainda, in omittendo, implica a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas verbas trabalhistas devidas ao trabalhador terceirizado. Assim, quando o ente da Administração Pública não logra comprovar que cumpriu os deveres impostos nos arts. 58, III, e 67, caput e § 1º, da Lei nº 8.666/93, incide a responsabilidade subsidiária. Incidência da Súmula nº 333 do TST. Recurso de revista não conhecido. MULTA DO ART. 475-J DO CPC - INAPLICABILIDADE NA JUSTIÇA DO TRABALHO. Ressalvado o posicionamento deste Relator, nos termos da jurisprudência dominante nesta Corte, não é aplicável ao processo do trabalho a multa prevista no art. 475-J do CPC, que se refere ao cumprimento da sentença civil, haja vista a incompatibilidade com as disposições dos arts. 769 e 889 da CLT. Precedentes da SBDI-1 do TST. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 960-10.2011.5.15.0007 ,

Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho,
Data de Julgamento: 18/09/2013, 7ª Turma, Data de
Publicação: DEJT 20/09/2013)

No voto da ementa referida acima, o qual afasta a aplicabilidade do artigo 769 da CLT por não considerar se tratar de caso de lacuna jurídica, há o destaque para a teoria kelseniana da moldura:

(...) O próprio Kelsen não adota tese tão radical, mas ao contrário afirma categoricamente que além da interpretação ser autêntica, o aplicador tem liberdade para enquadrar o caso concreto dentro da moldura da norma jurídica: "a interpretação feita pelo aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. (...) A produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicável é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato...

É possível colocar o artigo 769 da CLT como aquele que fixará a moldura em casos de lacuna jurídica, porém, a sua própria aplicabilidade deve respeitar critérios hermenêuticos pré-estabelecidos. Desse modo, a aplicação subsidiária de legislação comum aos casos omissos na CLT só ocorrerá caso os seguintes requisitos sejam preenchidos: a) omissão do direito processual do trabalho; b) compatibilidade com os princípios do processo do trabalho. Ou seja, não será em todos os casos de lacunas no processo do trabalho que haverá a aplicação da legislação comum de forma subsidiária. Nesses termos, a previsão de condições para a aplicação da legislação comum de forma subsidiária ao processo do trabalho foi necessária principalmente pelo viés da especialidade^[1] que o direito do trabalho tem em relação à justiça comum: exige-se do interprete uma postura comprometida com o direito material do trabalho. Carlos Henrique Leite ainda complementa:

Dai a necessidade de uma cláusula de contenção das normas do processo civil, o qual somente seria aplicado subsidiariamente em duas situações: existência de lacuna no sistema processual

trabalhista e compatibilidade da norma a ser transplantada com os seus princípios peculiares (CLT, art. 769). Afinal, quando o art. 769 da CLT foi editado (1943), o 'direito processual comum', que poderia ser utilizado como 'fonte subsidiária' do processo do trabalho, era o Código de Processo Civil de 1939. (LEITE, 2010, p. 97).

A necessidade de observação das condições expostas para a incidência do art. 769 da CLT foi utilizada enquanto argumento para afastar, por exemplo, a aplicação do artigo 475-J do CPC/1973 ao processo trabalhista. Esse dispositivo prevê em legislação comum a aplicação da multa de dez por cento sobre o valor da condenação em caso de não pagamento pelo devedor no prazo de quinze dias. Após muitas discussões em torno do tema, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) estabeleceu a tese de que o artigo 475-J do CPC/1973 só poderia ser aplicado caso houvesse omissão (lacuna) na legislação processualista trabalhista, o que não é o caso. Segue:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. FASE DE EXECUÇÃO. MULTA PREVISTA NO ARTIGO 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO. Agravo de instrumento a que se dá provimento para determinar o processamento do recurso de revista, em face de haver sido demonstrada possível afronta ao artigo 5º, LIV, da Constituição Federal. RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. FASE DE EXECUÇÃO. MULTA PREVISTA NO ARTIGO 475-J DO CPC/1973. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO. Ressalvado o meu posicionamento quanto ao tema, de acordo com a jurisprudência

prevalecente desta Corte, **a multa prevista no artigo 475-J do CPC/1973 não se aplica ao processo do trabalho, já que a CLT não é omissa e possui disciplina própria, consubstanciada nos seus artigos 880 e seguintes, que estabelecem a garantia da dívida por depósito ou pela penhora de bens bastantes ao pagamento da condenação. Precedentes**. Recursos de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (RR-477-56.2011.5.01.0043, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 08/06/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/06/2016)[2].

Nesses termos, o conceito de subsidiariedade, por sua vez, está associado na doutrina processualista trabalhista à aplicação da legislação comum quando as leis do direito do trabalho (na CLT ou em leis extravagantes) não preveem específico instituto processual. Esses casos de utilização subsidiária poderiam ser constatados na utilização de tutelas de urgência, ação recisória, ordem preferencial de penhora, hipóteses legais de impenhorabilidade, etc. (SCHIAVI, 2016, p. 156). Ou seja, havendo o instituto na doutrina processual trabalhista, a legislação comum deverá ser afastada. Assim, observa-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.
FINALIDADE. **A teor do que dispõe o artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao Processo Trabalhista (art. 769 da CLT)**, os Embargos de Declaração somente se prestam a sanar omissão, obscuridade ou contradição da decisão hostilizada. Embargos Declaratórios aos quais se nega provimento. (ED-ROAR - 268165-35.1996.5.08.5555 , Relator Ministro: Valdir Righetto, Data de Julgamento: 28/03/2000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 28/04/2000)

RECURSO DE EMBARGOS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MULTA. PRESSUPOSTO. OBJETIVO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. NÃO-RECOLHIMENTO. Esta SBDI-1 vem-se pronunciando no sentido de que o não recolhimento da multa por litigância de má-fé, aplicada com base no artigo 18 do CPC, não pode ser exigido como pressuposto objetivo de admissibilidade recursal, porque **no processo do trabalho as custas estão reguladas pelo artigo 789 da CLT e incisos, não se admitindo a aplicabilidade de forma subsidiária de normas de direito processual comum, em especial a norma do artigo 35 do CPC.** Recurso de Embargos não conhecido. (RR - 635500-13.2003.5.12.0035 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 22/10/2007, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 30/11/2007)

3 Considerações finais

A partir da exposição anterior, percebe-se a importância no desenvolvimento de métodos e critérios interpretativos para lidar com situações em que lacunas jurídicas são inevitáveis. Dessa forma, o artigo 769 da CLT funciona, dentro dos moldes da teoria kelseniana, como aquele que fixa a moldura dentro da qual o direito deverá ser interpretado. Importante ainda destacar que tal técnica dogmática para lidar com casos de lacunas jurídicas dentro do processo do trabalho visa o princípio fundamental da segurança jurídica. A questão é que os dispositivos dogmáticos não são suficientes. Isso porque até mesmo o exercício de interpretá-los traz diversas dúvidas a respeito da aplicação dos critérios de supressão das lacunas. Nesse sentido, conclui-se que para além de um estudo atrelado à harmonização dos institutos dogmáticos é necessário ter uma base principiológica associada à filosofia do direito.

Revela-se, portanto, que o dispositivo interpretativo do artigo 769 da CLT diz respeito a como as diversas vertentes interagem entre si em

relação à utilização do processo civil de forma subsidiar e complementar no processo do trabalho. Existem posições hegemônicas a respeito da utilização dos institutos, mas essas se dão em decorrência da análise de casos concretos, ou seja, não existe uma norma genérica que irá definir quais os institutos do CPC/15 irão ser utilizados pela justiça do trabalho.

Ou seja, se por um lado para colmatar as lacunas do art. 769 da CLT “(...) torna-se necessária uma nova hermenêutica que propicie um novo sentido ao seu conteúdo devido ao peso dos princípios constitucionais do acesso efetivo a justiça” (LEITE, 2010, p. 150), por outro, a utilização subsidiária ou supletiva de institutos do Código de Processo Civil não poderá interferir na essência da justiça do trabalho, especializada em dissídios trabalhistas.

4 Referências

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Bapstista Machado. 7ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 8ª Ed. São Paulo: LTr, 2010.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10ª Ed. São Paulo: LTr, 2016.

NOTAS:

[1] “O processo do trabalho surgiu da necessidade de se implementar um sistema de acesso a Justiça do Trabalho que fosse a um só tempo simples, rápido e de baixo custo para os seus atores sociais”. (LEITE, 2010, p. 97).

[2] Em <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>, acessado em 25/10/2016.

ANALISAR A AUSÊNCIA DE NORMAS PREVIDENCIÁRIAS PARA TUTELAR A APOSENTADORIA POR IDADE DOS TRANSEXUAIS, SEGURADOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA.

EVA BENTO GOMES: Acadêmica: Graduação em Serviço Social pela Universidade do Tocantins-UNITINS. Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

Renato Godinho (orientador)[1]

RESUMO: Com este trabalho pretende-se analisar a ausência de normas previdenciárias para tutelar a aposentadoria por idade dos transexuais. No decorrer do trabalho será apresentado um breve histórico da evolução da previdência, bem como, os direitos previdenciários já conquistados pelos homossexuais; serão demonstrados os tipos de aposentadoria existentes na legislação previdenciária brasileira, e será analisada a omissão do Poder Legislativo. E com o objetivo de suprimir a lacuna na lei previdenciária, será apresentada uma percepção da aposentadoria por idade para os transexuais, com seus respectivos requisitos, e para finalizar será inquirido sobre a ausência da aplicabilidade do princípio Constitucional da Isonomia aos direitos previdenciários dos transexuais. Sabe-se que no ordenamento jurídico brasileiro é comum ocorrer alterações nas leis positivadas, para abranger mudanças sociais, é nesse contexto que este trabalho aponta a realidade social dos transgêneros, de forma que a luta pela identidade de gênero não prejudique suas garantias constitucionais. É preciso que a legislação previdenciária acompanhe a evolução social dos transexuais, os segurados que optaram pela cirurgia da transgenitalização. Para isso, é necessário que o poder legislativo abra os olhos para essa necessidade social, tratando os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.

Palavras chaves: evolução social, transgêneros, aposentadoria por idade.

ABSTRACT: This work intends to analyze the absence of social security rules to protect the retirement age of transsexuals. In the discussion of the work will be presented a brief history of the evolution of social security, as well as the social security rights already won by homosexuals; The types of

retirement existing in Brazilian social security legislation will be demonstrated, and the omission of the Legislative Branch will be analyzed. And with the objective of eliminating the gap in the social security law, a perception of age retirement for transsexuals with their respective requirements will be presented and, finally, will be asked about the absence of applicability of the Constitutional principle of Isonomy to the social security rights of transsexuals. It is known that in the Brazilian legal system changes in the positive laws to cover social changes are common, it is in this context that this work points out the social reality of transgenders, so that the struggle for gender identity does not damage its constitutional guarantees. Social security legislation must accompany the social evolution of transsexuals, those insured who have opted for transgenital surgery. For this, it is necessary that the legislative power opens the eyes to this social necessity, treating the equal of equal form and the unequal ones of unequal form.

Key words: social evolution, transgender, age retirement.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Da Evolução Histórica da Previdência Social; 2.1 Da Conquista na legislação previdenciária dos homossexuais; 3 Da legislação Previdenciária Brasileira vigente; 3.1 Da aposentadoria por invalidez; 3.2 Da aposentadoria especial; 3.3 Da aposentadoria por tempo de contribuição; 3.4 Da aposentadoria por idade; 4 Da Omissão do Poder Legislativo; 4.1 Da percepção da Aposentadoria por idade para os transexuais; 4.1.1 Dos Requisitos para o transexual feminino 4.1.2 Dos Requisitos para o transexual masculino; 5 Da Ausência de Aplicabilidade do Princípio Constitucional da Isonomia aos Segurados transexuais; 6 Considerações Finais; 7 Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo dos tempos, o direito, ramo das ciências jurídicas (que visa à ordem social), tem sido cada vez mais revisado, atualizado e alterado para assim, acompanhar as evoluções sociais. Atualmente a legislação previdenciária brasileira está na iminência de mais uma alteração, haja vista, há necessidade de reconhecimento dos direitos previdenciários das pessoas que optaram pelo sexo oposto ao da sua filiação no regime geral da previdência, pois seja qual for à orientação sexual do cidadão, esse

jamais poderá ficar alijado da tutela jurídica do Estado, pois o art. 194, parágrafo único, I da CRFB/88, estabelece a universalidade de cobertura do direito a previdência, o qual visa abranger a todos.

A ausência de normas para regular os direitos previdenciários dos transexuais deve ser analisada em suas peculiaridades, pois não pode passar despercebida aos olhos jurídicos, tendo em vista que se trata de direitos humanos. Por mais que, ainda há resistência religiosa e social, implicando vários percalços quanto à aceitação de alteração de gênero, o Poder legislativo não pode agir de maneira parcial no que diz respeito aos direitos previdenciários dessa classe, haja vista que se trata de um assunto de cunho social, histórico e cultural da nação brasileira bem como de grande discussão acadêmica e popular, sobretudo a partir da segunda metade do século XX.

Hodiernamente é comum ocorrer à alteração de gênero, porém, a legislação previdenciária brasileira não tem acompanhado essa mudança social de maneira paripasso aos direitos adquiridos pelo supracitado grupo objeto de estudo deste trabalho. Certamente essa discrepância tem origem na formação cultural da população brasileira, uma vez que essa possui seu comportamento e escolhas pautados por uma moral falocêntrica e falocêntrica, ou seja, cuja fala privilegia o masculino e suas nuances. É notório que a situação em tela abrange um contexto interdisciplinar, no qual compreende o ramo do direito civil e o ramo de direito previdenciário para amparar os cidadãos que buscam expor sua identidade de gênero. Neste processo de mudança, contudo, dúvidas quanto aos direitos previdenciário disponíveis para o transgênero são colocadas em evidência, na medida que se tornam necessária adequações diante deste cenário sociopolítico do país.

Destarte, esse trabalho tem como fulcro um tema novo, atual e polêmico, pois visa a analisar a necessidade de adequação das normas previdenciárias para oferecer tutela ao segurado que optou pela alteração de gênero após anos de contribuição, bem como, esclarecer quais serão os requisitos de aposentar por idade a este grupo: se serão os requisitos do gênero ao tempo de sua filiação ou se serão os requisitos do novo

gênero adquirido após cirurgia de transplante de órgãos sexuais e alteração do nome civil.

Diante desse cenário, busca-se uma análise mais criteriosa quanto aos direitos previdenciários do segurado transexual, que visa à aposentadoria por idade, uma vez que o contribuinte, antes da cirurgia de transgenitalização, já resguarda para si o direito legal e adquirido de desfrutar dos benefícios de uma aposentadoria, visto que se filiou e durante anos contribuiu com o regime geral de previdência Social, bem como, no que se refere aos direitos recém-adquiridos após a alteração de gênero e de nome na esfera civil. No entanto, há de se considerar que essa alteração interfere na esfera previdenciária, levantando vários questionamentos, como por exemplo: o segurado vai utilizar só a contribuição anterior à cirurgia para requerer a aposentadoria, apenas a contribuição após a cirurgia ou, mesclará o tempo já contribuído e somá-lo ao restante com a participação previdenciária do novo gênero?

Nos termos do artigo 194 e seu inciso I, da Constituição Federal de 1988, é de iniciativa dos Poderes Públicos assegurar a universalidade da cobertura e do atendimento aos direitos relativos à previdência social, pois trata-se de um direito fundamental de segunda dimensão. Posto isso, percebe-se que a Carta Magna atribui ao Poder legislativo a iniciativa de editar normas para assegurar a todos o direito a previdência. Dessa forma, diante deste princípio da universalidade de cobertura e da omissão legislativa quanto aos direitos previdenciários do transexual, é preciso fazer cumprir que o Estado obedeça à Lei Maior no que concerne às decisões que afetam diretamente o grupo de transgênero e suas peculiaridades.

2. DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Previdência Social surgiu em 1883 na Alemanha, por meio do Plano de Previdência aos acidentes do trabalho, criado por Otto Von Bismarck (2008, p. 443). Este Plano de previdência, no início, tratou apenas sobre seguro-doença, posteriormente tratou sobre o seguro-acidente de trabalho, sobre o seguro-invalides e sobre a velhice. Foi a partir desse plano de Otto Von Bismarck que os demais países da Europa começaram a legislar sobre previdência.

Em 1919, ocorreu o Tratado de Versalhes, o qual colocou fim à primeira Guerra Mundial, foi um tratado de paz entre potências europeias. Nessa ocasião criou-se a Liga das Nações, que posteriormente transformou-se na Organização das Nações Unidas – ONU, bem como instituiu também, no mesmo ano, a OIT- Organização Internacional do Trabalho, organismo que defendia questões trabalhistas e previdenciárias, de forma a criar um Programa de Previdência Social, sendo aprovado em 1921.

Na Inglaterra, em 1946 houve uma reforma no sistema de Proteção Social, com a implantação do plano de Seguro Social e Serviços Conexos e Pleno Emprego em uma Sociedade Livre, criado em 1941, pelo economista William Beveridge. Esse plano visava à unificação dos seguros sociais, a universalidade, que a proteção abrangesse a todos os cidadãos e a igualdade, que todos fossem tratados de forma igualitária.

No Brasil, a primeira Constituição a tratar sobre previdência foi a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil em 1891. A partir dessa, começa a surgir legislações sobre previdência, a primeira em 1923, denominada Lei Eloy Chaves Decreto nº 4.682/93, a qual regulamentava a aposentadoria por invalidez, por tempo de serviço, pensão por morte e assistência médica. Já a Constituição de 1934, por sua vez, determina competência ao Poder Legislativo para criar normas sobre aposentadoria, inclusive seu artigo 170, parágrafos 3º e 6º; estabelece, ainda, a aposentadoria compulsória, por tempo de serviço e por invalidez para os funcionários públicos.

Em 1937, período ditatorial, a Constituição conteve-se nos avanços históricos apontados na supracitada área do direito civil em relação aos períodos anteriores. Nesta nova Carta Magna, tem-se substituída a expressão previdência social por seguro social. Apenas com a Constituição de 1946 que se tem recuperada a expressão previdência social. Em que seu artigo 157, inciso XVI, estabelecia que a previdência social fosse custeada por meio de contribuições, do empregado, do empregador e da União, para assim garantir financeiramente a velhice, a invalidez, a doença e a morte de seus contribuintes.

Destarte, em 1954, buscou-se padronizar a legislação sobre a Previdência Social. A partir desse momento, criaram-se vários institutos para auferir esse objetivo, entre os quais cita-se o Regulamento Geral dos Institutos de Aposentadoria e Pensão, surgido oficialmente pelo Decreto nº 35.448/54. Em 1960, Institui-se o Ministério do Trabalho e da Previdência Social, bem como cria-se a Lei Orgânica da Previdência Social nº 3.807, que visava a zelar pela uniformização da previdência social.

O Decreto Lei nº 72 de 1966, unificou os institutos de aposentadoria e pensão ao criar o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), hoje denominado INSS (Instituto Nacional de Seguro Social), concentrando a normatização previdenciária na União. Já o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS) foi criado pela Lei nº 6.439/77, em que a função era integralizar a previdência, a assistência social, a assistência médica e a administração das entidades vinculadas ao Ministério da Previdência e Assistência Social.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 integralizou a previdência social, a saúde e a assistência social no instituto de seguridade Social. Nesta Constituição, vigente até hoje, a previdência está regulamentada de forma clara e expressa no caput do artigo 201, em que se dispõe “A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Diante do exposto, nota-se que foram décadas de lutas para auferir os direitos previdenciários hoje conquistados. Entretanto a luta continua, pois infelizmente, ainda há classes desamparadas em seus direitos, como é o caso dos transexuais, que se encontram em uma luta travada com a sociedade e com o Estado, para terem seus direitos garantidos, uma vez que Constituição de 1988 estabelece, em seus artigos, os princípios da isonomia e da universalidade de cobertura da previdência, os quais não estão sendo aplicados a essa classe de minoria.

2.1 DA CONQUISTA NA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS HOMOSSEXUAIS

A primeira legislação a tratar sobre previdência dos homossexuais foi a Instrução Normativa do INSS – Instituto Nacional de Seguro Social nº 25/2000, originada da Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, em que se estabeleceram direitos previdenciários aos companheiros e companheiras homossexuais, como por exemplo, a pensão por morte e auxílio reclusão para os cônjuges homossexuais que comprovarem união estável e dependência econômica.

Em 2010, o Conselho Federal de Medicina por meio da Resolução nº 1.955, regulamentou a cirurgia de transgenitalismo, por considerar “O paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio.” (CRM, 2010). Isso implica dizer que jamais o transexual aceitará seu corpo físico. Muitos ainda sobrevivem em uma vida frustrada ou desencadeiam depressão por não se identificarem com o corpo em que nasceu. Assim, escolhem se isolar da sociedade, pois se tornam motivo de severas críticas sociais, por fugirem ao heteronormativismo estereotipado pelo imaginário social brasileiro. Como consequência dessa inadequação, muitos deste grupo se suicidam, por não aceitarem o corpo físico ao qual biologicamente deve obedecer, segundo padrões vigentes no comportamento da massa como um todo. O britânico Christopher^[2] (2010) exemplifica bem a situação em tela, pois aos 58 anos de idade, não suportava mais viver em um corpo estranho a sua identidade de gênero, mesmo estando casado há 42 anos e ter dois filhos, fez a cirurgia de transgenitalização e passou a se chamar Christine.

Em 2004, o circular nº 257/2004 da Superintendência de Seguros Privados do Ministério da Fazenda, regulamentou o direito a indenização em caso de morte, para o companheiro ou companheira homossexual sobrevivente, equiparando os casais homossexuais aos heterossexuais. Dessa forma, garante ao dependente homossexual o direito ao benefício DPVAT, assim, respeitando a liberdade de escolha e orientação sexual do segurado.

O município do Rio de Janeiro, em 2001, editou a Lei nº 3.344, que regulamenta o direito a previdência dos servidores municipais, assegurando no parágrafo 2º do artigo 2º, como dependente a pessoa

homossexual que mantenham união com servidor municipal. Bem como, o Município de Porto Alegre no Rio Grande do Sul, legislou no âmbito do direito previdenciário por meio do Decreto nº 14.216/03, em seu artigo 1º, que concede pensão aos companheiros homossexuais, desde que sejam inscritos como dependentes.

Percebe-se um avanço quanto aos direitos previdenciários já adquiridos para os homossexuais (transexuais), mas nota-se, ainda há uma tarefa árdua, um caminho longo a ser percorrido para alcançar os direitos necessários para a tutela jurídica da aposentadoria dos transgêneros, até então desprivilegiados pelo poder do Estado, no que concerne à seguridade social.

3. DA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA BRASILEIRA VIGENTE

Atualmente no ordenamento jurídico da legislação previdenciária brasileira há dois regimes de previdência, o regime próprio e o regime geral. Neste trabalho, será abordado apenas sobre as quatro espécies de aposentadorias do regime geral de previdência do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, as quais são: a aposentadoria por invalidez, a aposentadoria especial, a aposentadoria por tempo de contribuição e a aposentadoria por idade. Todas têm previsão legal na Lei de Previdência Social nº 8.213/91, bem como algumas disposições estão na Lei nº 8.212/91.

3.1 DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

A aposentadoria por invalidez é devida ao segurado que comprovar invalidez permanente. Pode solicitá-la aquele que está impossibilitado de se reabilitar para o seu trabalho, sua atividade remunerada e que lhe garante a própria subsistência. A comprovação da invalidez permanente será realizada pela perícia médica do INSS – Instituto Nacional de Seguro Social. A carência será dispensada se a invalidez definitiva for decorrente de qualquer tipo de acidente, visto que, não se trata de um fato não planejado. Porém, se a invalidez advir de quaisquer outras causas a carência será de doze contribuições mensais.

Nos termos da lei de Previdência Social, o trabalhador que já possuía doença pré-existente, contraída anterior à filiação ao regime geral de previdência, não terá direito à aposentadoria por invalidez, salvo se a invalidez sobrevier por motivo de progressão ou agravamento. O valor da aposentadoria por invalidez é 100% (cem por cento) do salário de benefício, conforme dispõe o § 2º do art. 42 da lei nº 8.213/91.

A aposentadoria por invalidez será paga a partir do término do auxílio-doença ou a partir de dois momentos: do 16º (decimo sexto) dia de afastamento da empresa empregadora ou a partir da data do requerimento, se passados 30 (trinta) dias do distanciamento do emprego. Já para o empregado doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual, especial e facultativo, será contado à data da incapacidade ou da data do requerimento se passados trinta dias da incapacidade. Observa-se que para esses segurados, com exceção do empregado doméstico, não conta a partir do 16º do afastamento, haja vista, que não há empregador, pois os primeiros 15 dias de afastamento da atividade laboral quem paga é o empregador, de acordo com o disposto no art.43, parágrafos 1º e 2º da lei 8213/91.

Serão acrescentados 25% (vinte e cinco por cento) à aposentadoria por invalidez, ainda que atinja o teto previdenciário, do segurado que precisar de auxílio definitivo de uma terceira pessoa para sobreviver, como por exemplo, necessitar de ajuda para tomar banho, se alimentar, dentre outras assistências para garantir sua dignidade humana.

A aposentadoria por invalidez acabará com a morte do aposentado e não se converterá em pensão para os eventuais dependentes que houver e, caso o aposentado por invalidez volte a exercer suas atividades laborais, terá cancelada a aposentadoria a partir da data do retorno. Nada mais justo, haja vista, que a aposentadoria por invalidez, é justamente para substituir o salário do segurado que ficou impedido de exercer suas atividades devido à condição de impossibilidade definitiva de reabilitação para sua função laboral.

Caso o aposentado por invalidez posteriormente reabilite a suas atividades profissionais dentro do prazo de cinco anos, terá direito a

retornar suas atividades na empresa que trabalhava, e conseqüente cessará o benefício visto que, se deu por findada o objetivo de sua existência. Porém, se a reabilitação for apenas parcial, bem como após o prazo de cinco anos, contados a partir da data da aposentadoria ou da data do auxílio doença, inclusive se for considerado apto para realizar outro tipo de atividade laboral, seu benefício não será cancelado automaticamente, recebendo o valor integral nos próximos seis meses, sendo reduzido em 50% (cinquenta por cento) nos seis meses subsequentes, e por igual período se seis meses será reduzido em 75% (setenta e cinco por cento), o qual cessará definitivamente caso haja regressão do agravo incapacitante.

3.2 DA APOSENTADORIA ESPECIAL

O segurado especial é aquele que trabalha sob o regime de economia familiar, responsável pela produção, seja o pai, a mãe e/ou os filhos maiores de 16 anos de idade. Todos serão segurados especiais. Poderá requerer a aposentadoria especial o pequeno produtor rural do sexo feminino com 55 anos de idade e 60 anos de idade do sexo masculino, que por 180 meses tiver trabalhado na área rural, seja na agricultura, na agropecuária (área de até quatro módulos fiscais), no extrativismo vegetal ou como pescador artesanal. O valor da aposentadoria especial consiste em 100% (cem por cento) do salário de benefício.

Nos termos da legislação vigente, Lei n.º 8.213/91 o trabalhador rural, em regime de economia familiar poderá contratar eventualmente terceira pessoa, para ajudar no trabalho rural, caso o trabalho seja desenvolvido habitualmente, será desfigurado o segurado especial. Dessa forma, uma terceira pessoa poderá trabalhar no prazo não superior a 120 (cento e vinte) dias no período de um ano, conforme dispõe o § 7º do art. 11 da Lei 8.213/91.

Segundo entendimento da Turma Nacional de Uniformização, expresso na súmula 30, em regra, o segurado especial não pode ter outra fonte de renda. Não obstante, há exceções, em que permite o recebimento de auxílio reclusão, de pensão por morte, de auxílio acidente, bem como, é permitido no período entre safras ou de defeso a prática de outra atividade,

desde que não ultrapasse 120 (cento e vinte) dias. Inclusive, o trabalhador pode receber em sua propriedade rural turistas, de forma onerosa, como se fosse uma espécie de hotel fazenda ou pousada, no prazo de até 120 (cento e vinte) dias. E, por fim, o segurado especial pode exercer a função de vereador, haja vista, não há exigência de se afastar da residência, pois o município deve ser próximo.

O segurado especial poderá explorar o artesanato a qualquer época, desde que, não seja a principal fonte de renda, sob pena de descaracterizar o segurado especial, conforme súmula 46 da TNU – Turma Nacional de Uniformização. Já o fato de apenas um integrante desenvolver atividade remunerada na cidade por mais de 120 (cento e vinte) dias, não descaracteriza o regime de economia familiar dos demais membros, isto é, aqueles membros da família que continuaram a exercer o trabalho rural continuam caracterizados como segurados especiais.

Diante de todo o exposto, nota-se que a aposentadoria especial está inserida na legislação da previdência social ocorre que, na verdade, o instituto em tela se trata de assistência social (um dos direitos que forma a seguridade social), pois, como explanado, a aposentadoria especial não há contribuição anual, nem mesmo mensal, a carência é a comprovação de 180 meses de trabalho rural.

3.3 DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO.

A aposentadoria por tempo de contribuição, também denominada aposentadoria por tempo de serviço, poderá ser requerida pelo segurado do sexo feminino que contribuiu durante 25 anos de serviço e 30 anos para o segurado do sexo masculino. O valor da aposentadoria por tempo de contribuição consiste em 70% do salário de benefício para a mulher aos 25 anos de contribuição e para o homem aos 30 anos de serviço, acrescentando para ambos 6% a cada ano, chegando a 100% do salário de benefício, a mulher quando completar 30 anos de serviço e o homem quando chegar a 35 anos de contribuição.

A contribuição feita em regime próprio de previdência poderá ser aproveitada para requerer a aposentadoria no regime geral de previdência.

Não há desperdício do tempo de contribuição, há um regime de compensação, em que o regime próprio irá compensar o INSS (regime geral) pelo tempo que o segurado contribuiu e/ou vice versa. Dessa forma, nenhum regime ficará no prejuízo, nem mesmo o segurado que é o maior beneficiado. Esta soma só é possível desde que a contribuição nos dois regimes não sejam concomitantes. Caso a contribuição seja feita ao mesmo tempo, a qual ocorre quando um segurado contribui por via de duas ou mais vias trabalhistas, um sob o regime próprio e outro sob o regime geral, não poderá haver a soma nem tão pouco a compensação.

Nos termos da legislação previdenciária vigente, nos casos em que o segurado trabalhe em três empregos ao mesmo tempo, todos no regime geral de previdência, o tempo de contribuição não será computado em dobro e o salário de contribuição continuará sendo o teto previdenciário. Para esta situação serão somadas as três contribuições, para saber qual é o salário benefício, e, quando o contribuinte se aposentar, só receberá até o teto; caso o salário benefício seja acima do teto, o segurado poderá requerer a diferença com juros e correções.

De acordo, com o inciso IV do artigo 96 da Lei 8.213/91 o recolhimento retroativo é possível com acréscimo de juros moratórios de 0,5% ao mês, multa de 10%, mais correção monetária, bem como o parágrafo 3º do artigo 21 da Lei de Seguridade Social, nº 8.212/91 o contribuinte individual e o facultativo poderão fazer contribuição retroativa, com recolhimento sobre o valor do limite mínimo mensal do salário de contribuição vigente na data do recolhimento retroativo da diferença entre o percentual pago e o percentual de 20%, acrescido de juros moratórios.

Tendo um segurado, se aposentado pelo regime geral e sobrado alguns anos de contribuição e, posteriormente, começar a trabalhar em regime próprio, ainda que tenha sobrado esse tempo de contribuição, não poderá o segurado aproveitá-lo se feita no período anterior a sua aposentadoria.

Portanto, nota-se que o direito a requerer a aposentadoria por tempo de contribuição surge aos 25 (vinte e cinco) anos de serviço para a mulher e para o homem surge aos 30 (trinta) anos de contribuição, ambos com o

valor do salário apenas 70% (setenta por cento) do salário benefício. Posto isso, percebe-se que quanto mais cedo se aposentar maior é o fator previdenciário, maior é o desconto. Dessa forma, para quem não contribui sobre o valor do salário mínimo o interessante é esperar para requerer a aposentadoria - se mulher aos 30 (trinta) anos de contribuição e se homem aos 35 (trinta e cinco) anos de contribuição - assim alcançando o salário 100% (cem por cento) do salário benefício.

3.4 DA APOSENTADORIA POR IDADE.

A aposentadoria por idade será requerida pelo segurado que possuir 180 contribuições, mais o requisito da idade - se mulher deverá ter 60 (sessenta) anos de idade e se homem deverá ter 65 (sessenta e cinco) anos de idade. Nota-se há dois requisitos indispensáveis para solicitar essa modalidade de aposentadoria: a carência e a idade. Já para o segurado especial, reduz-se cinco anos para o homem e para a mulher. Dessa forma a idade para a mulher será 55 (cinquenta e cinco) anos e para o homem será 60 anos, e a carência para ambos será 180 (cento e oitenta) meses de trabalho rural.

Em relação ao trabalhador rural, a atividade poderá ser exercida de forma descontínua, como exemplo, um segurado trabalha no meio rural, só que no período entre safras e também exerça atividade laboral na cidade, desde que não ultrapasse os 120 (cento e vinte) dias. Nesse caso pode-se mesclar a contribuição urbana com a rural, prevalecendo a idade maior, que no caso é da contribuição urbana.

O segurado empregado e o empregado doméstico terão direito à aposentadoria por idade da data do desligamento da atividade laboral, ou da data do requerimento, quando passados 90 (noventa) dias do desligamento. Já os demais segurados, o direito a aposentadoria será datado a partir do requerimento, haja vista, que não tem como haver desligamento da empresa, uma vez que não há empregador. Dessa forma, para todos os segurados o pagamento da aposentadoria vai retroagir até a data do desligamento quando houver, ou da data do requerimento.

Nessa modalidade de aposentadoria, o valor do salário inicia com 70% (setenta por cento) do salário benefício, podendo chegar a 100% (cem por cento). Cabe esclarecer que o salário benefício é a média dos 80% (oitenta por cento) das melhores contribuições. Desse modo, iniciará a aposentadoria com 70% (setenta por cento) e a cada um ano (12 contribuições) acrescenta-se 1% (um por cento), de forma que não pode ultrapassar os 100% do salário benefício. Portanto, percebe-se que para a aposentadoria iniciar-se com o valor de 100% do salário benefício será necessário zerar o fator previdenciário.

O fator previdenciário é um desconto que incide sobre o salário benefício em que será calculado com base na idade do segurado e no tempo de sobrevivência, quanto maior for o tempo de sobrevivência (a expectativa de vida antes de morrer), maior será o fator previdenciário. Para zerar o fator previdenciário é necessário que a mulher, ao somar a idade com o tempo de serviço, alcance 85 pontos e o homem, ao somar a idade com o tempo de serviço, chegar a 95 pontos.

A aposentadoria compulsória será solicitada pela empresa, quando o segurado tiver 180 (cento e oitenta) contribuições e tenha alcançado 70 (setenta) anos de idade no caso do homem e 65 (sessenta e cinco) anos de idade no caso da mulher. Neste caso, o segurado não terá prejuízo quanto aos direitos trabalhistas previstos na CLT- Consolidação das Leis Trabalhistas - receberá tanto a aposentadoria compulsória quanto a indenização trabalhista.

Até o presente momento a regra é essa. Entretanto, se percebe que na legislação previdenciária vigente do regime geral não há previsão legal quanto ao direito previdenciário do transexual, em nenhum dispositivo foi mencionado os requisitos para o transexual se aposentar.

4. DA OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO.

No Brasil, a legislação previdenciária brasileira não abrange as atuais necessidades dos segurados transexuais, que em virtude de alteração de gênero e conseqüentemente alteração do prenome civil, encontra-se frente a uma lacuna a ser preenchida pelo Poder legislativo, de regulamentar os requisitos para o transexual requerer a aposentadoria por idade, tendo em

vista que, após a cirurgia de transgenitalização seu sexo passou a ser o oposto de quando se filiou ao regime geral de previdência.

A omissão do legislativo é uma atitude de desrespeito à identidade de gênero do “outro” desigual do padrão ditado pela sociedade, pois fere os direitos humanos e o direito à liberdade sexual (DIAS, 2009). Ainda que diferentes do padrão social, os transexuais são detentores da dignidade da pessoa humana, estabelecida pela Carta Maior do Estado/Nação, como afirma a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, III, em que estabelece: “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: (...) III – a dignidade da pessoa humana.” (Constituição Federal 1988)

É notório que o legislador se atentou para regulamentar os direitos previdenciários de classes periféricas como, por exemplo, a aposentadoria por idade dos trabalhadores rurais e para as empregadas domésticas. No entanto não há dispositivo na legislação previdenciária vigente no Brasil, que regulamenta a aposentadoria por idade para os transexuais.

É natural que essa lei não regule sobre direitos previdenciários dos transexuais, haja vista que foi editada em 1991 e nessa época ainda não havia expressivos casos de transexuais para o Estado oferecer tutela jurídica. Porém, hoje é indiscutível a necessidade do Poder legislativo regulamentar os direitos previdenciários dessa classe uma vez que o Ministério da Saúde por meio da portaria nº 2.803/2013 reconhece a identidade de gênero e a orientação sexual de forma a disponibilizar pelo SUS o processo transexualizador, bem como há entendimento consolidado do STJ autorizando a alteração do prenome civil para os transexuais. Posto isso, observa-se o posicionamento de SÁ (2000, p.50).

Questionar a ciência não significa, no entanto, negá-la. É repensá-la numa nova dimensão, ou seja, em seu significado sócio-cultural, em seu caráter instrumental em relação à sociedade. É estabelecer um vínculo entre o processo de produção científica e as necessidades sociais.

Os transgêneros estão incluídos nos grupos sociais em desvantagens aos demais. Conhecer a realidade social dessa classe é imprescindível para legislar. Ao se averiguar sobre a ótica do transexual, percebe-se que entre a crise de identidade física com a identidade psicológica há uma gritante disparidade, a qual pode acarretar uma série de problemas para este cidadão, como por exemplo o bullying, as dificuldades de inclusão social e até mesmo o suicídio.

Para melhor entender o transexual ou transgênero, aquele que realizou cirurgia para mudar de sexo, é preciso entender o porquê dele tê-lo feito; única maneira possível de auferir harmonia entre a identidade física e a psicológica. Os transexuais são pessoas que nunca aceitaram seu órgão genital, seu corpo físico, nunca se sentiram realizados com sua identidade física, muitos chegam ao extremo, de tirar a própria vida, pelo fato de sua identidade psicológica não corresponder a seu órgão sexual físico. Para melhor corroborar, segue entendimento de JUNG (2009, p. 29).

o lado masculino da mulher, o animus, e o lado feminino do homem, a anima – como existente potencialmente no inconsciente desde o início da vida e progressivamente requerendo a atenção da consciência, assim como o estabelecimento e o desenvolvimento de um caminho de relação com ela e com o mundo exterior.

Destarte, o legislativo em sua omissão assume uma postura fatalista em que não consegue visualizar a necessidade de ação frente à realidade social. A omissão do legislativo não pode impedir um direito constitucional do transexual. Ao legislar sobre direitos previdenciários dos transexuais, o Estado estará zelando pela dignidade humana desta categoria de pessoas, pois esses encontrarão respaldo jurídico para a necessária inclusão social, permitindo aos cidadãos plenitude de vida, de aceitação pessoal e social. Cabe salientar, que a própria Constituição Federal de 1988 veda a discriminação e o preconceito conforme dispõe os artigos 3º, inciso IV, artigo 5º caput e o artigo 7º inciso XXX.

Portanto, se a omissão do legislativo persistir, o Estado estará assinando o próprio atestado de preconceito e discriminação por essa classe de pessoas, assim, ferirá a própria Constituição Federal, Lei Maior do Estado/ Nação. Sendo responsável pelo caos que essa omissão pode provocar no meio social. Assim, tornará as garantias constitucionais, ineficientes, haja vista que sua existência tem a função de manter a paz e a ordem social, pois é dever do Estado legislar para regulamentar o direito de todos sem quaisquer tipos de discriminação.

4.1 DA PERCEPÇÃO DA APOSENTADORIA POR IDADE PARA OS TRANSEXUAIS.

Não há o que se dizer que os transexuais são frutos de doença, pois a medicina já excluiu a homossexualidade da lista de classificação Internacional de Doenças (CID-10). Diante disso, não se pode esperar “cura” dos transexuais, nem tampouco deixar de legislar para essa categoria de pessoas, pois elas não deixarão de existir, pelo contrário, a tendência é cada vez mais as pessoas se encorajarem a buscar no corpo físico a verdadeira identidade psicológica, haja vista que a forma de falar, de vestir, de agir é totalmente o inverso do órgão genital que possui.

Portanto, nota-se que não há motivos que justifique a omissão do Estado, por meio do poder legislativo, em editar normas que regulamentem a mudança de gênero diante do direito à previdência para aposentadoria por idade. É evidente, o transexual não pode ser vítima de discriminação no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que sua orientação sexual não pode restringir seus direitos assegurados pela Constituição Federal vigente.

No que diz respeito à ausência de normas para regulamentar os direitos previdenciários do segurado, que após anos de contribuição, optou por mudar de sexo, nota-se uma lacuna a ser preenchida com lei que estabeleça sobre como aproveitar os anos de contribuição do segurado que deixou de ser “ele” para ser “ela” e vice versa, bem como se poderá aproveitar esse tempo de contribuição para sua aposentadoria por idade ou se só poderá utilizar para aposentar a contribuição feita quando já

alterou o gênero e se seria possível somar as contribuições dos dois gêneros.

Diante de tantos questionamentos necessários para a tutela jurídica do direito previdenciário dos transexuais, garantido pelo artigo 194, parágrafo primeiro, inciso I da Constituição Federal vigente, o Poder público deve estabelecer a previdência de forma universal, ou seja, tutelar a todos de forma igualitária, sem qualquer tipo de discriminação. Tendo em vista que a Lei de Previdência Social nº 8.213/91 e a Lei de Seguridade Social nº 8.212/91 não dispõem normas sobre as regras para aposentadoria por idade do segurado que optou por mudança de sexo, é notório que o legislativo não pode mais desconsiderar essa realidade, sob pena de ferir a Carta Maior, vigente no Brasil.

Portanto, tendo em vista que não há normas para regular os direitos previdenciários dos transexuais, entende-se que a lei para regulamentar a aposentadoria por idade dos transgêneros deverá estabelecer requisitos para duas situações distintas. A primeira para o homem que nasceu com identidade de gênero feminino e a segunda para a mulher que nasceu com identidade de gênero masculino, do qual, ambos optaram pela cirurgia de transexualização, única maneira de obter harmonia entre corpo físico e a mente.

4.1.1 DOS REQUISITOS PARA O TRANSEXUAL FEMININO

Os requisitos de aposentadoria por idade para o transexual feminino (aquele que era homem, fez a cirurgia para ter a genitália feminina, de acordo com sua identidade psicológica) deveriam permanecer os mesmos requisitos que a lei de previdência social determina para a aposentadoria por idade da mulher; deverá continuar a carência de 180 contribuições, mais a idade de 60 (sessenta) anos, para a segurada empregada e a doméstica, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade para o transexual mulher, no caso de trabalho rural.

Por sua vez, terá redução de cinco anos na idade para aposentadoria por idade para o homem que passou a ser mulher em sua forma física. Pois ao filiar-se ao regime geral, seu sexo era masculino, e, se assim continuasse seu corpo físico e sua documentação de identidade pessoal,

deveria se aposentar com 65 (sessenta e cinco) anos de idade, mas como sua verdadeira identidade de gênero era o oposto a seu corpo físico, e por meio da cirurgia de transgenitalização alcançou a sua verdadeira identidade de gênero, que é o sexo feminino, passará a se aposentar com 60 (sessenta) anos de idade, haja vista, que agora é mulher, e deve seguir os requisitos previstos para a mulher na lei de previdência social. Dessa forma, é necessária a diminuição do tempo de contribuição, tendo em vista, a fragilidade biológica do sexo feminino, pois somente foi feito todo o processo de mudança de sexo, para alcançar a aparência física feminina, por já ter uma mente feminina e pela intensa identificação com as características do gênero feminino.

A justiça Britânica comunga deste mesmo posicionamento, pois no ano de 2008, reconheceu o direito do transexual Christine Timbrel de se aposentar como mulher, com a idade mínima de sessenta anos de idade. Embora, o direito tenha sido auferido somente oito anos após a cirurgia de transgenitalização, é um exemplo para legislação brasileira.

Entretanto, os transexuais que já contribuíram com o regime geral de previdência antes da cirurgia de transgenitalização poderão mesclar as duas contribuições, aquelas feita antes e depois da cirurgia, de forma a não prejudicar o segurado, pois independentemente de seu gênero, já contribuiu durante anos com a previdência geral, não podendo ser penalizado pela busca da identidade plena. De outro lado, deverá ponderar a quantidade de contribuição, pois se for necessário contribuir toda a carência novamente, estará o segurado transexual sendo prejudicado, pois contribuirá a mais em relação aos demais segurados. De outra face o INSS sairá em vantagem, pois receberá de um único segurado contribuição de que deveria receber de dois.

A regra de recebimento da aposentadoria permanecerá a mesma da Lei de Previdência Social, sendo o recebimento da aposentadoria da data de desligamento da empresa, ou da data de requerimento se passados noventa dias da data do desligamento. Em relação ao valor da aposentadoria do transexual feminino, seguirá também a regra da legislação previdenciária vigente, em que iniciará com 70% do salário benefício, podendo chegar a 100% (cem por cento). Para iniciar a

aposentadoria recebendo 100% (cem por cento) do salário benefício será necessário zerar o fator previdenciário. Em relação à aposentadoria compulsória, será requerida pela empresa, quando o transexual feminino tiver 180 (cento e oitenta) contribuições e quando completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade. Assim seguirá a mesma regra para a segurada mulher, sem prejuízo de seus direitos trabalhistas.

Esta percepção de requisitos para aposentadoria por idade do transexual feminino visa a proteger os direitos já garantidos na legislação previdenciária para a mulher, visto que, o objetivo é incluir na letra da lei o transexual.

4.1.2 DOS REQUISITOS PARA O TRANSEXUAL MASCULINO.

Para o transexual masculino (aquele que era mulher e fez a cirurgia para ter a genitália masculina), os requisitos para a aposentadoria por idade deverá ser também à mesma regra prevista na lei de previdência social para aposentadoria por idade para a mulher, haja vista que a nova regra não poderá prejudicar o benefício que teria se continuasse com o sexo feminino. O fato de buscar a verdadeira identidade de gênero não pode prejudicar o direito já adquirido quando fez sua filiação ao regime geral de previdência, afinal não se trata de uma questão de escolha, mas de necessidade psicológica - sua identidade exigia uma atitude bem radical, como a cirurgia para se encontrar verdadeiramente consigo mesmo.

Existem estudos de neurocientistas que comparam o cérebro do heterossexual com o homossexual e há diferença no cérebro dos dois, o cérebro do homossexual feminino a parte denominada corpo caloso (responsável pela transmissão de movimentos e pela fala) é maior do que nos heterossexuais. Em uma pesquisa feita no Canadá (DIAS, 2009, P.54), ficou demonstrado, as impressões digitais dos homossexuais masculinos se aproxima mais das microestrias das mulheres do que das estrias dos homens, levando a presumir que ainda que o homossexual masculino tenha o órgão sexual da mulher, seus traços psicológicos e alguns traços físicos integra a estrutura biológica da sua verdadeira identidade de gênero.

Em outras palavras (e de forma clara) é como se o homem tivesse nascido em corpo de mulher, em um corpo errado, pois seu órgão genital é totalmente o oposto da sua identidade psicológica, levando o transexual a sentir-se um ser estranho uma vez que foge à heteronormatividade perceptível na sociedade brasileira. A alemã Ivonne Buschbaum^[3], ex-atleta de salto, exemplifica bem a situação em tela: aos 34 anos de idade ela já tinha feito a cirurgia de transgenitalização, por que se sentia um homem no corpo de mulher. Hoje seu nome é Balian e sua profissão é personal traine.

Considerando a particularidade desse grupo, nota-se, portanto, que os requisitos para o transexual masculino se aposentar por idade, será a carência de 180 (cento e oitenta) meses de contribuição mais sessenta anos de idade. A regra do recebimento da aposentadoria por idade será a mesma estabelecida pela lei de previdência social, obedecendo à data de desligamento da empresa ou a data de requerimento se passados noventa dias do desligamento.

A aposentadoria iniciará com 70% (setenta por cento) do valor do salário benefício, podendo chegar até 100% (cem por cento), visto que a cada doze contribuições acrescenta-se 1% (um por cento), chegando ao limite de 100% (cem por cento). Já para iniciar recebendo a aposentadoria com 100% (cem por cento) do salário benefício, deverá zerar o fator previdenciário.

Entretanto, os transexuais que já contribuíram com o regime geral de previdência antes da cirurgia de transgenitalização, poderão mesclar as duas contribuições, aquelas feita antes e depois da cirurgia, de forma a não prejudicar o segurado, pois, independentemente de seu gênero, já contribuiu durante anos com a previdência geral, não podendo ser penalizado pela busca da identidade plena. De outro lado, por sua vez, deve-se ponderar, pois se for necessário contribuir toda a carência novamente, estará o segurado transexual sendo prejudicado uma vez que contribuirá a mais em relação aos demais segurados. De outra face o INSS sairá em vantagem, já que receberá de um único segurado contribuição de que deveria receber de dois. Por fim, a aposentadoria compulsória será requerida pelo empregador quando o transexual masculino completar 180

(cento e oitenta) contribuições e mais 65 (sessenta e cinco) anos de idade, sem sofrer prejuízos em seus direitos trabalhistas.

Esta percepção de requisitos para aposentadoria por idade do transexual masculino visa a evitar prejuízo ao segurado que busca pela verdadeira identidade de gênero, dessa os direitos já garantidos na legislação previdenciária para a mulher será aplicável a ao transexual masculino, visto que o objetivo é apenas incluir na letra da lei o transexual.

5. DA AUSÊNCIA DE APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA AOS SEGURADOS TRANSEXUAIS.

O coração do ordenamento jurídico, que é a Constituição Federal de 1988, não tem predileção por classes de pessoas. Ela existe para oferecer tutela jurídica a todos os seres humanos, independentemente de sua cor, credo ou religião, sem distinção de qualquer natureza, conforme dispõe o caput do artigo 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.” (Constituição Federal 1988)

Diante desta garantia constitucional, há uma incógnita: o motivo da não aplicabilidade do princípio da isonomia aos segurados transexuais. Seria o fato da Câmara dos Deputados possuir banca católica e banca evangélica? Cabe destacar, contudo, que o Estado é laico e democrático e, logo, deve pautar suas decisões sob a ótica imparcial da religiosidade. O poder legislativo não pode se influenciar por nenhuma crença, não pode confundir direito e religião, sob pena, de ferir as garantias Constitucionais, que tem como objetivo zelar pelos direitos humanos. Se, o Estado olhar sob, a ótica da religião várias pessoas, ficarão desamparadas da tutela jurídica do Estado. De acordo com a Constituição, em seu art. 19, I,

“É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança,

ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.”(Constituição Federal 1988)

Cabe ressaltar que a Constituição Federal de 1988 não foi feita exclusivamente para os heterossexuais, mas sim para todos que habitam na nação brasileira, inclusive para os transexuais (homossexuais que optaram pela cirurgia de transgenitalização). Não obstante o Estado tem o dever de tratar os desiguais de forma desigual, sob pena de violar o princípio da isonomia. Posto isso, segue entendimento de BARBOSA (1999, p.26)

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou as desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

Destarte, o direito não deve ser regido pela moral, pelo que a sociedade considera certo ou errado, afinal a moral da sociedade vai de encontro com as garantias constitucionais previstas na Lei Maior. De outro lado, a heteronormatividade imposta pela sociedade é influenciada pelas religiões, fato esse, que interfere na evolução dos direitos sociais. Porém o Estado não deve se manter inerte diante a desta situação, pois sendo laico, não pode aceitar posicionamento de religiosos a interferir na edição de normas para oferecer tutela aos cidadãos de sua Nação.

É necessário que o Estado promova, por meio de políticas públicas, o princípio da isonomia, para que a sociedade aceite e entenda que os desiguais devem ser tratados de forma desigual, pois esse tratamento conferirá acesso aos direitos designados pela Constituição Federal, a qual veda toda e qualquer tipo de discriminação. É preciso, também, que a sociedade se ajuste ao novo modelo de vida contemporâneo para evitar atitudes preconceituosas, uma vez que a moral se constrói nos costumes,

e os costumes mudam à medida que a sociedade evolui. Acerca dessa questão afirma KAUFMANN (2010, p 317): “Entende-se frequentemente por “moral” algo de semelhante ou idêntico aos “costumes”. E por seu turno, os “costumes” são afins de outras regras de comportamento como decorrentes do “uso”, da “convenção” e do “hábito”.

Isso implica dizer que a moral é devir, visto que esta é baseada em costumes, em comportamentos decorrentes do hábito das pessoas. Os costumes e os hábitos das pessoas se modificam constantemente, um exemplo clássico é o adultério, que até a alguns anos atrás era crime, mas devido à mudança social, em que se relacionar com duas pessoas ao mesmo tempo, para algumas pessoas tornou-se hábito, a tipicidade entrou em desuso pela mudança social. Para melhor corroborar segue colocação de MALDANER (2008, p. 192)

A moral é histórica, mutável, provisória, porque o sujeito do ato moral, o homem, é um ser histórico por natureza, ou seja, é característica de toda pessoa humana a fazer-se constantemente tanto no plano material como no plano espiritual. Somos seres inacabados, seres de projeto, seres em constante mudança.

Diante do exposto não restam dúvidas: a moral é variável e se transforma de acordo com as mudanças sociais. A pureza, a virgindade exigida há muitos anos atrás era requisito para o casamento, muitos desfaziam o casamento se a nubente não fosse mais virgem; porém, tal exigência deixou de ser costume, isso não é mais um fato imoral. Posto isso, é notório que jamais a moral deve ser fundamento para deixar de editar normas àqueles desprovidos de tutela jurídica, como é o caso da ausência de normas previdenciárias que regulamentem a aposentadoria por idade dos transexuais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No discorrer deste trabalho, notou-se que o ordenamento jurídico exige uma constante renovação em seus dispositivos legais para acompanhar a evolução social. Mais, especificamente, é necessário alterar

a legislação previdenciária para abranger os transexuais que até o presente momento não têm legislação para regulamentar seus direitos de aposentadoria por idade. A evolução social é muito veloz, porém o poder legislativo não conseguiu acompanhar tal evolução.

Aqui cabe lembrar que a ausência de normas para regulamentar o direito previdenciário de aposentadoria para o transexual irá afetar o trabalho do poder judiciário, uma vez que ele tem que decidir o mérito de ações que não tem legislação que regulamenta a necessidade dessa classe social. Dessa forma, será mais uma situação em que o judiciário terá que utilizar de uma função atípica de legislar, para assim suprir a ausência da norma.

O Estado em sua obrigatoriedade tem deixado a desejar quanto ao acompanhamento dessa mudança social, assim não tem contribuído para um país mais igualitário, haja vista que não há legislação para todas as classes sociais minoritárias, fechando os olhos para o princípio da isonomia que visa tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.

Cabe ao Estado reconhecer a notável deficiência na legislação previdenciária, que é a ausência do direito de aposentadoria dos transexuais, e assumir seu papel de oferecer tutela jurídica a essa classe, por meio do poder legislativo, o qual é responsável por criar leis que regulamentem os direitos necessários para garantir a todos os cidadãos a dignidade humana.

Afere-se que o direito possui função de promover a ordem social, por meio do poder legislativo, executivo e judiciário. Ocorre, todavia, que o poder legislativo tem-se deixado levar pela moral imposta pela consciência coletiva da sociedade, o que vem gerando transtornos aos transgêneros no que diz respeito ao gozo pleno de sua contribuição previdenciária.

Outrossim, é importante que o poder legislativo reconheça que o Estado é laico e que é um erro deixar que a religião, camuflada na moral da sociedade, impeça os direitos previdenciários do transexual. Ocorre que

isso não pode persistir mais, sob a pena de violar o princípio da isonomia e os direitos humanos dos transexuais.

Portanto, a percepção de requisito de idade para a aposentadoria por idade do transexual, tanto para o homem que passou a ser mulher quanto para a mulher que passou a ser homem em seu corpo físico, será a mesma idade para ambos: a idade mínima, 60 (sessenta) anos de idade prevista na lei de previdência social, haja vista que o fato de buscar a sua verdadeira identidade de gênero não pode trazer prejuízo ao seu direito de aposentadoria. Já o requisito carência prevalece também para ambos, o mesmo estabelecido pela lei de previdência social 180 (cento e oitenta) meses de contribuições.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALBERTINI, Paulo. FREITAS, Laura Villares de. **Fundamentos da Psicologia. Jung e Reich: articulando conceitos e práticas.** Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2009.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual.** São Paulo: Saraiva 2000.

ARAUJO, Roseana Maria Alencar de. **Serviço Social e Seguridade Social: Previdência.** Palmas: Editora Educon, 2008.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços.** 5º ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência do transexual.** Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em: 10/03/2017 às 16h30min.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm >

Acesso em: 10/03/2017 às 15h28min.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm >

Acesso em: 10/03/2017 às 15h28min.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

BRASIL. Decreto Lei nº 72, de 21 de novembro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0072.htm Acesso em 15/03/2017 às 15h24min.

BRASIL. **Lei nº 3.807**, de 26 de agosto de 1960.

BRASIL. **Lei nº 8.212**, de 24 de julho de 1991.

BRASIL. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991.

BRASIL. **Lei nº 11.718**, de 20 de junho de 2008.

BRASIL. **VADE MECUM**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Decreto n. 35.448 de 1/05/1954. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-35448-1-maio-1954-327399-publicacaooriginal-1-pe.html> >

Acesso em: 10/03/2017, às 15h07min.

CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO. **Lei n**

º 3.344, de 28 de dezembro de 2001. Disponível em: < <http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/4e13da81b29c204b032576ac0072e8e8?OpenDocument> > Acesso em 24/04/2017, às 14h05min.

CASTRO, Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 13º ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589192>

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n.1.652/2002**.
Brasília: CFM, 2002. Disponível em:
< http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm >
Acesso: 29/04/2017, às 15h30min.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice Dias. **União Homoafetiva**. O preconceito & a Justiça. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Instituto Nacional do Seguro Social. **Instrução Normativa n. 25**, de 08 de junho de 2000. Disponível em
<<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/INSS-DC/2000/25.htm>>
Acesso em: 26/03/2017 as 17h36min.

Jus Brasil. Homem que mudou de sexo aos 58 se aposentará como mulheres, aos 60. Disponível em: < <https://ambito-juridico.iusbrasil.com.br/noticias/2249577/homem-que-mudou-de-sexo-aos-58-se-aposentara-como-mulheres-aos-60> > Acesso em 21 de abril de 2017 às 22h56min.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. 4ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

MALDANER, Jair José. **Ética Profissional**. Palmas Editora Educon, 2008.

MESSIAS, Noeci Carvalho. PEREIRA, Mariana Cunha. **Questão de Gênero e Etnias. O exercício da sexualidade**: Novas identidades de Gênero. Curitiba: Eadcon, 2009.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria n. 2.803 de 19 de novembro de 2013. Disponível em:

<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html> Acesso em 22/04/2017 às 16h22min.

PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE. **Decreto n. 14.216**, de 24 de junho de 2003. Disponível em: <http://proweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/previmpa/usu_doc/decreto_14.216_-_2003.pdf> Acesso em 20/04/2017, às 14h17min.

SÁ, J.L. de M. **Especialização versus Interdisciplinaridade**: Uma proposta alternativa. Serviço Social e interdisciplinaridade. 3 ed. São Paulo:Cortez,2000.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. **Direito Previdenciário Avançado**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

SUSEP. **Circular n. 257**, de 21 de junho de 2004. Disponível em <<https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/pplgbt-131.pdf>> Acesso em 12/03/2017 às 13h12min.

Terra. Atleta olímpica troca de sexo e vira personal trainer galã. Disponível em< [https://esportes.terra.com.br/atletismo/atleta-olimpica-troca-de-sexo-e-vira-personal-trainer-](https://esportes.terra.com.br/atletismo/atleta-olimpica-troca-de-sexo-e-vira-personal-trainer-gala.7d7a6f753d919410VgnVCM10000098cceboarCRD.html)

[gala.7d7a6f753d919410VgnVCM10000098cceboarCRD.html](https://esportes.terra.com.br/atletismo/atleta-olimpica-troca-de-sexo-e-vira-personal-trainer-gala.7d7a6f753d919410VgnVCM10000098cceboarCRD.html)> Acesso em 22 de abril de 2017 às 23h34min.

TONI, Cláudia Thomé. **Manual de Direitos dos Homossexuais**. São Paulo: SRS editora, 2008.

NOTAS:

[1]Orientador: Advogado e consultor jurídico. Professor titular de Direito Empresarial e Direito Civil da Faculdade Católica de Tocantins – FACTO. Doutor em Direito Civil pela Universidade Del Museu Social Argentino – UMSA – Argentina. Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Museu Social da Argentina. Pós –

graduado lato sensu, em Direito Civil pela Universidade Unisul de Santa Catarina. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Tocantins – UFT.

[2] Jusbrasil: Homem que mudou de sexo aos 58 se aposentará como mulheres, aos 60. Disponível em: < <https://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/2249577/homem-que-mudou-de-sexo-aos-58-se-aposentara-como-mulheres-aos-60>> Acesso em 21 de abril de 2017 às 22h56min.

[3] Terra. Atleta olímpica troca de sexo e vira personal trainer galã. Disponível em: <https://esportes.terra.com.br/atletismo/atleta-olimpica-troca-de-sexo-e-vira-personal-trainer-gala,7d7a6f753d919410VgnVCM10000098cceb0aRCRD.html> Acesso em 22 de abril de 2017 às 23h34min.

IPTU "VERDE OU ECOLÓGICO"

VALDECI BENTO FERREIRA LIMA:

Bacharelado do Curso de Direito da Faculdade de Direito na Universidade Brasil.

Prof. Me. **Adauto José de Oliveira**(orientador)

RESUMO: A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), no seu artigo 225, 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 varias 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, podendo se esgotar se não forem usados de maneira responsável, por esse motivo, muitos Municípios brasileiros ao analisar o projeto do IPTU Verde, em que o mundo vem aderindo, projeto esse que é um conjunto de benefícios fiscais concedidos à população na forma de desconto no valor do imposto Predial e Territorial Urbano, que algumas prefeituras têm concedido aos proprietários de bens imóveis, como forma de incentivar e conscientizar quem irão construir ou reformar, utilizando medidas que contribuam com a sustentabilidade nas edificações empregando materiais renováveis ou reciclados.

Palavras-Chave: IPTU; IPTU Verde; IPTU ECOLÓGICO; BENEFÍCIOS FISCAIS; MEIO AMBIENTE.

ABSTRACT: The Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988 (CF / 88), in Article 225, externalizes that our environment is a set of autonomous elements each other, but connected to a structure of a natural system that involves balancing the ecosystem with things in the environment, providing various forms of life that are currently known that ranges from the flora, fauna, microorganisms, soil, rocks, atmosphere, among other natural and physical climate phenomena. The preservation and environmental balance depends on the awareness of all and the concern of how to equalize the use of natural resources and can run out if not used responsibly, for this reason, many Brazilian cities to analyze the Verde property tax project, in which the world is sticking project that is a set

of tax benefits granted to the population in the form of discount on the property tax and urban land, which some municipalities have granted to owners of real estate as a way to encourage and educate those will build or renovate using measures that contribute to sustainability in buildings using renewable or recycled materials.

Keywords: IPTU; IPTU Green; IPTU Ecological; Tax Benefits; Environment.

SÚMARIO: INTRODUÇÃO. 1.MEIO AMBIENTE. 2. O ÊXODO RURAL. 2.1. O efeito do êxodo rural. 2.2. O problema da desarborização das cidades. 3.IPTU. 4.LEGITIMIDADE PARA INSTITUIR O IPTU. 5.IPTU "VERDE OU ECOLÓGICO". 6.CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 elenca no seu artigo 225, a preocupação com o nosso Meio ambiente que 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 varias formas de vida que são conhecidas atualmente, englobando o bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para os presentes e futuras gerações.

A partir dessa garantia constitucional, os cidadãos brasileiros juntamente com o Poder Público começam a entender a importância do dever social e da função social da propriedade em garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado, equalizando o uso dos recursos naturais utilizados pelas instituições, podendo se esgotar se não forem usados de maneira responsável.

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.

Pois no passado houve o êxodo rural do qual foi um processo de migração em massa das pessoas do campo para viverem nas cidades, isso gerou mudança brusca associada ao novo modelo de vida pela urbanização, industrialização, concentração fundiária e a mecanização nos campos. Essa mudança teve como efeito a expansão sem limites das periferias urbanas, que ocasionou a formação de moradias habitacionais completamente irregulares, favorecendo o crescimento das favelas nos grandes centros do país. Esse novo conceito de modernidade sem sustentabilidade ocasionou a desarborização de parte das cidades, não se importando com o meio ambiente, onde o percentual de arborização em domicílios no Brasil é muito desigual.

Para corrigir esse problema será necessária a compatibilização do direito econômico com direito ambiental, como demonstrado pelos municípios que já adotaram o IPTU ecológico e/ou ambiental, para os contribuintes conscientes, tendo ótimos resultados.

No capítulo primeiro, abordar-se-á conceitos básicos acerca das definições do meio ambiente, analisando o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No capítulo segundo, será estudado o êxodo rural e o seu efeito, a desarborização das cidades pela região do país que foram perdendo espaço para as construções desenfreadas e sem mensurar os danos ambientais.

No terceiro capítulo, abrangerá a definição específica do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU), assim apresentando um dos instrumentos de proteção da política urbana, elemento este, que será analisado posteriormente. O tributo, portanto, é uma das formas que o Estado tem de intervenção econômica e comportamental com o intuito de proteger o meio ambiente.

No capítulo quarto, conterà uma análise de quem tem a competência para instituir o IPTU e em quais normas estão embasadas essa criação desses impostos regulados por leis Municipais sobre a

propriedade predial e territorial urbana, abrangendo os proprietários desses onde incidirá o IPTU.

Para finalizar, o capítulo quinto, tratará do IPTU "VERDE OU ECOLÓGICO" sendo focado nas formas de concessão dos benefícios fiscais em que as Cidades podem instituir o imposto predial territorial urbano verde ou ecológico como instrumento de proteção ambiental, dando o enfoque e exemplificando como alguns Municípios que possuem o IPTU ecológico e/ou ambiental visando garantir uma melhor qualidade de vida aos moradores das cidades.

1. MEIO AMBIENTE

O conceito de meio ambiente no Direito Brasileiro, foi recebido pela Lei 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), 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 [1].

Segundo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) [2], 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 varias 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 de 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 direito 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. O ÊXODO RURAL

Segundo Pena [3], o êxodo rural foi um processo de migração em massa das pessoas do campo para viverem nas cidades, sendo um fenômeno ocorrido em um curto período de tempo, de forma mais intensa entre 1960 e 1980, mas perdendo força no início dos anos 2000.

Essa mudança brusca foi associada ao novo modelo de vida pela urbanização, industrialização, concentração fundiária e a mecanização nos campos. Essa migração desenfreada foi responsável por grandes problemas devido ao aceleração do processo de urbanização criado pela ilusão das atividades sociais e financeiras oferecidas pelas cidades em modo geral.

2.1. O efeito do êxodo rural

De acordo com Pena [3], a saída desordenada do meio rural para as cidades teve efeitos nocivos para todos, tanto das cidades quanto do meio rural, pode ser destacados problemas como a aceleração desorganizada e concentrada da urbanização nas grandes centros do país, que os atraiu pelas atividades econômicas e seus grandes pólos industriais, gerando riquezas.

Outro problema foi à expansão sem limites das periferias urbanas, que ocasionou a formação de moradias habitacionais completamente irregulares, favorecendo o crescimento das favelas nos grandes centros do país.

Houve também um aumento significativo do número de desempregados e do emprego informal, gerando outra situação precária nas condições de vida desses trabalhadores que saíram do campo para se tornarem estatística na elevação do desemprego.

Outro fator apontado por Pena [3], foi à formação de grandes vazios demográficos no campo, com densidades populacionais e demográficas praticamente nulas nas áreas do Sudeste e Centro-Oeste, devido aos fatores da atratividade econômica ofertada pela cidade.

2.2. O problema da desarborização das cidades

Depois do problema do êxodo rural, veio à superlotação das cidades, dando início ao problema da desarborização, que foi perdendo seu esplendor dando lugar arranha-céus de tijolos e concretos.

Isso pode ser notado nos lugares, onde há maior concentração da população, sendo o índice cada vez menor de espaços verdes.

Esse novo conceito de modernidade sem sustentabilidade ocasionou a desarborização de parte das cidades, não se importando como meio ambiente, sendo substituídas ao longo dos anos por outdoors para melhorar a visibilidade das propagandas, as rachaduras nas calçadas devido às raízes, sujeira por causa das folhas que caem, dentre outros.

O problema da desarborização nas cidades trouxe uma redução da umidade relativa do ar, o aumento do efeito estufa, a não filtragem do ar, aumento de poluição sonora, de temperatura ambiente, diminuição das chuvas e o principal que é a falta de conscientização da população sobre a real importância de se preservar e lutar pela sustentabilidade do meio ambiente, pois sem ele a vida se torna inviável.

É muito fácil perceber o quanto a arborização está perdendo espaço para o concreto armado das calçadas e obras, sendo visíveis pelas marcas deixadas pelos remendos nas calçadas que demonstram que um dia ali existiu uma árvore e que foi ceifada, algumas delas ainda tentam com dificuldades brotar em meio ao concreto.

Para MILAN [4], das quinze cidades brasileiras mais bem arborizadas do País com mais de um milhão de habitantes, Curitiba (PR) ficou em quinto lugar, conforme demonstrado graficamente pela média Brasil.

O percentual de arborização em domicílios no Brasil é muito desigual, variando de 82% à 89% dos domicílios arborizados das cidades de Goiânia (GO), Campinas (SP) e Belo Horizonte (MG) e as cidades com índice ainda menor que variam entre 37,2% à 22,4%, ou seja, Brasília (DF), São Luiz (MA), Manaus (AM) e Belém (PA), MILAN [4] .

O destaque fica para a cidade de Manaus com seus 25%, localizada na Amazônia, demonstrando que mesmo estando em uma parte do país onde o verde predomina, encontra-se bem abaixo da média Brasil que são 68%.

Para mudar esse conceito errado engajado na população, vem sendo empregadas por algumas autoridades Municipais, políticas de arborização nas áreas urbanas, objetivando alcançar o maior índice de parceiros na luta contra a aversão ao verde, através de incentivo fiscal como o IPTU “Verde ou Ecológico”.

3. IPTU

O IPTU é a sigla que significa Imposto Predial e Territorial Urbano, que está consolidada tanto no Estatuto da Cidade como no Código Tributário Nacional, sendo um imposto criado para captar recursos financeiros para o Município, que incide como fato gerador sobre a propriedade imobiliária registrada no Cartório de Registro de Imóveis, onde são cobradas das pessoas que possuam algum tipo de bem imóvel urbano, como exemplo, casa, salas comerciais, prédios comerciais, indústrias, terrenos, apartamentos, dentre outros tipos de imóveis que se enquadre dentro de uma região urbana.

O Estatuto da Cidade [5], em seu artigo 4º, inciso IV, alínea "a", trás que serão utilizados entre outros instrumentos, os institutos tributários e financeiros, incidindo o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU:

Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

I – planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

II – planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões;

III – planejamento municipal, em especial:

a) plano diretor;

b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo;

c) zoneamento ambiental;

d) plano plurianual;

e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual;

f) gestão orçamentária participativa;

g) planos, programas e projetos setoriais;

h) planos de desenvolvimento econômico e social;

IV – institutos tributários e financeiros:

a) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU;

O Código Tributário Nacional LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966 [6], norteia em seu artigo 34 que o contribuinte do imposto, é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

4. LEGITIMIDADE PARA INSTITUIR O IPTU

A constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, “caput”, informa que os Entes Federados da República do Brasil, são indissolúveis na formação do todo e independentes um dos outros, mas gozam de certas autonomias entre si como é o caso da criação do IPTU nos Municípios.

Ainda em consonância, a Constituição Federal de 1988, artigo 156, inciso I, compete aos municípios criarem seus impostos sobre propriedade predial e territorial urbana.

Esse dispositivo constitucional demonstra a capacidade dos Municípios em instituir impostos regulados por leis Municipais sobre a propriedade predial e territorial urbana, abrangendo os proprietários desses onde incidirá o IPTU.

Em consonância com esse artigo 156, inciso I, CF/88, o Estatuto da Cidade, Lei nº .10.257/2001, em seu artigo 4º, inciso IV, prevê instrumentos da política urbana para a criação de institutos tributários e financeiros nos imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, nas contribuições de melhoria, bem como nos incentivos e benefícios fiscais e financeiros, sendo instrumentos a serem empregados nas políticas públicas e privadas no desenvolvimento urbano, com o objetivo de assegurar a sustentabilidade das cidades e das futuras gerações.

O Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 [6], norteia que em matéria de IPTU, quem tem legitimidade para criar o imposto, são os Municípios, sendo disciplinada em seus artigos 32 a 34.

Esses impostos estão alicerçados nos artigos 32 a 34, tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na

zona urbana do Município, desde que observados só requisitos mínimos da existência de melhoramentos indicados em lei, tendo como base de cálculo o valor venal do imóvel, desde que não sejam de caráter permanente ou temporário.

5. IPTU "VERDE OU ECOLÓGICO"

O Brasil atual, para corrigir o problema do desequilíbrio causado pelo êxodo rural, está tendo que adotar algumas medidas de conscientização, preservação, recuperação e proteção do meio ambiente urbano, para arborizar as ruas, praças, avenidas, jardins, dentre outras.

Essas medidas podem ser sentidas e mensuradas por Municípios que implantaram os benefícios fiscais no IPTU, para os contribuintes conscientes, tendo ótimos resultados.

O tema IPTU Verde ou Ecológico é de extrema importância para o conhecimento da sociedade, pois se trata de um conceito novo sobre sustentabilidade no meio urbano, gerando a preocupação em criar mecanismos para frear a deterioração ambiental causada pelo próprio homem.

Este assunto, trás ao contribuinte uma nova visão ao observar o meio ambiente como sendo uma fonte esgotável em relação aos recursos naturais que foram ao longo do tempo foi tornando-se escasso, ocasionado pela falta de conscientização e sensibilidade em relação ao meio ambiente em que vivemos.

Segundo a Secretária Executiva de Comunicação da Prefeitura de São Paulo [7], o IPTU Verde é uma solução adotada mundialmente, em locais como Berlim, Dublin, Helsinque, Medellín e Bogotá, e por 55 cidades brasileiras.

Como pode ser notado, vem surgindo por parte dos governos ao redor do mundo, a preocupação em rever conceitos antigos e criar novas medidas para coibir ou inibir a evolução de práticas nocivas ao meio ambiente urbano.

Dessa forma, vem instituindo-se novos mecanismos para viabilizar um meio ambiente mais sustentável e buscar no âmbito social a conscientização na importância da preservação do meio ambiente, adotando práticas renováveis quanto a criação ou reformas dos bens imóveis.

De acordo com o site oficial da Prefeitura de São Carlos [8], o IPTU Verde é um conjunto de benefícios fiscais, denominado de incentivo ambiental, que são concedidos à população na forma de desconto no valor do imposto Predial e Territorial Urbano.

Segundo Ana Claudia Mielki [9], outros municípios têm adotado o tema sustentabilidade e concedidos descontos fiscais aos proprietários de bens imóveis urbanos, como Araraquara (Lei nº 7.152/2009) no interior de São Paulo, São Vicente (Lei nº 634/2010), Manaus, Amazonas, Lei nº 886/2005, Guarulhos região metropolitana de São Paulo (Lei nº 6.793/2010), São Bernardo do Campo, no ABC paulista (Lei 6.091/2010).

Esses benefícios fiscais vieram para incentivar e conscientizar quem construir ou reformar, utilizando medidas que contribuam com a sustentabilidade nas edificações empregando materiais renováveis ou reciclados.

Com a preocupação do meio socioambiental encampado em varia partes do mundo que vem utilizando a aplicação de novos métodos e implantação de sistemas com maior eficiência em captação e no reuso de águas pluviais, montagem dos telhados verdes, calçadas ecológicas, jardins, gramados, saneamento ambiental, iluminação de LED, dentre outras medidas, que fixe a importância da sustentabilidade do meio ambiental.

Para o Consultor de investidores Sergio Bergen [10], uma das soluções mais viável, seria a implantação do IPTU verde, já aderido por países como Dublin, Medellín, Bogotá, Berlim, Helsinque e seguidos por 55 cidades brasileiras, sendo destaque a cidade de São Bernardo do Campo, que adotou ao IPTU Verde desde 2008, beneficiando seus contribuintes

oferecendo descontos no IPTU nos bens imóveis recobertas por vegetação e das boas praticas para melhorar o meio ambiental.

Nesses Municípios que adotaram essas medidas de recuperação e proteção do meio ambiente, o contribuinte poderá alcançar um desconto considerável, como é o caso da cidade de Guarulhos (Lei 6.793/2011), no entendimento prático do arquiteto Antônio Carlos dos Santos, o decreto municipal de dezembro de 2010, concedeu descontos no IPTU aos proprietários de imóveis urbanos que variam entre 3% a 5% sobre a taxa de serviços urbanos do IPTU.

Os benefícios contemplam a sustentabilidade, criando uma melhor conscientização sobre a importância da arborização, a geração de energia e medidas que engloba questões climáticas que prejudiquem o meio ambiente.

O Processo de solicitação do benefício é bem simples, basta o proprietário por meio de uma Rede do Fácil, fotografar as alterações realizadas no imóvel ou obter um laudo de um profissional.

Sergio Bergen [10], acrescenta que:

“Toda medida ambiental que for implantada e mantida, irá gerar ao proprietário o imóvel um desconto referente ao seu IPTU, durante o prazo de 5 anos, após este prazo os benefícios cessam e terão que ser regulamentados novamente.”

Segundo Ana Claudia Mielki [9], na sua edição 16, na página infraestrutura urbana, demonstra que a prefeitura de SÃO CARLOS, não teve prejuízo na arrecadação de receita municipal com o IPTU VERDE e sim um ganho real, computado os descontos do IPTU verde e a atualização dos valores dos imóveis, onde o incentivo fiscal resultou em um ganho de cerca de R\$ 50 mil anuais de renúncia de receita.

6. CONCLUSÃO

Na elaboração da carta magna de 1988, o constituinte teve cuidado em ascender o direito ao meio ambiente à categoria de direito fundamental a ser protegido ecologicamente e de forma equilibrada.

Do estudo em análise, destaca-se que a Constituição Federal de 1988, artigo 156, inciso I, alude que compete aos municípios criarem seus impostos sobre propriedade predial e territorial urbana, bem como o Estatuto da Cidade em seu artigo 4º, inciso IV, prevê instrumentos da política urbana para a criação de institutos tributários e financeiros e o Código Tributário Nacional norteia que em matéria de IPTU, quem tem legitimidade para criar o imposto, são os Municípios, sendo disciplinada em seus artigos 32 a 34.

O Brasil para corrigir o problema do desequilíbrio causado pelo êxodo rural está tendo que adotar algumas medidas podem ser sentidas e mensuradas por Municípios que já implantaram os benefícios fiscais tributários no IPTU para os contribuintes conscientes, benefício esse denominados de IPTU Ecológico, contendo ótimos resultados.

Esses benefícios fiscais ecológicos no IPTU vieram para incentivar e conscientizar quem construir ou reformar, utilizando medidas que coopere com a sustentabilidade nas edificações, empregando materiais renováveis ou reciclados, criando uma melhor compreensão sobre a importância da arborização e do equilíbrio ambiental na geração de energia e medidas que engloba questões climáticas que prejudiquem o meio ambiente.

O IPTU verde proporcionará benefícios na forma de incentivos, oportunizando a redução e descontos nas alíquotas, podendo até conceder isenções quando previstas na lei municipal, em favor do contribuinte que ajudar nas boas práticas em interesse ao do meio ambiente.

Assim como para quem degrada o meio ambiente existe uma punição, seja ela pecuniária ou de reflorestamento, nada mais justo que para os contribuintes conscientes da responsabilidade e que voluntariamente apóiam projetos de sustentabilidade, recebam esse

benefício fiscal como reconhecimento pela atitude que fazem não só pra si mesmo, mas para toda a coletividade que vivem nas áreas urbanas.

Por fim, conclui-se que, o IPTU verde conforme demonstrado é um instrumento eficaz para a proteção ambiental, sendo uma medida que estimule a mudança de paradigmas e pensamentos dos contribuintes no que tange a ter um imóvel planejado que atenda a função social e ambiental da propriedade, proporcionando a viabilização de melhorias, recuperação e a proteção do meio ambiente, posto que, a partir dessas novas práticas de conscientização da sociedade para que não cometa os mesmos erros do passado, bem como em cidades onde o verde predomina, mas encontra-se desarborizadas, ou seja, bem abaixo da média brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

[1] 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.

[2] Brasil. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal; 1988.

[3] PENA, Rodolfo F. Alves. **Êxodo rural no Brasil**. Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/Exodo-rural-no-brasil.htm>>.

[4] MILAN, Pollianna. **Curitiba é a 5ª grande cidade mais arborizada do Brasil**. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/meio-ambiente/curitiba-e-a-5-grande-cidade-mais-arborizada-do-brasil-2srdxduvgh7wqd2k1taeynv2>>.

[5] Brasil. **Estatuto da Cidade (2001)**. LEI Nº 10.257, DE 10 DE JULHO DE 2001. Brasília, DF: Congresso Nacional; 2001.

[6] Brasil. **Código Tributário Nacional (1966)**. LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. Brasília, DF: Senado Federal; 1966.

[7] Prefeitura Municipal de São Paulo. **IPTU Verde permitirá descontos de até 12%**. Secretaria Executiva de Comunicação. Disponível em: <http://www.capital.sp.gov.br/portal/noticia/6144/#>

[8] Prefeitura Municipal de São Carlos. **Incentivo Ambiental – IPTU VERDE**. Incentivo Ambiental aos Contribuintes do IPTU. Disponível em: .

[9] MIELKI, Ana Claudia. **IPTU Verde. Municípios brasileiros incentivam adoção de medidas de preservação ambiental em imóveis residenciais com descontos no IPTU**. Disponível em: <<http://infraestruturaurbana.pini.com.br/solucoes-tecnicas/16/artigo260567-3.aspx>>

[10] BERGEN, Sergio. **IPTU verde: Uma medida financeiramente sustentável**. bergen Brasil, abril de 2016. Disponível em:

RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

DANIELA IASMIM DA SILVA CANATO:
Bacharelanda do Curso de Direito da
Universidade Brasil Campus Fernandópolis/SP.

THALITA TOFFOLI PÁEZ (orientadora)

RESUMO: O presente artigo relata a responsabilidade objetiva dentro do Direito Ambiental, enfatizando a teoria do risco integral, já que a mesma é a responsável por ocasionar um marco para a proteção do meio ambiente e de terceiros na esfera civil. Dessa maneira, será visto que a adaptação da responsabilidade civil para o direito ambiental tem como maior alcance a pretensão de que esse ramo do Direito exerça plenamente as suas funções de prevenção e reparação dos danos ocasionados ao meio ambiente e a terceiros afetados pela atividade do poluidor, resguardando e defendendo esse meio para os presentes e próximas gerações, como propõe o senso de razoabilidade, acreditando-se que os encarregados por avaliar as respectivas ações bárbaras ajam com máxima sobriedade, em juízo do nível de gravidade dos crimes cometidos contra o meio ambiente e a sociedade como um todo.

Palavras-chave: Meio ambiente, proteção, prevenção, reparação, dano.

ABSTRACT: The most important about the thesis to be presented, implies on the objective responsibility inside the environmental scope. In other words, in the full-risk theory, since it was it which caused a mark for the environment protection and third's in the civil sphere, as by it certain juridicial difficulties, like the indication of the responsible and his guilty activity and the complexity of the causality relation with the consequent damage were overcome. This way, we will see the adaptation of civil responsibility to environmental law has as main target the pretense such branch of law fully exercise its duties of prevention and repair of the damages caused to the environment and thirds affected by the pollutor's actions, saving and defending such mean for the current and future generations, as proposed by the sense of reasonableness, believing that the ones in charge of evaluating the respective Barbarian actions act with the utmost sobriety, seen the level of severity of the crimes committed against the environment and society in a whole.

Keywords: Environment, protection, prevention, repair, damage.

SÚMARIO: INTRODUÇÃO. 1. O CONCEITO DE MEIO AMBIENTE. 2. O PRÍNCÍPIO DO DIREITO AMBIENTAL. 2.1 Importantes Princípios Ambientais. 3. OBRIGAÇÃO AMBIENTAL PROPTER REM. 4. RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO DANO AMBIENTAL. 5. DANOSIDADE AMBIENTAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, ao se tratar de conteúdo ambiental, adota-se a teoria da responsabilidade civil objetiva, prevista tanto no art. 14, parágrafo 1º da Lei 6.938/81 quanto no artigo 225 da Constituição Federal. O legislador brasileiro estabelece por meio da teoria objetiva, passo fundamental para o sistema de prevenção e repressão dos danos ambientais, pois essa tende a inteirar a necessidade de determinados malfeitos, que não seriam reparados pelo sistema anteriormente tradicional da culpa, também conhecida como a teoria subjetiva.

A responsabilidade civil objetiva em matéria ambiental (independentemente da existência de culpa) é um meio que garante o amparo dos direitos da vítima, que na hipótese dos danos ambientais, é a coletividade. Contudo, o indivíduo que exerce uma performance potencialmente poluidora ou que implique ameaça a outrem, responsabiliza-se pelos danos oriundos do risco gerado.

Nessa continuidade, deve-se atribuir ao poluidor, a obrigação de reparar danos que venham a se materializar no futuro, tendo como principal justificativa à teoria do risco criado.

Um dos pressupostos para a configuração da responsabilidade é a existência do dano, por conseguinte, a obrigação de ressarcir só se concretiza onde há o que reparar. A este respeito, o que se pretende é aprofundar alguns aspectos atinentes à responsabilidade civil em matéria ambiental, em especial, a teoria objetiva e também a inversão do ônus da prova nas demandas coletivas.

1. O CONCEITO DE MEIO AMBIENTE

Uma das várias razões pelas quais a Lei n. 6.938/81 foi precursora na implementação do direito ambiental em nosso país é o fato de ter estabelecido conceitos gerais. Então, inicia-se a investigação da definição de meio ambiente pela mesma.

É importante mencionar que qualquer tentativa de se definir o meio ambiente para fins jurídicos, será somente mera contribuição de lege ferenda (lei a ser criada), uma vez que de lege lata (legislação em vigor) há expressa previsão conceitual do instituto. Vejamos o art. 3º, I, da Lei n. 6.938/81

“Art. 3º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I — Meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas; (...).”

A expressão “meio ambiente”, como se vê na conceituação do legislador da Lei n. 6.938/81, não simboliza apenas a concepção de espaço, de simples ambiente. Ao contrário, vai mais adiante para significar, ainda, o complexo de relações físicas, químicas e biológicas entre os fatores vivos ou bióticos, e não vivos ou abióticos, ocorrentes nesse ambiente e que são os motivadores pela continuidade, pelo acolhimento e pelo controle de todas as formas de vida existentes nele.

Não há dúvidas que a definição da Lei n. 6.938/81 não é uma perfeição de clareza ao leitor que desconhece a linguagem técnica. Buscando explicar o conceito a um linguajar popular, pode-se declarar que defender o meio ambiente quer dizer defender o espaço, o lugar, o recinto, que abriga, que permite e que conserva todas as formas de vida. No entanto, esse espaço não se resume a algo descomplicado, pois é resultante da combinação, da relação e da interação de diversos fatores que nele se situam e que o formam: os elementos bióticos (todos os seres vivos) e os abióticos (não vivos).

Certifica-se então que, o legislador afastou-se da idealização antiquada de considerar o homem como algo alheio do âmbito em que

vive. A aposentada e deturpada visão de mundo que tem o homem como principal referencial, produto de um liberalismo econômico exagerado e primitivo, não há mais como imperar em um mundo que também considera o bem ambiental de hoje pertencente as gerações posteriores.

2. PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL

No que se refere aos princípios do Direito Ambiental, deve-se ter uma noção precisa do que está sendo exibido. Ainda que, possam ser identificados os princípios específicos do Direito do Ambiente, não se pode deixar de notar que absolutamente tudo o que se relaciona ao meio ambiente está ligado a outros preceitos.

Por ser uma ciência autônoma, o Direito Ambiental é norteado por princípios próprios, que regulam seus objetivos e diretrizes e, acima de tudo, dão-lhe lógica. Devem eles se programar acerca de todos os campos desta parte do direito, orientando seus operadores e suprimindo dúvidas ou lacunas na interpretação das normas ambientais.

Tais princípios encontram-se enraizados na Constituição Federal, e deles nascem outros que lhes são resultantes. Trata-se de classificação meramente acadêmica, já que o legislador não os fixou expressamente. Pode-se destacar entre eles o princípio da ubiquidade, princípio do poluidor-pagador e o princípio da reparação integral do dano.

2.1 Importantes Princípios Ambientais

O princípio da ubiquidade idealiza o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Isso está rigorosamente anexado ao direito à vida e, mais ainda, a uma vida com dignidade. Por seu aspecto difuso de bem onipresente e de titularidade fluida, o bem ambiental jamais fica limitado a uma única circunscrição espacial ou temporal.

Diga-se, inclusive, que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu o caráter ubíquo do meio ambiente:

“(...) A conservação do meio ambiente não se prende a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem. A natureza desconhece fronteiras políticas. Os bens ambientais são transnacionais. (...)” (STJ, 1ª

Turma, REsp 588.022/SC, rel. Min. José Delgado, DJ 5-4-2004).

Sob ótica da ubiquidade se faz o exercício de todo e qualquer direito subjetivo, principalmente os de natureza privada, obedecendo aos postulados do Direito Ambiental. Um bom exemplo é o mandamento constitucional de que, para atender à sua função social, a propriedade rural deverá proceder como indica a Constituição Federal de 1988, artigo 186, II : “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente” . Ou, ainda como o exposto pelo artigo 225, § 1º, IV, a imposição das avaliações prévias de impacto ambiental para toda obra que seja potencialmente degradante do meio ambiente.

Não param por aí os resultados da ubiquidade do bem ambiental. É também sob este enfoque que se pode falar em um princípio da cooperação entre os povos na política do ambiente, pois é indispensável implantar muito mais do que comuns políticas nacionais para tutelar os arredores, torna-se cada vez mais premente que se estabeleça uma verdadeira política mundial/global de proteção e preservação do meio ambiente. O artigo 4º, inciso IX, da Constituição Federal estipula que o Brasil, em seus vínculos internacionais, rege-se pelo princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

No Direito Ambiental, é preciso sempre que possível buscar a prevenção, pois reparar nem sempre é viável, dado que os danos ambientais à natureza via de regra são irreversíveis. Uma demonstração de sua aplicação é a exigência de estudo ambiental para o licenciamento de atividade apta a causar degradação ambiental.

Consequentemente, o Princípio da Prevenção move-se com a certeza científica, sendo convocado quando a atividade humana a ser licenciada poderá trazer impactos ambientais já relacionados pelas ciências ambientais em sua natureza e extensão, não se misturando o com o Princípio da Precaução, que será estudado adiante.

Já o Princípio da Precaução foi implicitamente consagrado na CRFB (Constituição da República Federativa do Brasil) em seu artigo 225, conforme reconhecido pelo Ministro Carlos Britto, no julgamento da ACO 876 MCAGR, pelo STF (Supremo Tribunal Federal).

É previsto na Declaração do Rio (ECO/1992), no Princípio 15:

“De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para precaver a degradação ambiental”.

O instituto da responsabilidade civil surgiu da necessidade social, pois se entende que as relações jurídicas precisam estabelecer certo controle perante um dano, visto que o ocasionador do prejuízo não poderia ficar impune por seu ato e muito menos quem sofreu o prejuízo ficar sem reparação.

Dentre as formas de responsabilidade civil tem-se uma modalidade recente, a qual é objeto do presente artigo científico, que é a obrigação de indenizar pela perda do tempo produtivo, ou simplesmente a chamada teoria do desvio produtivo do consumidor. No caso concreto a seguir, uma apelação julgada pela Vigésima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro de sentença que condenou uma agência bancária a indenizar um cliente em razão da permanência do mesmo por aproximadamente uma hora e meia na fila do banco, a agência tentou se desobrigar da responsabilidade, mas não obteve êxito, pois era obrigação do banco disponibilizar um serviço de qualidade, o que não se verificou e ficou entendido como um fato que foi além do mero aborrecimento.

Ademais tem-se o Princípio do Poluidor- Pagador. É aquele em que o poluidor tem uma dívida de arcar com os custos sociais da degradação causada por sua atividade desconcertante (as chamadas externalidades negativas), devendo-se agregar esse valor no custo produtivo da atividade, para evitar que se privatizem os lucros e se socializem os prejuízos. Ele se volta principalmente aos grandes poluidores.

Por consequência, caberá ao poluidor compensar ou reparar o dano promovido. Ressalte-se que este Princípio não deve ser interpretado de forma que exista abertura ilimitada à poluição, desde que se pague (não é

pagador-poluidor), só podendo o poluidor degradar o meio ambiente dentro dos limites de tolerância pressupostos pela legislação ambiental, após licenciado.

Este Princípio motivou a redação do § 1.º, do artigo 14, da Lei 6.938/1981, prevendo que: “é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

Para Amado (2015, p. 131) “ exemplo de aplicação específica deste Princípio, pode-se citar a reposição florestal (artigo 33 do novo Código Florestal) que deve ser feita nos relevantes desmatamentos, bem como a indenização prevista no artigo 36, § 1.º, da Lei 9.985/2005, que prevê que o empreendedor que causar significativo impacto ambiental licenciado em unidade de conservação deverá aplicar da unidade o equivalente a, pelo menos, 0,5% dos custos totais do empreendimento”

Portanto, o Código Civil de 2002 em regulamentação à indenização para o caso de reparação do dano, estabelece que, o prejuízo mede-se quanto a sua extensão, e, ainda procede que, “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

3. OBRIGAÇÃO AMBIENTAL PROPTER REM

A obrigação “propter rem” provem da relação entre o devedor e a coisa. Quando se trata de conteúdo ambiental, se o direito de que se origina é transmitido, a obrigação o segue, seja qual for o título translativo. Ou seja, a transmissão da obrigação é imediata, independente da finalidade específica do transmitente, e o adquirente do direito real (complexo de normas regulamentadoras das relações jurídicas correspondentes às coisas que o homem possa possuir) não pode renunciar a assumi-la.

Saul José Busnello e Tarcila Lilia Piazza (2014) dizem : “a chamada obrigação Propter rem ou ob rem, que tem o cunho de vincular o “devedor” a uma obrigação derivada dos direitos reais estabelecidos pelo código civil.”

Portanto, motivada pela natureza “propter rem” da obrigação de reparar o dano ambiental, o atual proprietário de imóvel que sofreu o referido dano também é responsável pelo dano, ainda que o dano tenha sido causado pelo proprietário anterior. Com esta dissertação, buscou-se explorar o instituto da responsabilidade civil ambiental, traçando-lhe os caminhos e mostrando suas características, considerando que o texto trouxe os principais conceitos no que diz respeito a esse tema.

Falou-se primeiramente no conceito de meio ambiente, para que tenha-se uma noção do espaço tutelado, sendo este o lugar que abriga a vida em todas as suas proporções.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, viu-se também que a responsabilidade civil em conjunto com o direito ambiental, se norteia por importantes princípios doutrinados (princípio da ubiquidade, do poluidor-pagador e o princípio da reparação integral do dano) e têm o objetivo de atingir a pretensão de que esse ramo do direito exerça plenamente as suas funções de prevenção e reparação dos danos ocasionados ao meio ambiente e a terceiros afetados pela atividade do poluidor, resguardando e defendendo esse meio para as presentes e próximas gerações.

Contudo, conclui-se que a responsabilidade civil ambiental se fundamenta tanto na incorporação dos custos socioambientais da atividade produtiva, ou seja, socialização dos riscos, perigos ou ameaças; como também no incentivo ao exercício da atuação econômica que seja mais eficaz e menos prejudicial ao espaço ambiental.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO DANO AMBIENTAL

No Direito brasileiro, a responsabilidade civil já foi exclusivamente subjetiva. Ou seja, para que ocorresse a obrigação de indenizar, era necessário que ficasse provado os quatro requisitos adiante mencionados: 1) ação ou omissão; 2) dano; 3) nexo causal; e 4) culpa ou dolo. Todos esses pressupostos eram fundamentados na ideia de culpa em sentido estrito, e legislados pelo artigo 159 do Código Civil de 1916: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Adiante, a responsabilidade civil objetiva foi surgindo em pequenas quantidades na doutrina e jurisprudência sendo adotada gradativamente em leis avulsas até os dias atuais. Apesar de a responsabilidade subjetiva já ter sido regra, determinadas matérias elencadas na Constituição Federal, no Código Civil e na legislação brasileira tratam da responsabilidade sem culpa, sendo necessário apenas que se configure a ação ou omissão, o nexo de causalidade e o dano.

O Código de 2002, conforme já ressaltado, fez profunda modificação nessa disciplina para ajustar-se à evolução ocorrida na área da responsabilidade civil ao longo do século XX. Embora tenha mantido a responsabilidade subjetiva, optou pela responsabilidade objetiva.” (FILHO, 2012, p. 170)

Em vista de todo texto exposto, conclui-se que a responsabilidade Civil Objetiva decorrente do dano ambiental possui como pressuposto a existência de uma prática que provoca desvantagens para a saúde e meio ambiente, impondo-se aos empreendedores a obrigação de prevenir riscos (princípio da prevenção) e de internalizá-los em seu processo produtivo (princípio poluidor-pagador). Há então que se perquirir a comprovação do nexo de causalidade entre a ação do lesante e o dano provocado ao meio ambiente, sendo irrelevante a aferição de culpa do poluidor ou da ilegalidade de seu feito.

Coube a Lei 6.938, de 31.08.1981, instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente – ciente de que a atividade ruína do poluidor corresponde a uma indevida apropriação ambiental dos bens de todos -, dar adequado tratamento a matéria, substituindo, decididamente, o princípio da responsabilidade subjetiva, fundamentada na culpa, pelo da responsabilidade objetiva, fundamentado no risco da atividade. (MILARÉ, 2009, p. 954)

5 DANOSIDADE AMBIENTAL

A noção de dano ambiental está ligada ao que foi apresentado como meio ambiente, ou seja, em sua descrição esses dois termos jamais

poderão ser divorciados. No entanto, o conteúdo de dano ambiental não se restringe só aos elementos naturais, mas também aos artificiais e culturais, sendo o fruto das interações entre os seres humanos e o meio natural.

Édis Milaré (2009, p. 867) diz o seguinte: “ Identificamos uma dupla face na danosidade ambiental, tendo em vista que os seus efeitos alcançam não apenas o homem, como, da mesma forma, o ambiente que os cerca. ”

A Lei 6.938/1981, quando se refere, no artigo 14, § 1º, a “ danos causados ao meio ambiente e a terceiros”, pressupõe expressamente a dupla face da danosidade ambiental.

Em função disso, afirma-se que o dano ambiental tem considerações ambivalentes, por qualificar não só a lesão que recai sobre o patrimônio ambiental, que é comum ao coletivo, mas também por qualificar o dano por intermédio do meio ambiente a interesses pessoais, atestando os lesados a ressarcir o estrago patrimonial ou extrapatrimonial sofrido.

Isso significa que o dano ambiental, embora sempre recaia diretamente sobre o ambiente e os recursos e elementos que o compõem, em prejuízo da coletividade, pode, em certos casos, refletir-se, material ou moralmente, sobre o patrimônio, os interesses, ou a saúde de uma determinada pessoa ou de um grupo de pessoas determinadas ou determináveis. (MILARÉ, 2009 p. 868)

O dano ambiental, tem seus próprios atributos, que o diferencia dos demais danos aos bens tutelados pelo direito. São esses atributos: a ampla dispersão de vítimas; a dificuldade inerente a ação reparatória; e a grande dificuldade de valoração.

No primeiro atributo, por exemplo, é possível redigir que como o Direito qualifica o ambiente como bem de uso comum do povo, é trabalhoso individualizar uma só vítima ou um conjunto de vítimas quando ocorre o dano. Já quando se trata da dificuldade inerente a ação reparatória, temos que a prevenção nessa matéria é fundamental em face do fato de que os prejuízos ocasionados ao meio ambiente são, quase sempre, irreparáveis,

devendo o poder público tentar inibir as agressões ou intentar a reparação direta (*in specie*) do dano, e apenas subsidiariamente, convertê-lo em um valor pecuniário para fins de reparação. Por fim, temos a dificuldade de valoração, que seria irreal, por exemplo, quantificar, de maneira exata, o valor de uma espécie animal extinta.

Assim, dispomos que as principais formas de reparação do dano ambiental são constituídas da seguinte maneira: a restauração natural ou *in specie*; e a indenização em dinheiro. Aquela seria a modalidade ideal, pois recupera-se ou pelo menos tenta-se restaurar o bem agredido, cessando a atividade lesiva e repõe o status anterior ao dano. Ao passo que a indenização em dinheiro seja aplicada apenas quando não for possível tal restauração.

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1248214 MG

2011/0052842-8 (STJ)

Data de publicação: 13/04/2012

Ementa: AMBIENTAL. DESMATAMENTO DE MATA NATIVA SEM AUTORIZAÇÃO. QUEIMADAS.DANO RECONHECIDO PELA INSTÂNCIA

ORDINÁRIA. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). POSSIBILIDADE. NATUREZA PROPTER REM. INTERPRETAÇÃO DANORMA AMBIENTAL. PRECEDENTES DO STJ. 1. As queimadas representam a negação da modernidade da agricultura e pecuária brasileiras, confrontando-se com os fundamentos mais elementares do Direito Ambiental. O primitivismo no meio de exploração da terra - o fogo - aproxima-nos dos nossos ancestrais mais remotos e incivilizados. Maior paradoxo tecnológico, mas também ético, impossível: abandonamos a matriz da força humana na movimentação do machado e do arado, nos

ceramos de um arsenal de equipamentos sofisticados, de apetrechos químicos, de biotecnologia e de avançado conhecimento científico multidisciplinar, tudo para sucumbir, mesmo nas atividades empresariais e de larga escala, ao fácil apelo da força natural extrema, que nada respeita no seu caminho, indistintamente estorricando flora, fauna e solo. 2. Quem queima, e ao fazê-lo afeta, degrada ou destrói o meio ambiente, tem o dever legal de recuperá-lo, sem prejuízo de eventual indenização, com base em responsabilidade civil objetiva, além de submeter-se a sanções administrativas e penais. 3. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que a necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente permite a cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar, que têm natureza propter rem. Precedentes: REsp1.178.294/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. 10/8/2010; REsp 1.115.555/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 15/2/2011; AgRg no REsp 1170532/MG, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, j.24/8/2010; REsp 605.323/MG, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, j. 18/8/2005, entre outros. 4. Recurso Especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade, em tese, de cumulação da indenização pecuniária com as obrigações de fazer...

(CAUSADA AO MEIO AMBIENTE -
NECESSIDADE DE REPARAÇÃO INTEGRAL -
CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE
NÃO)"

CONCLUSÃO

Com esta dissertação, buscou-se explorar o instituto da responsabilidade civil ambiental, traçando-lhe os caminhos e mostrando

suas características, considerando que o texto trouxe os principais conceitos no que diz respeito ao tema.

Falou-se primeiramente no conceito de meio ambiente, para que tenha-se uma noção do espaço tutelado, sendo este o lugar que abriga a vida em todas as suas proporções.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, viu-se também que a responsabilidade civil em conjunto com o direito ambiental, se norteia por importantes princípios doutrinados (princípio da ubiquidade, princípio do poluidor-pagador e o princípio da reparação integral do dano) e têm o objetivo de atingir a pretensão de que esse ramo do direito exerça plenamente as suas funções de prevenção e reparação dos danos ocasionados ao meio ambiente e a terceiros afetados pela atividade do poluidor, resguardando e defendendo esse meio para as presentes e próximas gerações.

Contudo, conclui-se que a responsabilidade civil ambiental se fundamenta tanto na incorporação dos custos socioambientais da atividade produtiva, ou seja, socialização dos riscos, perigos ou ameaças; como também no incentivo ao exercício da atuação econômica que seja mais eficaz e menos prejudicial ao espaço ambiental.

REFERÊNCIAS

RODRIGUES, A. B.; Lenza, P. **Direito Ambiental Esquemático** – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: < <file:///C:/Users/CASA/Downloads/LIVRO%20DIREITO%20AMBIENTAL%20ESQUEMATIZADO%20MARCELO%20ABELHA%20RODRIGUES%202016.pdf> >. Acesso em: 10 de março de 2017.

Lei 6.938/81, 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm >. Acesso em: 10 de março de 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 04 de maio de 2017.

Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial. Jurisprudência. 2012. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21602719/recurso-especial- resp-1248214-mg-2011-0052842-8-stj> >. Acesso em: 10 de março de 2017.

Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf> >. Acesso em: 10 de março de 2017.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: A Gestão Ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2009.

AMADO, F. A. D.T. **Direito ambiental esquematizado** – 6.ª ed. rev., atual. e ampl.– Rio de Janeiro Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. Disponível em: < [file:///C:/Users/CASA/Downloads/Ambiental%20%20Direito%20Ambiental%20Esquematizado%20\(2015\)%20Frederico%20Amado.pdf](file:///C:/Users/CASA/Downloads/Ambiental%20%20Direito%20Ambiental%20Esquematizado%20(2015)%20Frederico%20Amado.pdf) >. Acesso em: 10 de março de 2017.

BUSNELLO, SJ., PIAZZA, TL. **Reparação Do Dano Ambiental Como Obrigação Propter Rem**; 2014 . Disponível em : < <http://www.oab-sc.org.br/artigos/reparacao-do-dano-ambientalcomo-obrigacao-propter-rem/1538> >. Acessado em: 10 de março de 2017.

FILHO, S.C. **Programa de responsabilidade civil** - 10. ed. - São Paulo: Atlas, 2012. Disponível em: < <file:///C:/Users/CASA/Downloads/S%C3%A9rgio%20Cavaliere%20Filho.%20Programa%20de%20Responsabilidade%20Civil%20%20%2010%C2%A4%20Edi%C3%A7%C3%A3o%20%20%202012.pdf> > Acesso em 10 de março de 2017

A CONSTITUCIONALIDADE DO TIPO PENAL DE POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL

LUCAS BARRIENTOS DE SOUZA:
Acadêmico no curso de Direito.
Universidade Brasil.

ANDRÉ DE PAULA VIANA (orientador)[1].

RESUMO: A posse de drogas para consumo pessoal é crime e está previsto no artigo 28 da lei 11.343/06, qual carrega varias discussões em sua essência, sendo que sempre há discussão acerca da constitucionalidade desse tipo penal, ou até se tal conduta deve mesmo ser considerada criminosa ou não. Entre inúmeras “brigas” sobre o tema a mais relevante diz respeito se o tipo viola ou não o tão aclamado princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto a conduta de posse de droga apesar das discussões ainda há grande represália pela sociedade, por ser um crime que atinge o indivíduo e, ao mesmo tempo agride a sociedade como um todo, as consequências do crime ainda é de grande periculosidade, acarretando incontáveis crimes ligados ao dispositivo do artigo 28 da lei. Sendo assim a constitucionalidade desse crime é de grande polêmica no ordenamento jurídico atual, por envolver varias vertentes do mundo do direito.

Palavras-chave: constitucionalidade, consumo, pessoal, usuário, drogas.

Abstract: The possession of drugs for personal consumption is a crime and is provided for in article 28 of Law 11.343 / 06, which carries several discussions in essence, and there is always discussion about the constitutionality of this criminal type, or even if such conduct should even be considered Criminal or otherwise. Among countless "fights" on the most relevant issue is whether or not the type violates the much acclaimed principle of the dignity of the human person. However the conduct of drug possession despite the discussions there is still great reprisal for society, as it is a crime that strikes the individual and at the same time attacks the society as a whole, the consequences of the crime is still of great danger, resulting in countless Crimes related to the device of article 28 of the law. Therefore, the constitutionality of this crime is a major controversy in the current legal system, since it involves several aspects of the legal world.

Keywords: Constitutionality. Consumption. Folks. User. Drugs.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito da palavra droga. 2. Histórico. 4. Posse de droga para consumo pessoal. 4.1. Artigo 28 da lei 11.343/06. 5. Teses discutidas. 5.1. Princípio da insignificância. 5.2. Princípio da dignidade da pessoa humana. 5.3. Descriminalização. 5.4. Crimes parasitas. 6. Conclusão. 7. Referencias.

1. INTRODUÇÃO

É objeto de discussão o artigo 28 da lei 11.343/06. Sendo esse o dispositivo o qual expressa o delito de posse de droga para consumo pessoal, tipo penal em que o agente adquire a referida substância para consumi-la.

A droga, (substância entorpecente) não é novidade dos tempos modernos, vez que, o consumo dela sempre se fez presente na história da humanidade.

Essa conduta já era prevista na antiga lei de drogas, a qual foi revogada pela atual lei vigente, no entanto, a nova lei trouxe algumas inovações, assim vieram diversos questionamentos a respeito do dispositivo, a maior discussão dessa matéria é quanto a constitucionalidade do dispositivo, sabendo que o entendimento do direito é relativamente amplo, de forma que possibilita o surgimento de inúmeras visões a cerca de um mesmo tema.

Tem sido alvo de controversas, um dos princípios fundamentais do ser humano, que está previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, a “Dignidade da pessoa humana”.

A nova redação do tipo penal trouxe uma nova modalidade de sanção, para se punir os infratores desse dispositivo. Por ser uma novidade no ordenamento jurídico, foi então discutido se a conduta: “posse de drogas para consumo pessoal” teria perdido seu caráter criminalístico.

O uso de drogas dá margem, para que o viciado pratique vários outros crimes, de forma que sobre o efeito das substâncias potencializa a coragem para matar, roubar, furtar, entre outros crimes.

2. CONCEITO

O renomado dicionário Aurélio classifica a palavra droga como sendo “substância entorpecente alucinógena, etc., como, p. ex., a maconha, o haxixe, a cocaína, ministrada por via oral, ou outras, ger. Com o fito de que o usuário passe, primariamente e em caráter transitório, a um estado psíquico que lhe pareça agradável”.

Posse, no caso seria ter o poder sobre determinado objeto, no contexto de posse de drogas, assim no caso seria o individuo ter em mãos o tóxico sob algum dos núcleos previstos no artigo 28 da lei 11.343/06.

3. HISTÓRICO

O homem, desde o seu surgimento na terra faz uso de determinada substâncias, as quais as finalidades não são alimentares, mas sim para saciar seus desejos mais íntimos.

Tem uma passagem bíblica, que salienta o consumo de uma substância, a qual foi capaz de alterar a capacidade psíquica de Noé: “Noé, que era agricultor, plantou uma vinha. Tendo bebido vinho, embriagou-se, e apareceu nu no meio de sua tenda.” (GÊNESES, Livro I, Cap.9, vs. 20-22, página 56).

Nessa passagem pode se destacar o vinho, como sendo uma das primeiras “drogas” que o homem fez uso.

Na América, os Índios que ali habitavam, faziam uso de ervas com fatores alucinógenos, mas precisamente a folha de “Coca”, que posteriormente viria a se tornar uma das drogas mais comercializadas, a atual “Cocaína”, os espanhóis ao chegarem ao Brasil notaram que eles faziam uso dessas ervas, e que sob o efeito delas apresentavam uma disposição maior, para desempenhar diversas atividades, visto que provocava um efeito de euforia, adrenalina no indivíduo.

Dessa forma, os espanhóis passaram a utiliza-la em conjunto com as atividades escravas que os índios exerciam. A substância somente passou a ter certa tolerância a partir século XX. Com a força de políticos a cocaína praticamente foi erradicada, no entanto com a chegada da década de 70, ela voltou a ser comercializada em grande escala pela Bolívia e Colômbia, e até então não saiu de circulação.

Atualmente em vários países como Argentina, Uruguai, Bolívia e os Estados Unidos, a droga *Cannabis Sativa L*, popular “maconha” entre outras substâncias, é legalizada para o consumo pessoal, ou seja, os que por ali residem ou transitoriamente passem pelo local, pode livremente fazer uso dela, sem se preocupar com algum tipo de repressão ou punição pela sociedade.

4. POSSE DE DROGAS PARA O CONSUMO PESSOAL

Em 2006 foi editada a lei 11.343 que disciplina no tocante as substâncias entorpecentes, que até então era vigorava a lei 6.368 de 1976. Com o surgimento da nova lei, surgiu também uma grande discussão a respeito do seu artigo 28, o qual trata do consumo pessoal de substâncias entorpecentes, que até então era regulamentado pelo artigo 16 da lei revogada.

O artigo revogado era expresso da seguinte forma:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Este artigo estava regulamentado no capítulo III da lei 6.368/76 no título denominado dos crimes e das penas.

Até então o dispositivo contava com apenas três núcleos, sendo “adquirir, guardar e trazer”, e as sanções impostas para o infrator era uma detenção, com pena privativa de liberdade.

No entanto, o atual dispositivo vigente trouxe algumas peculiaridades, desta forma gerou diversas discussões a seu respeito, o artigo 28 da lei 11.343/06 traz a seguinte expressão:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Importante salientar os núcleos envolvidos no tipo penal, bem como uma breve análise do dispositivo os quais são: “adquirir, guardar, depósito, transportar e trazer com consigo”.

Primordialmente, em juízo de primeira instância, alguns magistrados têm adotado o entendimento de que o dispositivo atual é inconstitucional, ou que foi descriminalizado pela nova lei, como é o caso do processo de nº 0006036-89.2013.8.26.0297 na vara do Juizado Especial Criminal da comarca da cidade de Jales estado de São Paulo, no qual o Juiz absolveu o réu, baseando-se na inconstitucionalidade do dispositivo, por entender violar o princípio da dignidade da pessoa humana.

4.1. Artigo 28 da lei 11.343/06 – posse de drogas para consumo pessoal.

O elemento subjetivo do presente delito é tão somente o uso exclusivo da droga para o consumo pessoal. Na hipótese em que o agente comete algum dos núcleos presentes no dispositivo, com a finalidade de repassar o narcótico a terceira pessoa seja de forma onerosa ou não, então não seria caso do tipo penal previsto no artigo 28 da lei, mas sim o intitulado no artigo 33 da mesma lei, sendo então denominado o tráfico ilícito de entorpecentes.

Todavia, existe a hipótese em que o agente em conjunto com outro adquire a droga para que juntos façam uso dela, mas essa é uma circunstância é um tanto quanto difícil de configurar, pois os dois usuários no momento de uma possível abordagem, devem estar na posse da droga

simultaneamente, de forma que se for encontrada a droga em poder de apenas um, entende-se que só esse então, teria cometido o crime em estudo.

O crime expresso no artigo 28 da lei é um crime de perigo abstrato, ou seja, não é necessário que de fato tenha acontecido algum prejuízo para que se caracterize o tipo penal, basta apenas à presunção de que o crime poderá a vir causar algum tipo de dano. O dispositivo emana a proteção da saúde pública, dessa forma a proteção ao tipo penal é a incolumidade Pública, assim nota-se que sujeito passivo no caso é a coletividade em geral.

5. TESES DISCUTIDAS

5.1. Princípio da insignificância

A quantidade ínfima da substância não torna a conduta atípica, pelo simples fato do presente dispositivo tratar da quantidade pequena do entorpecente, para que o agente faça o consumo pessoal da mesma.

Nessa esteira destaca-se o entendimento dos Doutrinadores Victor Eduardo Rios Gonçalves e José Paulo Baltazar Junior:

O art. 28 da Lei de Drogas descreve crime de perigo **presumido**, abstrato, pois pune o **risco à saúde pública**, representado por quem detém o entorpecente. Por essa razão, **não importa a quantia** da droga portada. Sendo constatada a **existência do princípio ativo**, haverá crime (...). (GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, JUNIOR, José Paulo Baltazar, Legislação Especial Esquematizada, 2ª Edição 2015, pg. 73) (grifo nosso)

Nesse mesmo sentido é o entendimento jurisprudencial:

Habeas corpus. Constitucional. Penal Militar e Processual Penal Militar. Porte de substância entorpecente em lugar sujeito à administração militar (art. 290 do CPM). **Não-aplicação do princípio da insignificância aos crimes relacionados a entorpecentes.** Precedentes. Inconstitucionalidade e revogação tácita do art. 290 do Código Penal

Militar. Não-ocorrência. Precedentes. Habeas corpus denegado. **1. É pacífica a jurisprudência desta Corte Suprema no sentido de não ser aplicável o princípio da insignificância ou bagatela aos crimes relacionados a entorpecentes, seja qual for a qualidade do condenado.** 2. Não há relevância na arguição de inconstitucionalidade considerando o princípio da especialidade, aplicável, no caso, diante da jurisprudência da Corte. 3. Não houve revogação tácita do artigo 290 do Código Penal Militar pela Lei nº 11.343/06, que estabeleceu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, bem como normas de prevenção ao consumo e repressão à produção e ao tráfico de entorpecentes, com destaque para o art. 28, que afasta a imposição de pena privativa de liberdade ao usuário. Aplica-se à espécie o princípio da especialidade, não havendo razão para se cogitar de retroatividade da lei penal mais benéfica. 4. Habeas corpus denegado e liminar cassada. (HC 91759, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 09/10/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00077 EMENT VOL-02301-03 PP-00547) (grifo nosso)

Desse modo, o agente consumir pequena quantidade de droga, não descaracteriza o tipo penal.

5.2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Outra grande discussão, no tocante ao tema, é de que o tipo penal tem violado o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo esse princípio aclamado como sendo uma das maiores conquistas da humanidade, não só do ordenamento nacional, como também em diversos países.

O princípio da dignidade da pessoa humana, está previsto na atual Constituição de 1988, expresso no artigo 1º inciso III, do seu primeiro título. Está relacionado a um valor moral e espiritual inerente ao indivíduo, que garante o direito do mínimo necessário para a subsistência do ser humano na sociedade, o qual é dever do estado garantir tal direito.

O homem é livre para fazer suas escolhas, sem a interferência do estado, de modo que este não pode violar o espaço restrito ao indivíduo, e tão pouco obriga-lo a fazer ou deixar fazer determinada ação, sem que tenha um preceito legal que autorize essa imposição.

Esse princípio tem servido como alicerce, para que os magistrados fundamentem suas sentenças, de modo a absolver o infrator, com fulcro de o tipo penal ser inconstitucional, por estar violando o princípio da dignidade da pessoa humana, pelo fato de que o sujeito que faz uso da substância entorpecente não causa prejuízo se não a ele próprio, e a interferência do estado em coibir o uso da droga viola esse princípio.

Entre tanto, o artigo 28 da lei de drogas, no mesmo sentido que os demais tipos penais expressos na lei 11.343, visa proteger a saúde pública, não se limita apenas ao usuário. Dessa forma não há como sustentar a inofensibilidade da conduta do usuário, por estar pondo em risco a integridade da sociedade como um todo.

O crime de posse de drogas trata-se de perigo abstrato, ou seja, não é necessária a ocorrência do perigo concreto pela prática da conduta, basta a ideia de que aquela ação pode vir a causar um perigo maior, para a sociedade em geral, protege a possibilidade de um usuário vir a cometer um crime maior em decorrência do uso do tóxico, podendo assim o usuário oferecer a terceiro a substância, tipificando então o tráfico de

droga, um dos crimes mais graves da sociedade moderna, o qual a sociedade vem travando uma árdua batalha no combate a tal crime.

Nesse sentido não há como se falar que o tipo penal do artigo 28 viola o princípio da dignidade da pessoa humana, pelo simples fato do tipo penal buscar proteger um bem maior, que é a saúde pública.

O doutrinador Fernando Capez aborda o tema da seguinte forma:

O objeto jurídico desse crime é a **saúde pública e não o viciado**. A lei não reprime penalmente o vício, que não tipifica a conduta de “usar”, mas apenas a detenção ou manutenção da droga para consumo pessoal. Dessa maneira, **o que se quer evitar é o perigo social que representa a detenção ilegal do tóxico**, ante a possibilidade de circulação da substância, com a conseqüente disseminação. [...]. Quem traz consigo a droga pode vir a oferecê-la a outrem e é esse risco social que a lei pune. (CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Penal, 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 2010, V.04, pg. 750).

Portanto, não há como fundamentar que o uso de droga para consumo pessoal inflige o princípio da dignidade da pessoa humana, por conta de o usuário praticar apenas uma autolesão, desse modo, o que o tipo penal busca proteger é o perigo abstrato que essa conduta pode vir a ocasionar para a sociedade.

5.3. Descriminalização

Ao promulgar a nova lei de drogas entrou em discussão, se tipo penal havia perdido seu caráter criminoso. Essa discussão iniciou-se pelo fato de a nova lei trazer uma nova forma de reprimir o infrator, trazendo como sanções novas penas alternativas, como: advertência, prestação de serviço a comunidade e medida educativa.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para

consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

- I - advertência sobre os efeitos das drogas;
- II - prestação de serviços à comunidade;
- III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

A grande discussão se deu pelo fato de a lei de introdução ao código penal, 3.914/41, estabelecer como sanções apenas penas de detenção e reclusão.

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas. alternativa ou cumulativamente.

Dessa forma o artigo 28 criou uma forma de sanção que não era prevista até então, “*sui generis*”, uma pena que não se enquadra nem detenção e nem em reclusão.

No entanto, não se pode falar que ocorreu uma descriminalização do tipo penal, pelo simples fato de prever uma nova forma de sanção, a conduta de consumo de drogas ainda tem uma repressão por parte do legislador, mesmo que seja de uma forma mais branda, essas novas penalidades apresentadas pelo ordenamento atual ainda se tem o seu caráter punitivo e educativo, até porque, o usuário de certa forma necessita de ajuda, para se conscientizar e conseguir largar o vício, e as penas regulares antes previstas não bastavam para esse tipo penal.

Suponhamos que o delinquente do crime em estudo fosse encarcerado, teria grande chance de potencializar o seu instinto criminoso,

assim as penas alternativas é uma forma de reprimir sua conduta e ao mesmo tempo dar uma segunda chance ao usuário, sem agravar a situação com o infrator.

5.4. Crimes parasitas

Outro ponto, o qual deve fundamentar para se manter a constitucionalidade do artigo 28 da lei 11.343, é de que o uso de drogas para consumo pessoal está ligado de forma direta ou indireta a outros crimes.

O usuário para satisfazer seu vício furta, rouba e até mata, tudo para saciar sua vontade do tóxico.

Uma matéria publicada pelo portal de notícias Gazeta do Povo destacou que 77% do homicídio estão ligados ao uso de drogas, e que três em cada quatro mortes estão ligadas as drogas.

Três em cada quatro assassinatos registrados em Curitiba têm relação direta com as drogas. A constatação é de um levantamento feito pelo serviço de inteligência da Delegacia de Homicídios (DH), com base nos boletins de ocorrência. Das 357 pessoas assassinadas no primeiro semestre deste ano na capital, 274 tinham envolvimento com entorpecentes, seja como usuário ou traficante.(ANÍBAL, Felipe, Gazeta do Povo, 03/08/2011)

Havendo repressão quanto ao uso de drogas, os danos causados por ela são alarmantes, com prejuízos imensuráveis, assim, sem sombra de dúvida se ocorresse à descriminalização ou se fosse declarada a inconstitucionalidade do tipo penal, a sociedade se tornaria um caos.

Os aderentes ao uso da droga e de sua comercialização iriam fazer uso dela livremente, sem qualquer constrangimento por parte do poder público, por não haver embasamento jurídico, dessa forma daria margem para que os infratores além de praticarem o dispositivo do artigo 28 também realizem outros delitos, como roubo, furto, entre outros.

Os danos causados pelo uso de entorpecentes assim acaba por não atingir apenas o usuário, mas também os terceiros inocentes a sua volta, portanto, esse delito aos poucos desfiaria a sociedade.

6. CONCLUSÃO

O tema abordado discutiu inúmeros temas a cerca da constitucionalidade do artigo 28 da lei 11.343/06, pelo fato de no mundo jurídico ter inúmeras controversas a esse respeito.

O artigo demonstrou que magistrados como o do processo de nº 0006036-89.2013.8.26.0297 têm entendido que o dispositivo inflige o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo claramente inconstitucional, no entanto o tipo penal visa proteger um bem maior, que é a saúde pública, então a conduta particular do usuário não atinge apenas ele mesmo, mas sim a sociedade em que ele vive.

Dessa forma ficou claro que a constitucionalidade do dispositivo ainda se encontra amplamente fundamentada com respaldo jurídico e social, sendo a conduta reprimida por uma penal alternativa que não seja as penas comuns de detenção de reclusão. Esse tipo de pena que caráter de repressão, e ao mesmo tempo um caráter educacional.

O delito de drogas para consumo pessoal está claramente ligado aos crimes que ao longo do tempo tem feito a sociedade sofrer, sendo assim um crime com um potencial lesivo a sociedade, em uma escala maior que os crimes comuns, por potencializar e estimular a prática de outros crimes.

Logo, a posse de drogas para consumo pessoal pode ser considerada de alta periculosidade, sendo sua constitucionalidade fundamentada pelo perigo que apresenta o consumo pessoal do tóxico, para si e para sociedade.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 mai. 2017.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 mai. 2017.

BRASIL. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**, Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 15 mai. 2017.

BRASIL. **Lei n. 3.914, de 9 de dezembro de 1941**, Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 15 mai. 2017.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; JUNIOR, José Paulo Baltazar, **Legislação Penal Esquematizada**, Pedro Lenza, 2ª Edição, 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 2010, V.04.

LOPES, Marcos Antônio. **Drogas: 5 mil anos de viagem**. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/drogas-5-mil-anos-de-viagem>>. Acesso em: 15 mai. 2017

BOTTINI, Pierpaolo. **Descriminalizar o uso de drogas: uma questão constitucional**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-10/direito-defesa-descriminalizar-uso-drogas-questao-constitucional>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

SANCHEZ, Leandro. **Conheça os países onde o porte de droga para consumo pessoal não é crime**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/asm/2015/09/1671352-conheca-os-paises-onde-o-porte-de-drogas-e-liberado-para-uso-pessoal.shtml>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

ANÍBAL, Felipe. **Droga causa 77% dos homicídios**. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/especiais/paz-tem-voz/droga-causa-77-dos-homicidios-9dgb4ldc3wfdvkvce6rztqtzi> - 03/08/2011>. Acesso em: 15 mai. 2017.

BRASIL. **Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 91759. Relator: Min. Menezes Direito. Distrito Federal, 09 de outubro de 2017.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000089807&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

BÉLGICA. **Bíblia Sagrada**. 177^a edição, São Paulo, Ave-Maria, 2008.

NOTA:

[1] Graduado em Direito, Pós Graduação Lato Sensu: "O Processo e o Direito Civil sob a Ótica da Constituição Federal de 1.988 e da Lei 10.406/2002". Pós Graduação Stricto Sensu em Ciências Ambientais, todos pela Universidade Camilo Castelo Branco. Pós Graduando Lato Sensu: "Direito Médico" pela UNIARA. Docente nos cursos de Direito, Agronomia, Administração e Medicina, Supervisor e Docente do Módulo Saúde Coletiva, Sub Módulo: A Família Como Unidade de Cuidado, todos pela Universidade Brasil, Advogado (OAB/SP n. 236.293).



FACULDADE DAMÁSIO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO NOTARIAL E REGISTRAL

DANILO MIRANDA DA FONSECA

**A (IN) APLICABILIDADE DA RELAÇÃO DE CONSUMO NOS
SERVIÇOS PRESTADOS PELOS TABELIONATOS DE
PROTESTO**

Salvador
2016



FACULDADE DAMÁSIO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO NOTARIAL E REGISTRAL

DANILO MIRANDA DA FONSECA

A (IN) APLICABILIDADE DA RELAÇÃO DE CONSUMO NOS SERVIÇOS PRESTADOS PELOS TABELIONATOS DE PROTESTO

Monografia apresentada a Faculdade Damásio como requisito parcial para a obtenção de grau de Especialista em Direito Notarial e Registral, sob orientação da professora Juliana Hernando de Souza Zamora.

Salvador
2016

DANILO MIRANDA DA FONSECA

**A (IN) APLICABILIDADE DA RELAÇÃO DE CONSUMO NOS SERVIÇOS
PRESTADOS PELOS TABELIONATOS DE PROTESTO**

TERMO DE APROVAÇÃO

Esta monografia apresentada no final do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Notarial e Registral, na Faculdade Damásio, foi considerada suficiente como requisito parcial para obtenção do Certificado de Conclusão. O examinado foi aprovado com a nota _____.

Salvador, ____ de _____ de _____.

Dedico o presente trabalho a Bela. Dra. Maria das Graças Amaral Uzêda, pessoa maravilhosa que me presenteou com a oportunidade de fazer o presente curso de pós-graduação.

AGRADECIMENTOS

À Tabela Bela. Dra. Maria das Graças Amaral Uzêda, inesgotável fonte de bondade e sabedoria que contribui de forma grandiosa para o meu crescimento profissional e pessoal.

Aos meus pais e família, pois sem eles jamais poderia ter um bom ambiente familiar para alcançar minhas metas e superar os desafios que a vida proporciona.

E, também, aos professores da Pós Graduação de Direito Notarial e Registral desta nobre instituição de ensino, que de maneira precisa e eficiente transmitiram ao longo desta jornada, com imensa alegria, todos os seus conhecimentos na sala de aula.

“O seu trabalho não é a pena que paga por ser homem, mas um modo de amar e de ajudar o

mundo a ser melhor (TIAGO DE
MELLO)

RESUMO

Um assunto ainda com bastante controvertido na atividade notarial e registral é a aplicabilidade do digesto consumerista nas relações entre os Tabeliães/Registradores e os usuários do serviço. É imperioso destacar que a atividade notarial e registral são divididas em diversos segmentos, quais sejam, tabeliães de notas, tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos, tabeliães de protesto de títulos, oficiais de registro de imóveis, oficiais de registro de títulos e documentos, oficiais de registro das pessoas jurídicas, oficiais de registro civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas e, oficiais de registro de distribuição. Assim, em razão da imensa quantidade de serviços prestados por todas essas serventias extrajudiciais é necessário realizar um corte epistemológico para o bom andamento do presente trabalho de pesquisa e, possibilitar uma análise mais profunda e detalhada acerca desta controvérsia. Desta forma, o presente trabalho de pesquisa vai analisar a relação jurídica existente, exclusivamente, entre as serventias extrajudiciais de protesto e os usuários dos serviços, cuidando com profundidade de todos os serviços prestados pelo Tabelião de Protesto, da natureza jurídica da retribuição pecuniária recebida por este e, também, da sua responsabilidade civil disposta na legislação. Da mesma forma que existem diversos doutrinadores que defendem a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos serviços notariais e registrais, existem tantos outros que defendem a inaplicabilidade do digesto consumeristas nestas relações. A Lei Federal não dispõe objetivamente acerca do assunto, deixando para o campo da jurisprudência e da doutrina a tentativa de solucionar tal controvérsia. A presente pesquisa pretende solucionar o problema que paira a aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelo Tabelião de Protesto e, como consequência responder se é possível aplicar o digesto consumerista nas relações travada entre os Tabeliães de Protesto e os respectivos usuários dos serviços prestados, passando por um estudo esmiuçado dos usuários do serviço de protesto intercalado com a relação jurídica existente entre estes os Tabeliães de Protesto, para então analisar caso a caso a possibilidade da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos serviços prestados pelos Tabelionatos de Protesto de Títulos e Outros Documentos de Dívida.

Palavras chaves: Tabelionato de Protesto; Atividade notarial e registral; Direito do Consumidor; Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor; Relação de Consumo; Protesto Extrajudicial; Tabeliães;

ABSTRACT

An issue still very controversial in the notarial and registry activity is the applicability of the consumerist digest in the relations between the Notaries and the users of the notary's service. It is imperative to note that the notarial and registry activity are divided into several segments, namely, notaries notaries, notaries and registry officers of maritime contracts, title protest notaries, real estate registration officers, securities registration officers and documents , Registration officers of legal entities, civil registration officers of natural persons and of interdictions and guardianships, and distribution registration officers. Thus, due to the immense amount of services provided by all these extrajudicial services, it is necessary to make an epistemological cut for the proper conduct of the present research work and to enable a more detailed analysis of this controversy. In this way, the present research will analyze the legal relationship that exists exclusively between extrajudicial protest services and users of the services, analyzing all the services provided by the Protest Notary, the legal nature of the pecuniary compensation received by This and also of its civil liability laid down in the legislation. In the same way that there are several professors who defend the applicability of the Consumer Defense Code to notary and registry services, there are so many others who defend the inapplicability of the consumerist digest in these relations. The Federal Law does not have an objective disposition on the subject, leaving to the field of the jurisprudence and the doctrine the attempt to solve this controversy. This research work intends to solve the problem that hovers the applicability or not of the Code of Consumer Protection to the services provided by the Protest Notary and, as a consequence, to answer if it is possible to apply the consumerist digest in the relations between the Protestant Notaries and their respective users Of the services provided, through a study of the users of the protest service interspersed with the legal relationship between them, and then to analyze, on a case by case basis, the applicability of the Consumer Defense Code in the services provided by the Protest of Securities and Other Debt Documents.

Key words: Protest; Notary and registry activity; Consumer Law; Applicability of the Consumer Defense Code; Consumer relationship; Extrajudicial Protest; Notaries;

LISTA DE ABREVIATURA

CC/02 – Código Civil de 2002

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CPC/15 – Código de Processo Civil de 2015

STJ – Superior Tribunal De Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

CNI - Confederação Nacional da Indústria

CTN - Código Tributário Nacional

SUMÁRIO

- INTRODUÇÃO.....	11
- 1. FONTES DO DIREITO NOTARIAL E REGISTRAL	14
- 1.1. FONTES HETERÔNOMAS E AUTÔNOMAS DO DIREITO NOTARIAL E REGISTRAL	15
- 1.1.1. NORMA CONSTITUCIONAL	17
- 1.1.2. LEI FEDERAL E NORMAS DAS CORREGEDORIAS	20
- 2. A ORIGEM DO PROTESTO NO BRASIL	22
- 2.1. A EVOLUÇÃO DO PROTESTO EXTRAJUDICIAL NO BRASIL	22
- 2.2. O CONCEITO DO PROTESTO EXTRAJUDICIAL	23
- 2.2.1. CONCEITO LEGAL	24
- 2.2.2. CONCEITOS DOUTRINÁRIOS	26
- 2.2.3. INTERPRETAÇÃO DOS CONCEITOS DOUTRINÁRIOS DE PROTESTO EXTRAJUDICIAL	28
- 2.2.4. PRINCÍPIOS QUE REGEM O PROTESTO EXTRAJUDICIAL	33
- 2.3. NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS DE PROTESTO	37
- 2.3.1. A DELEGAÇÃO DO TABELIÃO DE PROTESTO	41
- 2.3.2. BREVE ESCORÇO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS TABELIÃES DE PROTESTO	43
- 2.3.3. A NATUREZA JURÍDICA DOS TABELIONATOS DE PROTESTO DE TÍTULOS E OUTROS DOCUMENTOS DE DÍVIDA	44
- 2.4. OS SERVIÇOS PRESTADOS PELOS TABELIÃES DE PROTESTO	46
- 2.4.1. OS USUÁRIOS DO SERVIÇO	49
- 2.5. PROTESTO JUDICIAL – MODALIDADE DIVERSA	50
- 2.5.1. DIFERENÇAS DO PROTESTO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL	50
- 2.6 – A RELAÇÃO DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO DE PROTESTO EXTRAJUDICIAL COM OS TABELIÃES DE PROTESTO	53

- 3. DAS RELAÇÕES DE CONSUMO À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	54
- 3.1. CONCEITOS DE FORNECEDOR E CONSUMIDOR	54
- 3.2. RESPONSABILIDADE ADOTADA PELO DIGESTO CONSUMERISTA	56
- 4. A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS SERVIÇOS DE PROTESTO EXTRAJUDICIAL	60
- 4.1 – O ENTENDIMENTO JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIO	61
- CONCLUSÃO	66
- REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

A pesquisa tem por finalidade analisar a possibilidade ou não da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações travadas entre os Tabeliães de Protesto e os respectivos usuários dos seus serviços prestados.

De logo insta salientar que as relações consumeristas são fundadas na autonomia da vontade das partes, uma relação contratual. Ao passo que o regime jurídico dos delegatários é eminentemente público e jungido à lei, sem espaço para a autonomia da vontade, elemento obrigatório para qualquer contrato.

Certo é que estamos diante de uma inequívoca prestação de serviços, cujo preço é pago pelo usuário dos serviços. Mas, seria possível tipificar a figura do usuário como sendo um consumidor ? E, no tocante ao notário, seria possível qualificar o Tabelião como um prestador de serviços ?

É cediço que para a configuração de uma relação de consumo é necessário termos a presença dos elementos subjetivos, quais sejam, consumidor e fornecedor, de ao menos um dos elementos objetivos, produto ou serviço. E, por fim, que seja observada a finalidade deste negócio jurídico.

Por outro lado, temos o Tabelião de Protesto, pessoa natural, profissional do Direito, que com base na Constituição Federal/88 e em Leis Federais, recebendo a delegação do Estado para, em caráter privado, exercer a atividade pública, dos serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida.

Note que estamos diante de um profissional que deve agir no exercício regular do direito, de maneira completamente imparcial, observando a legislação pertinente, que, destaque-se, não é o Código de Defesa do Consumidor-CDC e, também, sem a existência de contrato.

Até o momento, pouco se tem no tocante a trabalhos de pesquisa abordando a problemática em questão, razão pela qual o presente trabalho de pesquisa pretende chamar a atenção para a importância, prática e teórica, do tema abordado para que surjam outras contribuições, mais completas e aprofundadas, com vistas a, gradativamente, preencher a atual lacuna na bibliografia jurídica.

Nas altas cortes deste país, o entendimento é demasiadamente diversificado, a título exemplificativo, na decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF que negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 397094, o ministro relator Sepúlveda Pertence denomina os usuários dos serviços notariais de protesto como consumidores, enquanto são inúmeras as decisões do Superior Tribunal de Justiça - STJ que denomina os usuários dos serviços de protesto como sendo apenas contribuintes.

Questão fundamental que muito vai contribuir para a sedimentação da conclusão do presente trabalho de pesquisa é a natureza da remuneração recebida pelos Tabeliães, valor fixado em Lei, não tendo o Tabelião qualquer autonomia, inclusive, para propor descontos ou promoções para o usuário dos serviços.

Ademais, a aplicabilidade do digesto consumerista nas relações entre tabeliães de protesto e os respectivos usuários do serviço, traz a baila, inúmeras outras questões acessórias, tais como, a possibilidade da inversão do ônus da prova em desfavor do Tabelião, a responsabilidade civil do Tabelião, com culpa ou sem culpa.

O objetivo geral da pesquisa é analisar a aplicabilidade do Direito de Defesa do Consumidor nas relações entre os Tabeliães de Protesto e os respectivos usuários dos serviços prestados, interpretando a legislação aplicável juntamente com a doutrina e a jurisprudência.

Os objetivos específicos consistem em: analisar o regramento legal aplicado para os serviços notariais e registrais; delimitar os procedimentos e serviços prestados pelos Tabeliães de Protesto; conceituar e diferenciar o protesto judicial do protesto extrajudicial; diferenciar os serviços e os respectivos usuários de cada serviço prestado; estudar a evolução histórica da atividade notarial de natureza privada através das outorgas de delegações; examinar a responsabilidade dos Tabeliães de Protesto à luz das Leis 9.492/97, 8.935/94, 6.015/73 e, da própria Constituição Federal, art. 37, § 6º; averiguar os conceitos de fornecedor e consumidor à luz do Código de Defesa do Consumidor; analisar a possibilidade da qualificação do Tabelião de Protesto como fornecedor de serviços e, do usuário dos serviços como consumidor; verificar qual a teoria de responsabilidade adotada pelo digesto consumerista e, qual a responsabilidade adotada pelo referido Código para as pessoas jurídicas de Direito Público; e, indagar o posicionamento da

jurisprudência acerca da aplicabilidade, ou não, do Código de Defesa do Consumidor nas atividades notariais e registras, entre outros pertinentes à abordagem do tema.

A metodologia aplicada na pesquisa tem sua base o método bibliográfico utilizando-se as seguintes fontes: artigos, livros, texto publicados na internet, publicações periódicas, jurisprudências e tudo que venha auxiliar no desenvolvimento do tema proposto.

1. FONTES DO DIREITO NOTARIAL E REGISTRAL

Fonte, no sentido figurado da palavra, é tudo aquilo que da origem a algo, a causa de alguma coisa. Nessa caminhada, podemos afirmar que as fontes do Direito são a própria origem do Direito, sejam provenientes de fatos sociais ou fatos normativos.

Abordar as fontes do ordenamento jurídico é um dos mais nobres e fundamentais estudos de todo o Direito, tema vital de qualquer ramo jurídico.

Tema tão importante que nas palavras do ilustre professor e doutrinador Mauricio Godinho Delgado (DELGADO, 2013, p.132) “É tema nuclear da Filosofia Jurídica, na medida em que examina as causas e fundamentos remotos e emergentes do fenômeno jurídico. É tema central da Ciência do Direito, na medida em que estuda os meios pelos quais esse fenômeno exterioriza-se. É também tema essencial a qualquer ramo jurídico específico, na medida em que discute as induções que levaram a formação das normas jurídicas em cada um dos ramos enfocados e os mecanismos concretos de exteriorização dessas normas.”

Deste ponto, nasce uma importante classificação das fontes do Direito, quais sejam, as fontes materiais e as fontes formais.

As fontes materiais são provenientes dos fatores sociológicos, aquelas geradas por um conjunto de fenômenos sociais, que futuramente ensejariam a formação da matéria do Direito. Enquanto as fontes formais é a própria materialização da fonte material em norma, ou melhor dizendo, a própria norma já materializada, quando o Direito ganha forma, a exemplo das Leis e da Constituição Federal/88.

Dentre as fontes formais do Direito ainda é válido mencionar a existência de uma subclassificação entre as fontes formais imediatas e as fontes formais mediatas.

O ilustre professor Dirley da Cunha Junior ensina em seu livro Curso de Direito Constitucional (DIRLEY DA CUNHA JR, 2016, p.61) que “Entre as fontes imediatas (ou diretas) destacam-se, como não poderia deixar de ser, as *Constituições*. Alguns autores, com razão, ainda acrescentam os *costumes*.” e, “Entre as fontes mediatas (ou indiretas), figuram a *jurisprudência* e a *doutrina*”.

As fontes formais de direito ainda dividem-se em heterônomas e autônomas. Nessa diapasão, é importante diferenciar as fontes formais heterônomas das fontes formais autônomas e, os seus respectivos conceitos.

A principal e marcante diferença das fontes formais autônomas para as fontes formais heterônomas diz respeito a participação dos destinatários das regras produzidas e, da atuação de um agente externo.

As fontes autônomas são elaboradas pelos próprios destinatários da regra em criação. A título exemplificativo de fontes autônomas podemos utilizar as convenções coletivas e os acordos coletivos estudados no ramo do Direito do Trabalho, mas, também, os costumes, o grande exemplo das fontes formais autônomas, considerada por alguns doutrinadores, a exemplo de Paulo Doutrado de Gusmão como a fonte mais antiga do Direito.

Exatamente por tal razão que no Decreto-Lei nº 4.657/42, atualmente conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 04º, dispõe que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Por outro lado, a denominação de fonte formal heterônoma é atribuída às normas cuja formação é materializada através de agente externo, de modo geral o Estado, sem há participação imediata dos destinatários principais das regras jurídicas. Alguns exemplos clássicos das fontes formais heterônomas são a Constituição Federal, a lei complementar a lei ordinária, o decreto e as súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal-STF.

Como dito alhures, as fontes formais autônomas distinguem-se das fontes formais heterônomas justamente pela participação imediata dos destinatários das regras produzidas sem interferência do agente externo.

1.1 FONTES HETERÔNOMAS E AUTÔNOMAS DO DIREITO NOTARIAL E REGISTRAL

Após apartada síntese acerca da classificação e conceito das fontes do Direito, passamos a analisar, especificamente, as fontes heterônomas e autônomas do Direito Notarial e Registral.

No Direito Notarial e Registral brasileiro a fonte formal heterônoma com maior destaque é, de maneira inequívoca, a Constituição Federal/88, em especial o artigo 236 e seus parágrafos, a seguir transcritos:

Art. 236. - Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Além da Constituição Federal/88 do Brasil, são importantes fontes formais heterônomas do Direito Notarial e Registral, a Lei Federal nº 8.935/94, em especial para os Tabeliães de Protesto e Outros Documentos de Dívida, a Lei Federal nº 9.492/97 e, ainda inúmeras normas, destacando-se normas editadas pelos respectivos Tribunais de Justiça de cada unidade federativa, e, inclusive provimentos editados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, tema que será abordado com maior intensidade abaixo.

As Leis nº 9.492/97 e nº 8.935/94 atribuem privativamente aos tabeliães de protestos de títulos, na tutela dos interesses públicos e privados, a protocolização, a intimação, o acolhimento da devolução ou do aceite, o recebimento do pagamento, do título e outro documento de dívida, bem como lavrar e registrar o protesto ou acatar a desistência do credor em relação a ele, proceder às averbações, prestar informações e fornecer certidões relativas a todos os atos praticados.

Ou seja, normas gerais, que deixam lacunas que são preenchidas pelas normas técnicas expedidas pelo Poder Judiciário, no fiel cumprimento da sua função fiscalizadora da atividade notarial.

De outro lado, não menos importante, devemos destacar como fontes formais autônomas do Direito Notarial e Registral brasileiro os costumes e as determinações autônomas.

Diretamente inseridos na vida de uma comunidade, os notários devem integrar-se na história dessa comunidade, conseqüentemente, de seus usos e costumes.

No presente trabalho de pesquisa em razão do corte epistemológico feito para delimitar e focar o estudo apenas as atividades inerentes aos Tabeliães de Protesto, cabe aqui registrar a grande percepção e inteligência do artigo 01º da Lei nº 9.492/97, no tocante aos costumes *in verbis*:

Art. 1º - Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.

Como bem observado pelo jurista Theophilo de Azeredo Santos “a Lei nº 9.492/97 deixou uma enorme margem para que outros documentos que vierem a ser criados pelos usos ou costumes (v.g.: faturas de cartão de crédito, contratos de 'factoring') ou por leis posteriores, sejam agasalhados pelo citado art. 1º” (SANTOS, 2002, p.3).

Com base nessa fonte do direito que, em um determinado momento histórico do Brasil, foi admitido, por exemplo, a possibilidade do protesto extrajudicial das sentenças judiciais condenatórias transitadas em julgado.

É o Direito Notarial e Registral bebendo de maneira inequívoca nas fontes formais autônomas, nos costumes da sociedade.

1.1.1. NORMA CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal do Brasil é a lei maior do país, topo da Pirâmide de Hans Kelsen, norma balizadora para todas as outras normas.

A atividade notarial é histórica e remonta desde o período colonial do Brasil. Assim, não seria incomum encontrar nas Constituições Federais anteriores dispositivos sobre o tema.

Apenas a título exemplificativo, a Constituição Federal de 1967, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 22/82, nos artigos 206, 207 e 208, disciplinavam acerca do provimento dos titulares, *in verbis*:

Art. 206 - Ficam oficializadas as serventias do foro judicial mediante remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos, ressalvada a situação dos atuais titulares, vitalícios ou nomeados em caráter efetivo ou que tenham sido revertidos a titulares.

Art. 207 - As serventias extrajudiciais, respeitada a ressalva prevista no artigo anterior, serão providas na forma da legislação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, observado o critério da nomeação segundo a ordem de classificação obtida em concurso público de provas e títulos.

Art. 208 - Fica assegurada aos substitutos das serventias extrajudiciais e do foro judicial, na vacância, a efetivação, no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, contem ou venham a contar cinco anos de exercício, nessa condição e na mesma serventia, até 31 de dezembro de 1983.

No Brasil ainda existem inúmeros titulares de serventias que receberam a outorga das delegações na vigência da Constituição Federal de 1967, daí a importância de destacar os referidos dispositivos que já não estão mais vigentes tendo sido completamente revogados pela nova Constituição Federal de 1988.

Da mesma maneira, conforme dito no tópico anterior, a atividade notarial e registral está disposta na Constituição Federal/88 no artigo 236 e seus parágrafos e, também, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

O *caput* do art. 236 da CF/88 determina que os serviços notariais e de registro serão exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

Ainda no âmbito da Constituição Federal de 1988, é necessário destacar o artigo 22, XXV, o qual atribui à União a competência privativa para legislar sobre registros públicos.

No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT destacam-se dois dispositivos que tratam acerca da atividade notarial e registral, são os artigos 31 e 32, a seguir transcritos:

Art. 31. - Serão estatizadas as serventias do foro judicial, assim definidas em lei, respeitados os direitos dos atuais titulares.

Art. 32. - O disposto no art. 236 não se aplica aos serviços notariais e de registro que já tenham sido oficializados pelo Poder Público, respeitando-se o direito de seus servidores.

São dispositivos mais específicos que disciplinam questões acerca da legitimidade do titular dos cartórios extrajudiciais que receberão a delegação antes da Constituição Federal/88, não sendo o foco do presente trabalho de pesquisa.

O artigo 32 do ADCT é na verdade exceção ao exercício em caráter privado dos serviços notariais e de registro no tocante aos titulares de cartórios oficializados pelo Poder Público em período anterior à Constituição Federal de 1988.

No Brasil, em especial na Bahia, a atividade notarial e registral já foi exercida tanto em caráter privado quanto eminentemente público.

Exemplificando, atualmente no Estado da Bahia a grande maioria dos cartórios extrajudiciais são ainda de natureza pública. Inclusive, desde o ano de 2013 a banca organizadora CESPE tenta finalizar o primeiro concurso para outorga de delegações de serventias extrajudiciais de notas e de registro do estado do Estado da Bahia, em consonância com o edital Nº 1 do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia de 17 de julho de 2013.

Pois bem. São estas as normas constitucionais que merecem destaque.

1.1.2. LEI FEDERAL E NORMAS DAS CORREGEDORIAS

No tocante as Leis Federais, fontes formais heterônomas do Direito Notarial e Registral, vigente, de logo, é imperioso destacar a Lei nº 8.935/94, conhecida como Lei dos cartórios, que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro.

Tal norma é de extrema importância na medida em que traz em seu bojo as definições de serviços notariais e de tabelião, em seus artigos 01º e 03º, respectivamente, abaixo transcritos:

Art. 1º - Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

(...)

Art. 3º - Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

No que concernem os serviços notariais de protesto de títulos e outros documentos de dívida, em que pese a Lei 8.935/94 em seu artigo 11 trazer as competências privativas dos Tabeliães de Protesto, a Lei Federal de maior relevância para o protesto extrajudicial é a Lei nº 9.492/97 que define também define a competência dos Tabeliães de Protesto, além de regulamentar os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida.

Um importante dispositivo contido na Lei nº 9.492/97, é o parágrafo único do artigo 07º, *in verbis*:

Art. 7º - Os títulos e documentos de dívida destinados a protesto somente estarão sujeitos a prévia distribuição obrigatória nas localidades onde houver mais de um Tabelionato de Protesto de Títulos.

Parágrafo único. - Onde houver mais de um Tabelionato de Protesto de Títulos, a distribuição será feita por um Serviço instalado e

mantido pelos próprios Tabelionatos, salvo se já existir Ofício Distribuidor organizado antes da promulgação desta Lei.

O referido dispositivo elimina entre os Tabelionatos de Protesto de Títulos a concorrência, não há um mercado, todos os títulos devem, necessariamente, serem distribuídos obedecidos os critérios de quantidade e qualidade.

Todavia, consoante exposto acima são normas gerais que deixam lacunas que são preenchidas pelas normas técnicas expedidas pelo Poder Judiciário, no fiel cumprimento da sua função fiscalizadora da atividade notarial.

Nessa esteira, destacam-se os provimentos editados pelo Conselho Nacional de Justiça e as normas regulamentadoras editadas pelas corregedorias dos Tribunais de Justiça estaduais.

Cada Tribunal de Justiça estadual tem o seu respectivo Código de Normas e Procedimentos dos Serviços Notariais e de Registro, normas que de maneira mais específica norteiam

2. A ORIGEM DO PROTESTO NO BRASIL

2.1. A EVOLUÇÃO DO PROTESTO EXTRAJUDICIAL NO BRASIL

No Brasil, o primeiro Tabelionato de Protesto foi criado na Bahia, através de lei sem número, em 15 de novembro de 1827, conforme escreve o doutrinador Cláudio de Almeida Santos (SANTOS, 1992, p.15), citando como fonte José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu (1874), enquanto ainda vigorava o Alvará Português de 19 de outubro de 1827 que regulamentava o termo de denúncia dos protestos, na forma dos costumes do comércio da praça.

Todavia, somente com o Código Comercial de 1850 que o Brasil passou a ter normas expressas acerca do protesto, precisamente nos artigos 405 a 414. A referida legislação disciplinou o protesto das letras de câmbio, impondo a necessidade do protesto extrajudicial nos casos de recusa de aceite e recusa de pagamento.

Cerca de alguns anos depois, em 1908, adveio o Decreto nº 2.044, também conhecido como Lei Saraiva, superando os dispositivos do Código Comercial de 1850 e, dispondo do protesto cambial com maior profundidade, conforme lições do ilustre Tabelaio Emanuel Macabu Moraes “Posteriormente, o Decreto n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, conhecido como Lei Saraiva, tratou com mais propriedade do protesto cambial, quando estabeleceu que “a falta ou recusa, total ou parcial, de pagamento, prova-se pelo protesto” (art. 13), dedicando o Capítulo VIII (arts.28 a 33) à regulamentação do protesto das letras de câmbio e notas promissórias” (MORAES, 2014, p.26).

Em 1930, um marco internacional importante foi a Lei Uniforme de Genebra, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 57.663 de 24 de janeiro de 1966.

Após o ano de 1930, muito se caminhou no protesto extrajudicial até as Leis nº 8.935/94 e a nº 9.492/97, sendo valido aqui destacar o art. 75 da Lei nº 4.728/65 que atribui ao protesto extrajudicial do contrato de câmbio, instrumento bastante para requerer a ação executiva, a Lei da Duplicata, nº 5.474/68 que em seu artigo 13 determina as hipóteses do protesto extrajudicial das duplicatas. A Lei nº 7.357/85 que dispõe sobre o cheque e, em seu artigo 47, inciso II dispõe que a recusa de pagamento é provada pelo protesto ou por declaração do sacado.

E, não parou nas Leis nº 8.935/94 e a nº 9.492/97. Em 2002, o então novo Código Civil brasileiro, em seu art. 202, inciso III adotou o protesto cambial como uma das hipóteses para a interrupção da prescrição. Também, cabe destaque a Lei nº 10.931/04 que em seu artigo 41 simplificou o procedimento do protesto extrajudicial da Cédula de Crédito Bancário, permitindo o protesto por indicação bastando que o credor apresente declaração de posse da sua única via negociável, inclusive no caso de protesto parcial.

Ao longo dos anos, em que pese serem poucos as hipóteses do protesto obrigatório, o instituto do protesto extrajudicial ganhou muita força no Brasil.

2.1. O CONCEITO DO PROTESTO EXTRAJUDICIAL

Em que pese a Lei nº 9.492/97 conceituar logo em seu artigo 01º o protesto extrajudicial, na doutrina é possível encontrar inúmeros conceitos, sempre relacionados aos títulos cambiais.

E, não podia ser diferente, considerando que esses conceitos teve como base a Convenção de Genebra de 1930.

Em verdade, muito destes conceitos encontrados na doutrina remonta de um momento anterior a edição e publicação da Lei nº 9.492/97, que, somente não refletiu os conceitos anteriores da doutrina brasileira como ampliou o alcance para atingir outros documentos de dívida.

Nesta oportunidade, cumpre aqui esclarecer a razão do protesto ser por ora denominado como protesto cambial, ora protesto extrajudicial e, por vezes, protesto.

Pois bem. O fato do protesto, instituto objeto do presente estudo, ser por ora denominado de protesto extrajudicial, trata-se ao fato deste instituto seguir um procedimento extrajudicial, que não demanda a propositura de uma ação judicial pelo rito judicial. Tal diferenciação será devidamente abordada no tópico 2.5.1.

A nomenclatura protesto cambial, remete as origens do protesto, onde o que se buscava com o protesto era os efeitos cambiais, realidade não muito diferente dos dias atuais.

2.2.1. CONCEITO LEGAL

De acordo com a legislação vigente no Brasil, o atual conceito de protesto extrajudicial pode ser encontrado no artigo 01º da Lei nº 9.492/97, a seguir transcrito:

Art. 1º - Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.

Parágrafo único - Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.
(Incluído pela Lei nº 12.767, de 2012)

Note que o referido conceito além de não se desvincular dos títulos de crédito, ampliou de maneira significativa o alcance do protesto extrajudicial na medida em que traz a expressão “e outros documentos de dívida.”

Da mesma forma, muito importante foi a inclusão do parágrafo único do artigo 01º na Lei nº 9.492/97 pela Lei nº 12.767 de 2012, que incluiu aos títulos sujeitos a protesto, as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e, também, das respectivas autarquias e fundações públicas.

Protesto que foi muito questionado pela indústria que, inclusive, por meio da Confederação Nacional da Indústria, ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – Adin, de nº 5135, alegando inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 01º na Lei nº 9.492/97, tanto por vícios formais quanto materiais.

Em apertada síntese, o vício material, alegado pela Confederação Nacional da Indústria - CNI aponta para uma suposta desvirtuação da finalidade e utilização do protesto extrajudicial pelo fisco, como meio coercitivo para pressionar os devedores a quitar seus débitos com a Fazenda Pública.

Na referida Adin nº 5135/DF a CNI sustento como desvio de finalidade que o protesto da CDA só serviria como meio de coação do devedor a pagar, o chamado

"protesto execução", que, diante do abalo e restrição do crédito do protestado, funcionaria como elemento de pressão. Daí, de acordo com a CNI, não sendo nem ética nem juridicamente justificável a utilização deste instrumento pelo Poder Público que dispõe de todo um sistema de proteção e privilégio na cobrança dos seus créditos, sendo supostamente mera forma de execução indireta, à margem do devido processo legal, à revelia, portanto, do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Acerca da suposta inconstitucionalidade da utilização do protesto extrajudicial pela Fazenda Pública, a CNI sustentou 5 (cinco) pilares: (i) a liquidez e certeza, fundamentos para a cobrança executiva do crédito tributário, independe do protesto ou de qualquer outro ato acessório. Decorre, de regular processo administrativo; (ii) a cobrança da certidão de dívida ativa - CDA, ocorre de forma executiva e, se realiza nos moldes da Lei nº 6.830/80, constituindo a CDA título executivo extrajudicial; (iii) a formação da CDA não segue o parâmetro ordinário que orienta a formação dos demais títulos executivos em geral: a manifestação volitiva do devedor. Sendo assim, segundo a Confederação Nacional da Indústria, a CDA deriva de uma obrigação de natureza compulsória, *ex lege*: (iv) o registro de que o protesto interruptivo de prescrição é o cambial, na direta dicção do inciso III, do artigo 202 do Código Civil, qualidade que o protesto da CDA; e, (v) o protesto supostamente também não se mostra necessário à constituição em mora do devedor para fins de fluência dos juros moratórios, pois sua disciplina já se tem na regra do artigo 161 do Código Tributário Nacional - CTN.

Em sede de manifestação, a AGU – Advocacia Geral da União, defendeu que o protesto da CDA deve ser um dos instrumentos de que dispõe a Fazenda Pública para recuperar efetivamente o crédito público, ressaltando que a cobrança do crédito público, de natureza tributária ou não, ultrapassa uma mera prerrogativa do ente estatal, caracterizando-se como um verdadeiro dever-poder jurídico que se impõe à Administração Pública.

Pois bem. pela maioria de votos, o plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, não proveu o pleito da Confederação Nacional da Indústria, julgando constitucional o parágrafo único do artigo 01º na Lei nº 9.492/97 e, autorizou a permanência do protesto de certidão de dívida ativa – CDA. Atualmente o instituto

do protesto extrajudicial é utilizado pela Fazenda Pública como mais uma forma de cobrança extrajudicial do título, acelerando a recuperação dos créditos tributários.

Todo esta síntese acerca da Adin nº 5135 é importante ser tecida na medida em que o parágrafo único do artigo 01º na Lei nº 9.492/97 integra de forma direta o conceito legal de protesto.

2.2.2. CONCEITOS DOUTRINÁRIOS

Mesmo antes da edição da Lei nº 9.492/97, inúmeros são os conceitos doutrinários dados ao protesto.

Ensina o professor e doutrinador Rubens Requião, em seu livro Curso de Direito Comercial, atualizado pelo professor e advogado Rubens Edmundo Requião, que “O protesto constitui precisamente um ato oficial e público que comprova a exigência do cumprimento daquelas obrigações cambiárias, constituindo-se em prova plena.” (REQUIÃO, 2015, p. 556).

O ilustre doutrinador Fabio Ulhôa Coelho conceitua protesto como “Na verdade, o protesto deve-se definir como ato praticado pelo credor, perante o competente cartório, para fins de incorporar ao título de crédito a prova de fato relevante para as relações cambiais.” (COELHO, 2012, p. 542).

Também é válido destacar o conceito dado pelo doutrinador Luiz Emygdio F. da Rosa Jr. que define o protesto como “Um dos institutos cambiários mais importantes é o protesto, que pode ser definido como o ato formal pelo qual se atesta um fato relevante para a relação cambial. Esse fato relevante pode ser (i) a falta de aceite do título, (ii) a falta de devolução do título, ou; (iii) a falta de pagamento do título.” (ROSA JR. 2014, p. 579).

Já o doutrinador Arnaldo Rizzardo, conceitua o protesto como “um ato formal e solene que, por força de lei, tem a virtude de servir de prova peremptória das situações determinantes do exercício do direito” (RIZZARDO. 2006, p. 158).

O ilustríssimo doutrinador e professor Pontes de Miranda afirma que “o protesto era, e é, o ato formal, pelo qual se salvaguardavam os direitos cambiários, solenemente feitos perante oficial público” (MIRANDA. 1954, p.345).

De acordo com o doutrinador Carvalho de Mendonça, “o protesto, para os efeitos cambiais (protesto cambial) é a formalidade extrajudicial, mas solene, destinada a servir de prova da apresentação da letra de câmbio, no tempo devido, para o aceite ou para o pagamento, não tendo o portador, apesar da sua diligência, obtido este ou aquele. Com o mesmo objetivo, serve ainda de prova da falência do aceitante” (MENDONÇA, 2003, p. 376).

Notem que os conceitos trazidos a baila pela doutrina, terminam por ser mais abrangentes que o próprio conceito legal de protesto disposto no artigo 01º da Lei nº 9.492/97, em especial o do professor Fabio Ulhôa Coelho.

Conforme bem destacou o doutrinador Emanuel Macabu Moraes “Sua posição é intencionalmente mais abrangente e substitui as expressões “descumprimento e inadimplemento” da Lei de Protestos por “fato relevante”.” (MORAES, 2014, p. 55).

Isto porque, de acordo com o professor Ulhôa, o conceito legal não abarca o protesto por falta de aceite, tendo em conta a inexistência de norma cambial que obrigue o sacado a aceitar a ordem na letra de câmbio, situação que o afastaria da definição legal.

Em que pese tal posicionamento o próprio professor Fábio Ulhôa destaca em seu livro que a jurisprudência, atenta à facultatividade do aceite da letra de câmbio, tem considerado incabível o protesto por falta de aceite deste título, como forma de preservar a pessoa do sacado dos efeitos negativos que este ato projeta, mesmo quando não se destina a provar a falta de pagamento (TJSP, Embargos Infringentes 991.06.019980-6, relatados pelo des. Alexandre Lazzarini) (COELHO, 2012, p. 543).

A repercussão acerca do protesto da letra de câmbio por falta de aceite caminha por uma longa estrada sendo a conclusão do professor e doutrinador Emanuel Macabu Mendonça a mais plausível “a conclusão inevitável é que a recusa infundada ao aceite de letra de câmbio deve ser admitida como descumprimento de obrigação originada não apenas em títulos de crédito (protesto cambial), outrossim, em outros documentos de dívida (protesto notarial comum), inclusive aquele que deu origem ao saque” (MORAES, 2014, p. 59).

2.2.3. INTERPRETAÇÃO DOS CONCEITOS DOUTRINÁRIOS DE PROTESTO EXTRAJUDICIAL

Cabe aqui destacar que todos os conceitos doutrinários trazidos a baila no tópico anterior, estão todos fixados na concepção de que o protesto é um ato diretamente vinculado aos títulos de créditos.

É inequívoco que o ato do protesto nasceu eminentemente da letra de câmbio. Todavia, ao longo do tempo foi sendo estendido aos demais títulos de créditos.

Nessa esteira é também o entendimento do doutrinador Emanuel Macabu, “Se o protesto nasceu vinculado à letra de câmbio, hose ele se destaca como o melhor meio de prova do descumprimento ou inadimplemento de todas as obrigações líquidas e vencidas, sejam decorrentes da vontade ou de imposição legal.” (MORAES. 2014, p. 61).

Atualmente o protesto extrajudicial tem como sua principal finalidade a recuperação do crédito.

Em que pese os títulos de créditos e outros documentos de dívida serem levados para o Tabelião pelos portadores ou credores, não devemos esquecer que quem realiza o protesto é o Tabelião e, não o portador/credor.

Outro elemento extremamente importante que deve ser interpretado dos conceitos doutrinários é que não se protesta a pessoa, seja física ou jurídica. É um grave técnico equivoco dizer que uma determinada pessoa foi protestada.

O que se protesta é o título ou o documento de dívida, seja por falta de aceite, devolução ou pagamento do título, respeitado é claro todos os procedimentos previstos gerais na Lei nº 9.492/97 e os específicos dispostos nas normas dos respectivos Tribunais de Justiça estaduais.

Fato de extrema importância que consta no conceito legal e nos doutrinários que demanda atenção, embora não seja o foco do presente trabalho de pesquisa, diz respeito aos títulos e outros documentos de dívidas que são passíveis de protesto, que podem ser apresentados para protesto perante os Tabeliães de Protesto.

Apenas com uma interpretação simplesmente textual é imperioso destacar que os títulos de créditos são passíveis de protesto, além de outros documentos de dívida.

De logo deve-se também entender como títulos tanto os títulos executivos extrajudiciais, elencados de maneira não taxativa no artigo 784 do Código de Processo Civil de 2015, a seguir transcrito:

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;

II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor;

III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas;

IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;

V - o contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução;

VI - o contrato de seguro de vida em caso de morte;

VII - o crédito decorrente de foro e laudêmio;

VIII - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio;

IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

X - o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas;

XI - a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei;

XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

Como também os títulos executivos judiciais, dispostos, também, no art. 515 do Código de Processo Civil de 2015, *in verbis*:

Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

I - as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa;

II - a decisão homologatória de autocomposição judicial;

III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza;

IV - o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal;

V - o crédito de auxiliar da justiça, quando as custas, emolumentos ou honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial;

VI - a sentença penal condenatória transitada em julgado;

VII - a sentença arbitral;

VIII - a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça;

IX - a decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do *exequatur* à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça;

Todavia, é necessário aqui ressaltar que os títulos judiciais para serem passíveis de protesto necessitam ser líquidos, ou seja que neles tenham contido obrigação de pagar. A título exemplificativo, não se pode protestar uma sentença que contenha tão somente a obrigação de um profissional técnico pintar determinado muro, não há quantia líquida nesse título executivo judicial.

Nesse caminhar, cabe aqui destacar algumas características fundamentais que diferenciam os títulos de créditos dos demais documentos de dívidas.

A tabeliã Silvia Azevedo, ensina em seu livro “O Protesto de Títulos e Outros Documentos de Dívida”, que “As características fundamentais que tornam os Títulos de Crédito distintos dos demais títulos de dívida são: - autonomia; - literalidade; - cartularidade; e, - abstração” (AZEVEDO. 2008, p. 56), todos abaixo brevemente definidos.

Cumpra aqui registrar que outros doutrinadores, uma corrente minoritária, elencam algumas características há mais, a exemplo da circulabilidade e da executividade. Todavia, características abrangidas pelas quatro expostas no parágrafo anterior.

A autonomia traduz a independência das obrigações assumidas pelos intervenientes no título.

Nesse sentido já ensinava o artigo 43 do Decreto nº 2.044 de 31 de dezembro de 1908 em seu artigo 43, que as obrigações cambiais, são autônomas e independentes umas das outras, *in verbis*:

Art. 43 - As obrigações cambiais, são autônomas e independentes umas das outras. O significado da declaração cambial fica, por ela, vinculado e solidariamente responsável pelo aceite e pelo pagamento da letra, sem embargo da falsidade, da falsificação ou da nulidade de qualquer outra assinatura.

No tocante a literalidade é a característica que o título de crédito possui que somente valida tudo aquilo que está escrito nele, literalmente. Sendo, em princípio nulo, tudo que nele não foi escrito.

“Oportunidade na qual é válido colacionar o conceito da professora e tabeliã Silvia Azevedo, Os títulos de crédito são literais pelo fato de só valer no Título o que nele está escrito. Nem mais nem menos do mencionado no documento constitui direito a ser exigido pelo portador, observa Fran Martins.” (AZEVEDO. 2008, p. 57).

A cartularidade, também chamada por alguns doutrinadores de incorporação, é a característica pela qual o próprio crédito se materializa no título,

tornando imprescindível o documento, da cártula, para o exercício do direito nele contido. É uma característica decorrência lógica das duas características anteriores, ora, é em razão da literalidade e da autonomia que se faz necessária a apresentação da cártula para o exercício do direito nela contida.

A última característica elencada pela Tabela Silvia de Azevedo, a abstração, não deve ser confundida com a autonomia. A abstração é a característica dos títulos de créditos, pela qual torna-se desnecessário a análise do negócio jurídico que os originaram, títulos que adquirem eficácia cambiária independentemente da causa *debendi*, salvo é claro algumas exceções legais, a exemplo da duplicata que encontra-se vinculada por força de lei ao negócio mercantil que lhe originou.

Por fim, é imperioso destacar que na doutrina tais características também podem ser encontradas como sendo princípios dos títulos de créditos, nomenclatura mais comum utilizada pela doutrina.

De igual modo, não se pode esquecer a expressão contida no artigo 01º da Lei nº 9.492/97, outros documentos de dívida.

De logo é inequívoco que a expressão outros documentos de dívida é demasiadamente aberta, imprecisa e, dá margem para inúmeros outros questionamentos tanto no campo doutrinário quanto no campo jurisprudencial.

Por exemplo, uma nota fiscal, já esta consolidado na nossa jurisprudência atual, o entendimento pela impossibilidade de protesto de uma nota fiscal, consoante julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul abaixo ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO CIVIL. OBRIGAÇÕES. TÍTULOS DE CRÉDITO. COMPRA E VENDA DE ESPECTRÔMETRO. DEFEITO APARENTE. DECADÊNCIA DO DIREITO À REDIBIÇÃO OU ABATIMENTO PROPORCIONAL DO PREÇO. ADIMPLENTO PARCIAL, POR MEIO DO FORNECIMENTO DE SUCATA, CONFORME O CONTRATADO. **IMPOSSIBILIDADE DE PROTESTO DE NOTA FISCAL. INSTRUMENTO DE APONTE QUE NÃO ESCLARECE QUAL O TÍTULO PROTESTADO.** PROTESTO CANCELADO. AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. APELO PARCIALMENTE

PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70038991816, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do... (TJ-RS - AC: 70038991816 RS, Relator: Bernadete Coutinho Friedrich, Data de Julgamento: 27/01/2011, Décima Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/02/2011) grifos nossos.

O ilustre professor Emanuel Macabu chegou a conclusão que “Pode ser protestado o documento que represente inequivocamente uma obrigação líquida quanto ao valor e vencida” (MORAES, 2014, p.81).

E, de maneira brilhante foi mais além ao definir que “Tendo em conta essas considerações, cifrando o nosso conceito que abre este capítulo, poderá ser levado a protesto qualquer documento (incorporado ao meio papel ou eletrônico, idôneo quanto à certeza da existência) que caracterize uma obrigação (dar/pagar, fazer ou não fazer, com o conteúdo economicamente manifesto) líquida (a moeda) e vencida (antes do vencimento não se pode cobrá-la, e os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito não são apreciáveis pelo tabelião.)”(MORAES, 2014, p.88).

2.2.4. PRINCÍPIOS QUE REGEM O PROTESTO EXTRAJUDICIAL

Tema muito importante são os princípios que regem os serviços do protesto de títulos e outros documentos de dívidas.

O artigo 02º da Lei nº 9.492/97 dispõe acerca dos princípios gerais que regem o protesto extrajudicial, *in verbis*:

Art. 2º - Os serviços concernentes ao protesto, garantidores da autenticidade, publicidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei.

Da literal análise da norma acima mencionada, podemos extrair os princípios da autenticidade, da publicidade, da segurança jurídica e da eficácia.

Não por acaso, note que a Lei nº 9.492/97 praticamente copiou *ipsi litteris* os princípios gerais da atividade notarial, de maneira geral, dispostos no art. 01º da Lei nº 8.935/94:

Art. 1º - Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Isto porque, o serviço de protesto de títulos é um serviço notarial.

O maior princípio ou aquele que merece maior destaque nos serviços do protesto de títulos é o princípio da publicidade.

Os ilustres professores e doutrinadores Eversio Doniezete de Oliveira e Magno Luiz Barbosa, acerca do princípio da publicidade, ensinam que “No que diz respeito a publicidade, tem-se que a lavratura de um protesto prova a inadimplência e o descumprimento da obrigação por parte do devedor...” (OLIVEIRA. 2016. P. 46).

É exatamente a publicidade dos atos praticados pelo Tabelião de Protesto, que leva para o conhecimento público a mora do devedor.

O princípio da publicidade tem por objetivo dar transparência para a atividade notarial, com o objetivo de garantir que a sociedade, sempre informada, possa exercer livremente as liberdades e as garantias públicas.

Ademais, o gênese da publicidade, são as certidões emitidas pelos Oficiais. Isto porque os Tabeliões de Protesto são obrigados a lavrar certidão do que lhe for requerido, atendida as especificidades legais, pois, em regra, qualquer pessoa pode requerer certidão dos registros ou do ato notarial sem a necessidade de fundamentar o seu requerimento.

No tocante ao princípio da autenticidade, significa que o ato praticado pelo Tabelião presume-se autêntico ou verdadeiro. Contudo, a autenticidade do ato praticado pelo Tabelião não deve ser confundido com autenticidade do negócio causal.

Isto porque, a autenticidade do ato praticado pelo Tabelião é completamente distinta da autenticidade substancial do negócio ou fato jurídico de que se originou o título. A título exemplificativo, não como identificar se é verdadeira ou fraudulenta uma duplicata ou uma nota promissória levada apresentada para protesto. Sendo do portador/apresentante a responsabilidade pelo título ou documento de dívida apresentado para protesto.

Já o princípio da segurança jurídica ou segurança dos atos jurídicos, embora diretamente vinculado ao princípio da autenticidade, está diretamente ligado com o art. 03º da Lei nº 8.935/94, que dispõe ser o notário ou registrador, profissionais do Direito, dotados de fé pública, a seguir transcrito:

Art. 3º - Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

É desse princípio que decorre o atributo que confere aos serviços notariais a característica essencial de certeza, qual seja, a fé pública.

Ademais, complementa os ilustres doutrinadores Eversio Donizete e Magno Barbosa, que “Ademais, a segurança aqui expressa está diretamente ligada ao art. 01º da presente lei, pois, protestado o título ou documento de dívida, o apresentante está seguro de que restam comprovados, *a priori*, a inadimplência e o descumprimento da obrigação do devedor.” (OLIVEIRA. 2016. P. 47).

Os tabeliães e registradores trazem para sociedade a segurança jurídica para a prática de diversos negócios jurídicos, de uma maneira rápida e eficaz, efetivando direitos dos cidadãos, sem a necessidade de judicializar as pretensões, demonstrando assim extrema importância na vida social.

O avanço da sociedade, inevitavelmente, ocasionou um enorme crescimento na quantidade dos negócios jurídicos praticados pelos cidadãos. Associado a tal fato é necessário anotar que o Brasil é um país de extensão continental, o que impossibilita a efetiva atuação do poder Judiciário em todo o território nacional.

A preocupação do legislador em atribuir a delegação apenas para profissionais do direito com diploma de bacharel em direito, repousa exatamente na preocupação de garantir segurança jurídica para a sociedade.

Por último, o princípio da eficácia dos atos jurídicos, está diretamente vinculado aos efeitos que o protesto ocasionará, neste caso, em especial, os protestos obrigatórios, aquele que necessariamente é preciso para se atingir uma determinada finalidade.

Exemplos práticos são o protesto para fins falimentares, sendo requisito para requerer a falência a certidão de protesto, provada a inadimplência do devedor. E, o protesto de duplicata não aceita, obrigatório por força do artigo 15 da Lei de Duplicatas, caso o credor pretenda executar o referido título.

Cabe aqui pontuar que tal princípio da eficácia não pode ser confundido com o princípio da eficácia na Administração Pública. Em que pese os serviços notariais e registrais serem exercidos em caráter privado por pessoas físicas, aprovadas em concurso público, que recebem a delegação do Estado e, tratar-se de um serviço público, na atividade notarial e registral, os recursos de que se valem os oficiais são próprios, de tal forma que não há necessidade de otimização dos mesmos, consoante princípio da eficácia na Administração Pública.

Dessa forma, conforme art. 4º da Lei 8.935/94, basta para ser eficiente atingir os fins das atividades em consonância com os princípios que regem a atividade, prestando serviços de forma eficiente.

Por oportuno, cabe aqui registrar que além destes princípios a doutrina também elenca inúmeros outros, dentre os quais, é interessante aqui destacar o princípio da oficialidade, princípio da presunção da veracidade e o princípio da solenidade.

O princípio da oficialidade, como o próprio nome já expõe, vincula-se com a natureza do ato praticado pelo Tabelião ter caráter oficial, em razão do serviço de natureza pública prestado por esse.

O princípio da presunção da veracidade, em verdade, não deixa de ser um desdobramento lógico dos princípios da autenticidade e da segurança dos atos jurídicos, o referido princípio ensina que o tabelião possui veracidade pela fé pública, uma presunção relativa de verdade.

E, o princípio da solenidade é a presunção de que o ato praticado pelo Tabelião cumpriu todos os requisitos formais expressos na Lei.

Com efeito, os serviços notariais, no caso em tela os de protesto de títulos e outros documentos de dívida, são de organização técnica e administrativa, delegado pelo Estado para um profissional do direito que será dotado de fé pública, sendo serviços que obedecem a uma sistemática normativa e a princípios gerais.

2.3. NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS DE PROTESTO

De logo é imperioso destacar que o protesto é um ato publico e oficial.

Nesse caminhar, utilizo-me das mesmas palavras do acórdão proferido nos fólhos da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 2602 para explicar o regime jurídico dos serviços de registros públicos e notariais, como um todo, que consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal são exercidos em caráter privado *por delegação do Poder Público*.

Nessa esteira, temos uma implicação direta no tocante a responsabilidade civil dos notários e registradores, que, por está ótica, seria objetiva consoante entendimento do julgado no processo de nº RE 327.904/SP: “O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns.”.

Nesse caminhar, vale a pena colacionar a decisão da Ação Direta De Inconstitucionalidade de nº 2415-SP, oportunidade na qual o Supremo Tribunal Federal – STF, proferiu uma das melhores aulas acerca da natureza jurídica dos serviços notariais e registrais, explanando, desde a delegação outorgada pelo Estado à uma pessoa física profissional do Direito até a matéria acerca das criações e extinções das serventias, julgado abaixo ementado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTOS N. 747/2000 E 750/2001, DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE SÃO PAULO, QUE REORGANIZARAM OS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO, MEDIANTE ACUMULAÇÃO, DESACUMULAÇÃO, EXTINÇÃO E CRIAÇÃO DE UNIDADES. 1. REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO. I – **Trata-se de atividades jurídicas que são próprias do Estado, porém exercidas por particulares**

mediante delegação. Exercidas ou traspassadas, mas não por conduto da concessão ou da permissão, normadas pelo caput do art. 175 da Constituição como instrumentos contratuais de privatização do exercício dessa atividade material (não jurídica) em que se constituem os serviços públicos. II – A delegação que lhes timbra a funcionalidade não se traduz, por nenhuma forma, em cláusulas contratuais. III – A sua delegação somente pode recair sobre pessoa natural, e não sobre uma empresa ou pessoa mercantil, visto que de empresa ou pessoa mercantil é que versa a Magna Carta Federal em tema de concessão ou permissão de serviço público. IV – Para se tornar delegatária do Poder Público, tal pessoa natural há de ganhar habilitação em concurso público de provas e títulos, e não por adjudicação em processo licitatório, regrado, este, pela Constituição como antecedente necessário do contrato de concessão ou de permissão para o desempenho de serviço público. V – Cuida-se ainda de atividades estatais cujo exercício privado jaz sob a exclusiva fiscalização do Poder Judiciário, e não sob órgão ou entidade do Poder Executivo, sabido que por órgão ou entidade do Poder Executivo é que se dá a imediata fiscalização das empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Por órgãos do Poder Judiciário é que se marca a presença do Estado para conferir certeza e liquidez jurídica às relações inter-partes, com esta conhecida diferença: o modo usual de atuação do Poder Judiciário se dá sob o signo da contenciosidade, enquanto o invariável modo de atuação das serventias extra-forenses não adentra essa delicada esfera da litigiosidade entre sujeitos de direito. VI – Enfim, as atividades notariais e de registro não se inscrevem no âmbito das remuneráveis por tarifa ou preço público, mas no círculo das que se pautam por uma tabela de emolumentos, jungidos estes a normas gerais que se editam por lei necessariamente federal.

2. CRIAÇÃO E EXTINÇÃO DE SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. As serventias extrajudiciais se compõem de um feixe de competências públicas, embora exercidas em regime de delegação a pessoa privada. Competências que fazem de tais serventias uma instância de formalização de atos de criação, preservação, modificação, transformação e extinção de direitos

e obrigações. Se esse feixe de competências públicas investe as serventias extrajudiciais em parcela do poder estatal idônea à colocação de terceiros numa condição de servil acatamento, a modificação dessas competências estatais (criação, extinção, acumulação e desacumulação de unidades) somente é de ser realizada por meio de lei em sentido formal, segundo a regra de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Precedentes. 3. PROCESSO DE INCONSTITUCIONALIZAÇÃO. NORMAS “AINDA CONSTITUCIONAIS”. Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido de medida liminar há mais de dez anos e que, nesse período, mais de setecentas pessoas foram aprovadas em concurso público e receberam, de boa-fé, as delegações do serviço extrajudicial, a desconstituição dos efeitos concretos emanados dos Provimentos n. 747/2000 e 750/2001 causaria desmesurados prejuízos ao interesse social. Adoção da tese da norma jurídica “ainda constitucional”. Preservação: a) da validade dos atos notariais praticados no Estado de São Paulo, à luz dos provimentos impugnados; b) das outorgas regularmente concedidas a delegatários concursados (eventuais vícios na investidura do delegatário, máxime a ausência de aprovação em concurso público, não se encontram a salvo de posterior declaração de nulidade); c) do curso normal do processo seletivo para o recrutamento de novos delegatários. 4. Ação direta julgada improcedente. (STF - ADI: 2415 SP, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 22/09/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-028 DIVULG 08-02-2012 PUBLIC 09-02-2012) **grifos nossos.**

Ponto extremamente importante que emerge da natureza pública dos serviços de protesto é a remuneração do tabelião.

Os tabeliões de protesto são remunerados por meio de emolumentos que possui natureza tributária, qualificando-se como taxas remuneratórias de serviços públicos.

Como taxas, os emolumentos dos Tabeliões não são por ele definidos, são criados e alterados por lei estadual própria, e corrigidos, anualmente, por um índice oficial do governo, não havendo qualquer gerência dos Tabeliões sobre estas.

Inclusive, cumpre aqui registrar que os Tabeliães são proibidos, por lei, de conceder descontos e também de cobrar valores que não estejam previstos nas respectivas tabelas divulgadas pelos Tribunais de Justiça estaduais, ainda que sob alegação de urgência, sob pena de ser responsabilizado tanto de maneira civil, administrativa e, também, criminalmente.

Ou seja, o tabelião não possui qualquer vontade no tocante aos emolumentos que lhe retribuirão pelo serviço prestado, não há qualquer hipótese de negociação destes com o usuário do serviço. Pelo contrário, diante da natureza jurídica dos emolumentos, o Tabelião ainda perde quando o usuário é agraciado pelo benefício da justiça gratuita prevista no art. 98, inciso IX do Código de Processo Civil de 2015, que assim dispõe:

Art. 98. - A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

Nesta oportunidade, importante destacar que aqueles magistrados que defendem a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – CDC nas relações entre os notários e os usuários do serviço público, não explicam qual seria a relação destes quando o usuário dos serviços NÃO PAGA qualquer contraprestação por estar coberto pelo manto dos benefícios da justiça gratuita.

Pois bem. Desta forma, dúvida não há que a natureza jurídica dos serviços de protesto de títulos é pública. Todavia, exercida em caráter privado por um particular, profissional do Direito e dotado de fé pública.

2.3.1. A DELEGAÇÃO DO TABELIÃO DE PROTESTO

Conforme visto alhures, determina o art. 236 da CF/88 que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

Essa delegação somente pode ser outorgada para uma pessoa natural sendo vedado a outorga para pessoas jurídicas.

Ademais, a delegação a qual se refere o art. 236 da CF/88 não deve ser confundido com a expressão delegação a que se refere a Lei nº 8.987/95 quando utiliza-se desta expressão para tratar das concessões de serviço público material.

Nessa esteira, o ilustre doutrinador Emanuel Macabu Moraes, citando Celso Antônio Bandeira de Mello escreveu, “Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello vislumbra o equívoco em que parecem incorrer os doutos doutrinadores supracitados, ao ressaltar a impropriedade das definições da Lei nº 8.987/95 quando usa a expressão “delegação” para se referir à concessão de serviço público. Vê-se, portanto, que a Constituição Federal usa expressões linguísticas diferentes (delegação – outorga), em dispositivos situados em capítulos diversos, para designar regimes jurídicos inconfundíveis.” (MORAES. 2014, p.35).

Por força do art. 236, § 3º da CF/88, o ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Fato de extrema relevância é que o tabelião somente poderá prestar serviços no município em que está localizado o respectivo cartório extrajudicial, sendo vedado a prática de ato em outro município e, nulo qualquer ato praticado fora do município do cartório.

O tabelião somente perderá a delegação somente por sentença judicial transitada em julgado ou por meio de decisão decorrente de processo administrativo instaurado pelo juízo competente, devidamente assegurado a ampla defesa e o contraditório, inteligência do artigo 35 da Lei nº 8.935/94, *in verbis*:

Art. 35. - A perda da delegação dependerá:

I - de sentença judicial transitada em julgado; ou

II - de decisão decorrente de processo administrativo instaurado pelo juízo competente, assegurado amplo direito de defesa.

§ 1º - Quando o caso configurar a perda da delegação, o juízo competente suspenderá o notário ou oficial de registro, até a decisão final, e designará interventor, observando-se o disposto no art. 36.

Oportunidade na qual é válido registrar que a perda da delegação, de maneira inexorável culmina na extinção da própria delegação, não sendo o único motivo de extinção.

Os motivos para a extinção da delegação estão taxativamente dispostos nos incisos do artigo 39 da Lei nº 8.935/94, a seguir transcrito:

Art. 39. Extinguir-se-á a delegação a notário ou a oficial de registro por:

I - morte;

II - aposentadoria facultativa;

III - invalidez;

IV - renúncia;

V - perda, nos termos do art. 35.

VI - descumprimento, comprovado, da gratuidade estabelecida na Lei no 9.534, de 10 de dezembro de 1997. (Incluído pela Lei nº 9.812, de 1999)

§ 1º - Dar-se-á aposentadoria facultativa ou por invalidez nos termos da legislação previdenciária federal.

§ 2º - Extinta a delegação a notário ou a oficial de registro, a autoridade competente declarará vago o respectivo serviço, designará o substituto mais antigo para responder pelo expediente e abrirá concurso.

Por fim é válido aqui destacar que os tabeliães não estão sujeitos a aposentadoria compulsória. Isto porque, a aposentadoria compulsória prevista no art. 40, § 1º, inciso II da CF/88 atinge somente os servidores titulares de cargos

efetivos da União, dos Estados e dos Municípios, não havendo qualquer menção aos servidores titulares de cargos efetivos.

2.3.2. BREVE ESCORÇO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS TABELIÃES DE PROTESTO

É interessante destacar que no tocante a responsabilidade civil dos notários e registradores existem duas grandes correntes uma no sentido de que a responsabilidade civil dos registradores e tabeliães é objetiva e, outra que a responsabilidade dos registradores e tabeliães é subjetiva.

A Lei Federal de nº 6.015/73, conhecida como Lei dos Registros Públicos, em seu art. 28 ensina que a responsabilidade civil dos oficiais de registro é **subjetiva**.

Em sentido oposto, a Lei nº 8.935/94, Lei dos Notários e Registradores, ensina em seu art. 22 que a responsabilidade civil dos notários e registradores é **objetiva**.

Pois bem. No tocante a responsabilidade civil do tabelião de protesto, haja visto a Lei nº 9.492/97, art. 38, em sentido oposto à Lei dos Notários e Registradores, ensina que a responsabilidade civil do tabelião de protesto de títulos é **subjetiva**, independente do elemento culpa.

No tocante a responsabilidade criminal, a Lei dos Notários e Registradores determina em seu art. 24 que a responsabilidade criminal será individualizada aplicando no que couber a legislação relativa aos crimes contra a administração pública, independente da responsabilidade civil.

Ademais, em que pese as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderem objetivamente pelos danos que causarem a terceiro, consoante art. 37, § 6º da CF/88, que manteve a responsabilidade civil da administração, sob a modalidade do risco administrativo, a seguir transcrito:

Art. 37, § 6º, CF/88 - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros,

assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Todavia, dispositivo que não se aplica aos notários e registradores.

Ensina o ex-desembargador Décio Antônio Erpen que o parágrafo 6º do art. 37 da CF não se aplica a notários e registradores porque as atividades por si desempenhadas não constituem serviço público de ordem material da Administração Direta ou Indireta, mas se trata de atividade pública atípica, com regramento próprio, balizado pelo art. 236 do Texto Constitucional, cujo parágrafo 1º remeteu à lei ordinária a regulação da disciplina da responsabilidade civil.

2.3.3. A NATUREZA JURÍDICA DOS TABELIONATOS DE PROTESTO DE TÍTULOS E OUTROS DOCUMENTOS DE DÍVIDA

De logo é imperioso destacar que o Tabelionato não possui personalidade jurídica. Os delegatários dos serviços notariais e de registro são pessoas físicas, consoante art. 3º da Lei nº 8.935/94.

Nesse sentido é a jurisprudência uníssona do nosso país, que em razão do Tabelionato não possuir personalidade jurídica, torna-se, inclusive, ilegítimo para responder ação judicial, sendo a responsabilidade do próprio tabelião pessoa natural, jurisprudência abaixo ementada:

SEGUNDA TURMA RECURSAL Recurso: 20582-85.2011.8.19.210
Recorrente: Tabelionato do 4º Ofício de Protesto Recorrido: Jacira dos Santos Fonseca VOTO O Tabelionato não possui personalidade jurídica. Assim, é parte ilegítima para responder pela presente ação. Neste sentido, o entendimento pacificado de nossos Tribunais, verbis: "PROCESSO CIVIL. CARTÓRIO DE NOTAS. PESSOA FORMAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RECONHECIMENTO DE FIRMA FALSIFICADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. O tabelionato não detém personalidade jurídica ou judiciária, sendo a responsabilidade pessoal do titular da serventia. No caso de dano decorrente de má prestação de serviços notariais, somente o tabelião à época dos

fatos e o Estado possuem legitimidade passiva. Recurso conhecido e provido." (REsp 545613 / MG Recurso Especial 2003/0066629-2, Ministro Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma Recursal, data do julgamento 08/05/2007, DJ 29/06/2007 p. 630 LEXSTJ vol. 216 p. 112) "AGRAVO DE INSTRUMENTO. TABELIONATO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. 1- A legitimidade traduz-se na pertinência subjetiva da ação que, no pólo passivo, se configura no interesse da parte em defender-se dos efeitos da tutela jurisdicional contra ela invocada. 2- Contudo, na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o Tabelionato não detém personalidade jurídica ou judiciária, sendo a responsabilidade pessoal do próprio tabelião ou notário, consoante a inteligência do art. 22 da Lei nº 8.935/94."(Processo nº 0024597-14.2012.8.19.0000, Agravo de instrumento, 1ª Ementa, Rel. Des. Milton Fernandes de Souza - Julgamento: 10/05/2012 - 5ª Câmara Cível) Dessa forma, deve ser reconhecida a ilegitimidade passiva da ré para responder pela presente ação. Isto posto, conheço do recurso e dou provimento a ele para julgar extinto o processo nos termos do artigo 267, VI do CPC. Sem ônus sucumbenciais. Rio de Janeiro, 21 de agosto de 2012 Luiz Eduardo de Castro Neves Juiz Relator(Processo RI 00205828520118190210 RJ 0020582-85.2011.8.19.0210; Orgão Julgador Segunda Turma Recursal; Publicação 28/02/2013 11:55; Relator LUIZ EDUARDO DE CASTRO NEVES)

Dito isto, muitos se questionam qual a razão do Tabelionato possuir um Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ. Qual seria o motivo de uma pessoa física que exerce uma atividade na condição de pessoa física possuir um CNPJ ?

No tocante ao fato de ter CNPJ, este não decorre da natureza do serviço prestado. Em verdade, a necessidade de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas decorre de Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil, precisamente a Instrução Normativa nº 568/2005, bem como para diversas obrigações contratuais, fiscais e tributárias. Como por exemplo, determinados fornecedores apenas celebram contratos empresariais com pessoas jurídicas.

2.4. OS SERVIÇOS PRESTADOS PELOS TABELIÃES DE PROTESTO

Pode parecer apenas um, mas são inúmeros os serviços prestados pelos tabeliães de protesto de títulos.

O artigo 03º da Lei nº 9.492/97 dispõe quais são os serviços prestados pelo Tabelião de Protesto de títulos, *in verbis*:

Art. 3º - Compete privativamente ao Tabelião de Protesto de Títulos, na tutela dos interesses públicos e privados, a protocolização, a intimação, o acolhimento da devolução ou do aceite, o recebimento do pagamento, do título e de outros documentos de dívida, bem como lavrar e registrar o protesto ou acatar a desistência do credor em relação ao mesmo, proceder às averbações, prestar informações e fornecer certidões relativas a todos os atos praticados, na forma desta Lei.

A protocolização dos títulos apresentados pelos portadores/credores consiste no ato do tabelião, mediante processo manual, mecânico, eletrônico ou informatizado, escriturar os títulos apresentados no livro de protocolo.

Ato contínuo, consoante literal texto de lei, art. 09º da Lei nº 9.492/97, todos os títulos e documentos de dívida protocolizados serão examinados em seus caracteres formais e terão curso se não apresentarem vícios, não cabendo ao Tabelião de Protesto investigar a ocorrência de prescrição ou caducidade.

Note, que no tocante a este serviço, se tem um usuário muito bem identificado, é, em regra o credor do título de crédito ou documento de dívida ou, ainda aquele que detém poderes para cobrar a dívida, um portador.

Após a protocolização os serviços da intimação, do acolhimento da devolução ou do aceite, do recebimento do pagamento, do título e de outros documentos de dívida, bem como de lavrar e registrar o protesto ou acatar a desistência do credor em relação ao mesmo está ainda diretamente ligado ao mesmo usuário do serviço mencionado no parágrafo anterior.

Tais serviços são decorrência inexorável do apontamento do título.

Pois bem. Já os serviços de proceder às averbações, prestar informações e fornecer certidões relativas a todos os atos praticados, podemos aqui destacar como sendo serviços prestados para outros usuários do serviço público.

A título exemplificativo, no tocante a averbações, podemos destacar a averbação mais importante que é o cancelamento do protesto.

Existia no cenário jurisprudencial uma intensa discussão na jurisprudência de quem seria a obrigação de proceder com o cancelamento do protesto após o pagamento da dívida.

A Lei nº 9.492/97 em seu artigo 26 dispõe que o cancelamento do protesto será solicitado diretamente ao tabelião de protesto por qualquer interessado, não especificando se tal obrigação incumbiria ao credor ou ao devedor.

De maneira mais prudente e assertiva, a jurisprudência pacificou o entendimento que se o protesto foi regularmente efetuado em virtude de real inadimplência do devedor, incumbe ao credor tão somente emitir os documentos de quitação para que a parte devedora providencie o cancelamento do protesto junto ao tabelionato competente.

Nesse sentido é importante colacionar dois julgados que demonstram o entendimento pacificado na jurisprudência, abaixo ementados:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. PROTESTO DE TÍTULO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DO CREDOR EM PROVIDENCIAR O CANCELAMENTO. INICIATIVA QUE INCUMBIA À PRÓPRIA AUTORA. IMPROCEDÊNCIA RECONHECIDA. RECURSO IMPROVIDO. **Tratando-se de protesto regularmente efetuado em virtude de inadimplência, à parte credora, uma vez efetuado o pagamento, cabe apenas emitir o documento de quitação, para possibilitar à parte devedora obter o cancelamento da medida.** Não constitui dever da credora realizar o cancelamento, daí não ter responsabilidade por dano de ordem moral pela falta da providência, que decorre de simples omissão da própria devedora. (Processo APL

00006998420088260042 SP 0000699-84.2008.8.26.0042;
Órgão Julgador 9ª Câmara Extraordinária de Direito Privado;
Publicação 22/07/2014 Relator Antonio Rigolin) **grifos nossos.**

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROTESTO. PAGAMENTO DA DÍVIDA. MANUTENÇÃO DO REGISTRO. FORNECIMENTO DE CARTA DE ANUÊNCIA PELO CREDOR. AUSÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR. 1. Conforme entendimento assentado neste Tribunal de Justiça, **incumbe ao devedor, tendo recebido carta de anuência expedido pelo credor após o pagamento da dívida, proceder à exclusão do protesto.** Inexistência de ato ilícito por parte do credor, ou mesmo de nexos causal entre a sua conduta e os danos oriundos da manutenção do registro. 2. Pretensão que está em confronto com a jurisprudência dominante nesta Corte de... (Processo AC 70045468584 RS; Órgão Julgador Nona Câmara Cível; Publicação Diário da Justiça do dia 28/11/2011; Relator Iris Helena Medeiros Nogueira) **grifos nossos.**

Desta forma, importante destacar que o usuário do serviço de cancelamento, em regra, será o devedor. É claro que é possível que o credor ou portador também sejam usuários do serviço de cancelamento de protesto, até porque, a Lei permite que qualquer interessado possa solicitar o cancelamento do protesto.

Por fim, os serviços de prestar informações e fornecer certidões. Tais serviços são disciplinados nos artigos 27 ao 31 da Lei nº 9.492/97.

No tocante as certidões, esse é um serviço que, em homenagem ao princípio publicidade, pode ser requerido e fornecido por qualquer pessoa, exceto a certidão positiva de cancelamento que comporta em seu bojo a informação de protesto já cancelado e, somente pode ser expedida a requerimento do próprio devedor ou por ordem judicial.

E, acerca do fornecimento das informações, serviço disciplinado no art. 29 da Lei nº 9.492/97, essas deverão ser fornecidas, quando solicitadas, às entidades representativas da indústria e do comércio ou àquelas vinculadas à proteção do crédito, são exemplos o Banco Boa Vista e o Serasa.

Note que os usuários destes serviços já são outros completamente distintos dos anteriores.

Cumpra aqui destacar, que todos esses serviços são realizados mediante o pagamento das taxas e emolumentos, consoante definido em lei própria, salvo aos beneficiários da justiça gratuita consoante art. 98 do Código de Processo Civil 2015. E, o tabelião não pode se recusar de prestar o serviço.

2.4.1. OS USUÁRIOS DO SERVIÇO

Conforme exposto no tópico anterior podemos identificar diversos usuários dos serviços do protesto bem definidos.

Cabe aqui ressaltar, que todos os serviços prestados pelos tabeliães de protesto são realizados mediante pagamento taxas e emolumentos, salvo quanto aos beneficiários da justiça gratuita.

Note que a natureza das custas pagas pelos usuários para a prestação dos serviços de protesto é tributária.

Elemento que denota uma incompatibilidade com a adoção da palavra consumidor para caracterizar os usuários dos serviços de protestos.

Os usuários dos serviços de protesto podem ser tanto pessoas naturais, quanto pessoas jurídicas e, ainda, entes públicos, quais sejam, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas, estes últimos, gozam de isenção legal e, não pagam as custas pela utilização dos serviços de protesto.

Tal isenção decorre da própria natureza tributária das custas dos serviços de protesto.

2.5. PROTESTO JUDICIAL – MODALIDADE DIVERSA

Inicialmente é imperioso destacar que o protesto judicial é modalidade diversa do protesto extrajudicial.

No Código de Processo Civil de 2015, vigente, o protesto judicial está disciplinado nos artigos 726 ao 729.

Importante modificação do anterior Código de Processo Civil de 1973, que disciplinava o protesto judicial no artigo 867 é a supressão da palavra protesto em detrimento de notificações e interpelações.

O protesto judicial perdeu notória força do CPC de 1973 para o novo e atual CPC de 2015.

Acerca do protesto judicial, ensina o doutrinador Emanuel Macabu Moraes que “Em verdade, trata-se de mero procedimento conservativo de direitos, despido dos requisitos que caracterizam o processo cautelar, pois não se destina a precator a eficácia prática e utilidade de providencias do processo de conhecimento ou de execução. Limita-se a comprovar ou documentar formalmente a *intenção* do protestante, apenas escolhida a via judicial, produzindo efeitos jurídicos somente no direito material, raramente no processual.” (MORAES, 2014, p.43).

É um instituto que não acrescenta nem retira direitos, medida de jurisdição voluntária com o fito de prevenir responsabilidade.

Os exemplos mais comuns que podemos encontrar na doutrina são, um engenheiro civil que deseja explicitar que seu projeto não está sendo seguido pelo construtor, o dirigido à interrupção da prescrição fora do protesto cambial, art. 202, II do Código Civil de 2002.

2.5.1. DIFERENÇAS DO PROTESTO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

De logo é imperioso destacar a grande diferença procedimental entre os institutos do protesto judicial e do protesto extrajudicial.

Enquanto um tem seu processamento todo de maneira judicial pelo rito especial, o outro se da pela via extrajudicial.

A segunda grande diferença é um desdobramento da diferença pontuada no parágrafo anterior, isto porque enquanto o protesto judicial é medida judicial pela qual uma parte requer ao magistrado a notificação de uma outra parte para demonstrar que não está de acordo com determinada situação, o protesto extrajudicial é ato formal e solene praticado pelo tabelião de protesto pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.

De igual modo, é válido pontuar que enquanto um dos efeitos do protesto extrajudicial é a consequente negativação do título protestado, o protesto judicial não gera qualquer negativação em desfavor do devedor, até porque, não existe a figura do devedor no protesto judicial.

Talvez, o único ponto em comum é o efeito interruptivo da prescrição, via de regra tanto o protesto extrajudicial, quanto o protesto judicial, em especial nos âmbitos tributário e trabalhista, é causa para interrupção da prescrição, consoante bem apontado pela jurisprudência abaixo ementada:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. INOVAÇÃO RECURSAL. VEDAÇÃO. PROTESTO JUDICIAL. INTERRUÇÃO DE PRAZO PRESCRICIONAL. NOVO CÔMPUTO PARA PROPOSITURA DA AÇÃO. 3. **A jurisprudência do STJ reconhece que a interrupção da prescrição pelo protesto judicial faz surgir novo prazo prescricional para a interposição da ação principal, que nas ações promovidas contra a Fazenda Pública**, sujeitas ao regime jurídico do Decreto n. 20.910/32, uma vez interrompida a prescrição, esta volta a correr pela metade do prazo original, nos termos do art. 9º do apontado decreto. Precedentes. (Processo EDcl no REsp 1042524 RS 2008/0063187-0; Órgão Julgador T2 – SEGUNDA TURMA; Relator Ministro HUMBERTO MARTINS) **grifos nossos.**

APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO DE CHEQUE. PROTESTO CAMBIAL. PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO. O PROTESTO CAMBIAL É CAUSA INTERRUPTIVA DA PRESCRIÇÃO EXPRESSAMENTE PREVISTA NO CÓD. CIVIL, ART. 202, III.

(Processo APC 20130110509364 DF 0013465-53.2013.8.07.0001; Orgão Julgador 4ª Turma Cível; Publicação: Publicado no DJE : 05/09/2013 . Pág.: 109; Relator FERNANDO HABIBE) **grifos nossos.**

Conduto, insta aqui salientar que o protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa – CDA, é exceção a regra da interrupção da prescrição da ação para cobrança tributária.

Isto porque em se tratando de CDA, devemos observar o art. 174, parágrafo único, inciso II do Código Tributário Nacional – CTN que dispõe:

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I - pela citação pessoal feita ao devedor;

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

Cabe aqui registrar que antes da vigência do Código Civil de 2002, o protesto cambial não interrompia a prescrição, entendimento que inclusive foi sumulado pelo Supremo Tribunal Federal através da Súmula nº 153 do STF, a seguir transcrita:

Súmula STF Nº 153 - Simples protesto cambiário não interrompe a prescrição.

Por fim, enquanto o protesto extrajudicial tem como uma das finalidades a recuperação do crédito, o protesto judicial possui finalidade de notificar uma determinada pessoa judicialmente acerca da insatisfação com uma determinada situação.

2.6. A RELAÇÃO DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO DE PROTESTO EXTRAJUDICIAL COM OS TABELIÃES DE PROTESTO

Esse é um dos pontos que o presente trabalho de pesquisa pretende responder.

Primeiramente é importante analisar a relação dos usuários do serviço e os tabeliães de protesto é extracontratual, inexistente um contrato entre as partes, fato que já distância a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo.

Cumpra aqui destacar que os efeitos jurídicos decorrentes do serviço prestado pelos tabeliães de protesto não se encerram na pessoa do usuário que os procurou, mas, são irradiados para toda sociedade, como consectário da fé pública indissociável ao serviço prestado pelo tabelião de protesto e, também, à publicidade intrínseca do ato realizado. (RIBEIRO. 2014).

De mais a mais, a natureza dos emolumentos remuneratórios dos atos praticados pelos serviços de protesto e, serviços notariais e registrais como um todo, é tributária, possuem a natureza de taxa, devidas em virtude da contraprestação do serviço público prestado ao usuário.

Com efeito, cumpre aqui lembrar que a taxa, sendo espécie de tributo, rege-se pelas regras do Direito Público.

Note que diante desta conclusão, não seria equívoco denominar o usuário dos serviços de protesto de contribuinte.

Desta forma, considerando que os emolumentos são taxas e, que o serviço prestado pelos tabeliães de protesto é um serviço público prestado em caráter privado, conclui-se que a relação jurídica existente entre o tabelião de protesto e os usuários de tais serviços é de Direito Público, especificamente, de natureza tributária.

3. DAS RELAÇÕES DE CONSUMO À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

3.1. CONCEITO DE FORNECEDOR E CONSUMIDOR

Inicialmente cabe pontuar que o Código de Defesa do Consumidor nos primeiros artigos cuida de conceituar a figura do Consumidor e a figura do Fornecedor.

Conforme art. 2º do CDC, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Insta frisar que esse é o entendimento para os doutrinadores do denominado consumidor *standard* ou *stricto sensu*.

Ocorre que a expressão “destinatário final” ensejou uma enorme divergência doutrinária que originou duas correntes, os maximalistas e os finalistas.

A corrente maximalista é definida por ser uma posição doutrinária mais ampla na qual para figurar como consumidor basta apenas a realização de um ato de consumo, ou seja, o simples fato de retirar do mercado um produto ou serviço, ser um destinatário de fato já configura-o como consumidor, encerrando naquele ato a cadeia produtiva.

Cumprido destacar que o doutrinador Leonardo de Medeiros Garcia se posiciona no mesmo sentido “Para teoria maximalista, o destinatário final seria somente o destinatário fático, pouco importando a destinação econômica que lhe deva sofrer o bem. Assim, para os maximalistas, a definição de consumidor é puramente objetiva, não importando a finalidade da aquisição ou do uso do produto ou serviço, podendo até mesmo haver intenção de lucro.” (GARCIA. 2009, p. 21).

De outro modo, a corrente finalista não é tão abrangente quanto a maximalista.

A corrente finalista ou subjetivista caracteriza-se pela conceituação de consumidor vinculada com a satisfação da necessidade pessoal do adquirente.

Nesse sentido é o entendimento do ilustre doutrinador Sergio Cavalieri Filho, “A corrente finalista ou subjetivista, a seu turno, entende ser imprescindível à

conceituação de consumidor que a destinação final seja entendida como econômica, isto é, que a aquisição de um bem ou a utilização de um serviço satisfaça uma necessidade pessoal do adquirente ou utente, pessoa física ou jurídica, e não objetivo o desenvolvimento de outra atividade negocial. Não se admite, destarte, que o consumo se faça com vistas à incrementação de atividade profissional lucrativa, isto é, ressalte-se, quer se destine o bem ou serviço à revenda ou à integração do processo de transformação, beneficiamento ou montagem de outros bens ou serviços, quer simplesmente passe a compor o ativo fixo do estabelecimento empresarial. Consumidor, em síntese, é aquele que põe fim a um processo econômico.” (CAVALIERI FILHO. 2010, p.56).

De igual modo o CDC em seu art. 3º conceitua a figura do fornecedor, toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Dessa forma, se faz necessário tecer uma resumida distinção entre o produto e serviço.

O produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, enquanto serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor, cuidou de conceituar produto e serviço, nos parágrafos do artigo 03º, *in verbis*:

Art. 3º (...)

§ 1º - Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Assim, é mais fácil compreender que a relação de consumo é composta por elementos subjetivos e objetivos.

Os subjetivos são aqueles relacionados aos sujeitos da relação jurídica, consumidor e fornecedor. E os elementos objetivos são aqueles relacionados ao objetivo das prestações ali surgidas.

Diante da análise dos elementos da relação de consumo, nota-se que em um primeiro momento não parece impossível configurar a relação dos tabeliães de protesto com os usuários apresentantes dos títulos para protesto.

Na medida em que as partes podem, em princípio, ser caracterizadas, em polos opostos, como sendo um consumidor (o usuário apresentante dos serviços de protesto) e um fornecedor (o tabelião que presta o serviço público em caráter privado), tendo como objeto os serviços de protesto extrajudicial, adequando-se, portanto, aos conceitos estabelecidos pelos artigos 2º e 3º, § 2º, do CDC.

Todavia, é imperioso destacar que tal interpretação não pode ser concluída analisando tão somente os papéis superficiais dos sujeitos envolvidos.

Para análise desta interpretação deve ser considerado, o regime jurídico dos tabeliães de protesto, a natureza e a forma da remuneração dos tabeliães, a legislação própria dos serviços de protesto e a ausência de contrato para a prestação dos serviços.

3.2. RESPONSABILIDADE ADOTADA PELO DIGESTO CONSUMERISTA

Assim, faz-se necessário explanar acerca da sistemática da responsabilidade objetiva adotada pelo digesto consumerista.

De logo cabe ressaltar que a responsabilidade disposta no Código de Defesa do Consumidor é a responsabilidade objetiva que independe de culpa do fornecedor.

Nesse passo, no que toca à responsabilidade civil nas relações de consumo, preconiza o art. 14 do CDC:

Art. 14. - O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos

consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Desse modo, tem-se que os pressupostos da responsabilidade civil nas relações de consumo são: (i) a conduta danosa (ação ou omissão); (ii) o dano ou prejuízo experimentado; (iii) e o nexo de causalidade entre dois primeiros pressupostos; desprezando-se a presença do elemento culpa.

Conduto existe apenas duas hipóteses na qual o fornecedor não será responsabilizado, a seguir transcrito art. 14, § 3, I e II:

Art. 14. § 3º - O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Nestes casos, é que vai existir a inversão do ônus da prova “*ope legis*”, inversão do ônus determinada pela lei.

Acerca do tema, oportuna a transcrição do ensinamento de Sergio Cavalieri Filho, *in verbis*: “Dispõe o § 3º do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor: “O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar [...]” (grifamos). No mesmo sentido o § 3º do art. 14: “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar [...]” (grifamos). Temos aí, indubitavelmente, uma inversão do ônus da prova quanto ao nexo causal, porquanto, em face da prova da primeira aparência, caberá ao fornecedor provar que o defeito inexiste, ou a concorrência de qualquer outra causa de exclusão de responsabilidade. Essa inversão do ônus da prova – cumpre ressaltar – não é igual àquela que está prevista no art. 6º, VIII. Aqui a inversão é *ope legis*, isto é, por força de lei; ao passo que ali a inversão é *ope iudicis*, que, a critério do juiz, poderá ser feita quando a alegação for verossímil ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.” (CAVALIERI FILHO. 2007, p.476-477).

A responsabilidade do poder público, também é tratada no Código de Defesa do Consumidor. Isto porque, as pessoas jurídicas de direito público também podem figurar na relação de consumo, como fornecedoras de serviços.

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 22 disciplina a responsabilidade do poder público nas relações de consumo, a seguir transcrito:

Art. 22. - Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. - Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Todavia, é válido ressaltar que o mencionado art. 22 do CDC faz remissão expressa tão somente às empresas públicas, concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, entes administrativos com personalidade jurídica própria, diferente dos tabelionatos de protesto.

Devido a modernização social, o aumento progressivo do consumo e a massificação dos contratos, foi necessário que os parâmetros da responsabilidade civil fossem revisitados e, em muitos aspectos alterados.

A primeira profunda alteração de tais parâmetros foi a objetivação da responsabilidade civil em incontáveis situações, com fundamento na teoria do risco do empreendimento adotada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Diversas situações, consideradas pelo legislador como de risco intrínseco, passaram a dispensar a culpa para caracterização do dever de indenizar, de forma a proteger com mais eficiência a vítima do evento danoso, que apenas teria que provar a conduta, o dano e o nexo de causalidade entre os dois elementos anteriores.

Adotando a mesma motivação, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer outras duas funções para a responsabilidade civil, quais sejam: a função preventiva e a função punitiva.

A função preventiva tem atuação semelhante à tutela inibitória do direito processual civil, tal função visa impedir a realização do dano ou mesmo a reincidência na conduta lesiva.

Tal função possui dois aspectos, quais sejam: (i) o aspecto geral, funcionando como inibidor social de condutas lesivas; (ii) o aspecto especial, atuando de forma a impedir que o sujeito reitere a conduta danosa.

De outro modo, a função punitiva busca de fato punir o ofensor, levando em consideração para fixação de seu montante as características pessoais do autor do dano, como sua capacidade econômica ou a habitualidade com que adota posturas lesivas.

Deve considera-se, ainda, o grau de culpa e as motivações do agente para a fixação do montante indenizatório.

A função punitiva, quando adotada, inegavelmente reforça a função preventiva, e, em certo nível, reforça também a imperatividade do ordenamento jurídico como um todo, ao desestimular financeiramente as práticas abusivas.

4. A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS SERVIÇOS DE PROTESTO EXTRAJUDICIAL

Já vimos no presente trabalho de pesquisa elementos suficientes acerca dos serviços de protesto extrajudicial e, acerca do digesto consumerista, sendo possível agora analisar acerca da possibilidade da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre os usuários e os contribuintes.

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor é um importante micro sistema jurídico que visa harmonizar as relações de consumo, além de oferecer segurança e proteção aos consumidores hipossuficientes. Todavia, são normas não podem ser aplicadas indistintamente.

Nesta oportunidade é imperioso destacar o conceito dado pelo Código de Defesa do Consumidor para serviço: *Art. 03º, § 2º do CDC - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.*

Note que não está incluso na referida definição taxas, ou sequer, qualquer outra verba de natureza tributária.

A noção de “mercado de consumo” pressupõe a existência de vários prestadores de um mesmo serviço, que colocam à disposição dos consumidores os serviços, para esses livremente escolher os que melhor lhe atender (RIBEIRO. 2014).

Nesse caminhar, ainda que seja considerado o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor que trata da responsabilidade do poder público, é necessário destacar, mais uma vez, que o referido dispositivo de maneira expressa menciona apenas a administração pública direta ou empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos. Desta forma, excluindo-se os cartórios extrajudiciais, entes despersonalizados, desprovidos de patrimônio próprio e, sem personalidade jurídica que não se caracterizam como empresa ou entidade.

Outra importante questão é acerca do ônus da prova que pelo Código de Defesa do Consumidor pode ser invertido em favor do consumidor quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente.

Não poderia tal sistemática ser aplicada nas relações entre os tabeliões de protesto e os usuários do serviço público. Isto porque, estar-se-ia violando diretamente princípios que regem os serviços de protesto, quais sejam, o princípio da autenticidade e o princípio da presunção da veracidade.

Ora se princípio da autenticidade significa que o ato praticado pelo Tabelião presume-se autêntico ou verdadeiro e, o princípio da presunção da veracidade o qual ensina que o tabelião possui veracidade pela fé pública, uma presunção relativa de verdade. Admitir a inversão do ônus da prova em do usuário seria uma direta violação a tais princípios e, também afronta literal ao próprio texto de Lei, o art. 02º da Lei nº 9.492/97.

De igual modo, considerar possível a aplicação da inversão do ônus da prova em favor do usuários dos serviços de protesto iria de encontro com a fé pública do tabelião de protesto.

4.1. O ENTENDIMENTO JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIO

A jurisprudência, diverge em sentidos amplamente opostos.

Oportunidade na qual é valido colacionar alguns julgados demonstrando o posicionamento contrario a aplicação do digesto consumerista nas relações travadas entre os tabeliões e seus respectivos usuários, abaixo ementados:

ADMINISTRATIVO E DIREITO CIVIL - PAGAMENTO DE SERVIÇO PÚBLICO (ENERGIA ELÉTRICA), PRESTADO POR CONCESSIONÁRIA. 1. **Os serviços públicos prestados pelo próprio Estado e remunerados por taxa devem ser regidos pelo CTN, sendo nítido o caráter tributário da taxa.** 2. **Diferentemente, os serviços públicos prestados por empresas privadas e remuneradas por tarifas ou preço público regem-se pelas normas de Direito Privado e pelo CDC.** 3. Repetição de indébito de tarifas de energia elétrica pagas "a maior", cujo prazo prescricional segue o Código Civil (art. 177 do antigo diploma). 4. Recurso especial provido. (REsp 463331 / RO RECURSO ESPECIAL 2002/0110093-5; Ministra ELIANA CALMON (1114)Data da Publicação/Fonte DJ 23/08/2004 p. 178) **grifos nossos.**

O julgado abaixo colacionado é uma verdadeira aula acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas atividades notariais:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. SAQUE DE LETRA DE CÂMBIO VISANDO A COBRANÇA DE QUANTIA ESTAMPADA EM CHEQUE PRESCRITO. APONTAMENTO A PROTESTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO TABELIONATO. "Cartório extrajudicial, de notas ou registro, assemelha-se à 'pessoa formal', tendo, por isso, capacidade para estar em juízo, ativa e passivamente..." (TJDF, APC 1999.01.1.006596-7, rel. Des. Jair Soares). PREFACIAL ARREDADA. **INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SERVIÇO PÚBLICO REMUNERADO POR EMOLUMENTOS QUE POSSUEM NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA**, DEVENDO A RELAÇÃO JURÍDICA SER REGIDA PELAS NORMAS ATINENTES AO DIREITO PÚBLICO. A jurisprudência do Supremo tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as custas judiciais e os emolumentos concernentes aos serviços notariais e registrais possuem natureza tributária, qualificando-se como taxas remuneratórias de serviços públicos, sujeitando-se (...) ao regime jurídico constitucional pertinente a essa especial modalidade de tributo vinculado, notadamente aos princípios fundamentais que proclamam, dentre outras, as garantias essenciais da reserva de competência impositiva, da legalidade, da isonomia e da anterioridade. A atividade notarial e registral, ainda que executada no âmbito de serventias extrajudiciais não oficializadas, constitui, em decorrência de sua própria natureza, função revestida de estatalidade, sujeitando-se, por isso mesmo, a um regime estrito de direito público. A possibilidade constitucional de a execução dos serviços notariais e de registro ser efetivada "em caráter privado", por delegação do

poder público"(CF, art. 236), não descaracteriza a natureza essencialmente estatal dessas atividades de índole administrativa. As serventias extrajudiciais, instituídas pelo Poder Público para o desempenho de funções técnico-administrativas destinadas "a garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos"(Lei n.º 8.935/94, art. 1º), constituem órgãos públicos titularizados por agentes que se qualificam, na perspectiva das relações que mantêm com o Estado, como típicos servidores públicos. O Pleno do Supremo Tribunal Federal deixou positivado que os notários públicos e os oficiais registradores são órgão da fé pública instituídos pelo Estado e desempenham, nesse contexto, função eminentemente pública, qualificando-se, em consequência, como agentes públicos. É certo afirmar que tais atividades são diretamente ligadas à Administração Pública e reconhecidas como o poder certificante dos órgãos da fé pública, por envolver o exercício de parcela de autoridade do Estado (poder certificante - que goza de presunção juris tantum). Assim sendo, indene de dúvidas, que o notário e o registrador sujeitam-se a um estrito regime de direito público, em decorrência da própria natureza de suas atividades e da permanente fiscalização do Poder Judiciário. FORO PRIVELIGIADO. INAPLICABILIDADE. CASO CONCRETO EM QUE SE OBJETIVA A REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS DECORRENTES DE PROTESTO INDEVIDO. COMPETÊNCIA DO FORO DO DOMICÍLIO DO AUTOR SEGUNDO DICÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 100 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Já decidiu esta Terceira Turma do STJ que o art. 100, parágrafo único, do Código de Processo Civil alcança tanto os delitos civis quanto os penais, destacando, ainda, o acórdão recorrido a peculiaridade de não ser razoável o deslocamento do lesado para promover sua defesa em comarca diversa do seu domicílio. (REsp 612758/MG\Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA

TURMA, julgado em 26/08/2004, DJ 06/12/2004 p. 302). PROTESTO INDEVIDO, VEZ QUE EFETUADO SEM A ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS ATINENTES A ESPÉCIE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO TABELIÃO. Consoante jurisprudência pacificada das Cortes Superiores, em se tratando de atividade cartorária exercida à luz do artigo 236 da Constituição Federal , a responsabilidade do oficial de registro é objetiva (art. 37, § 6º, CF). A respeito da responsabilidade do Tabelião, ensina ERMÍNIO AMARILDO DAROLD, que "...cumpre ao tabelião, num juízo primeiro de admissibilidade, verificar se o documento, cujo protesto está sendo solicitado, traz, em si, os requisitos formais. Caso negativo, deve, de pronto, recusar o seu recebimento, restando ao interessado recorrer aos meios legais em entendendo que tal juízo de admissibilidade do tabelião foi equivocado (Protesto Cambial. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2006 p. 43). ILEGALIDADE ENSEJADORA DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS QUE, NO CASO ACHAM-SE IN RE IPSA. Configurado o ato ilícito, nasce para o responsável o dever de indenizar os danos dele decorrentes. Constitui entendimento consolidado na jurisprudência pátria que os danos morais resultantes de protesto indevido de título são presumidos."(TJSC - AC n. 2008.004649-5, de São Bento do Sul, Rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. em 7.10.2008). RECURSO DESPROVIDO. (Recurso Inominado n.º 2015.200188-0, de Ascurra/Vara Única; Relatora: Juíza Cíntia Gonçalves Costi; Tribunal de Justiça de Santa Catarina) **grifos nossos.**

O Superior Tribunal de Justiça, quando efetivamente se manifestou sobre o tema, concluiu pela impossibilidade da aplicação do CDC aos serviços notariais e de registros.

Todavia, também existe posicionamento jurisprudencial, recente, começando a entender que é de consumo a relação jurídica estabelecida entre o usuário e o notário, consoante julgado abaixo ementado:

SERVIÇO NOTARIAL. FALSIDADE DE PROCURAÇÃO. AUSÊNCIA, CONTUDO, DE DANOS MORAIS. PRIMEIRA APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA, SEGUNDA, TERCEIRA E QUINTA APELAÇÕES PROVIDAS. PREJUDICADA A QUARTA APELAÇÃO. 1. Não se conhece de agravo retido que não foi reiterado. 2. Não é juridicamente necessitado quem é notório comerciante de sepulturas. 3. **É de consumo a relação jurídica estabelecida entre o usuário e o notário.** 4. O prazo prescricional é, portanto, de cinco anos. 5. É nula a procuração falsa. É igualmente nula a escritura lavrada com base naquela. 6. No entanto, nada tem a indenizar o adquirente da sepultura, o maior lesado, e tampouco a tabeliã onde se lavrou a escritura de transferência. 7. No tocante ao procurador e a tabeliã onde foi lavrada a procuração, no caso vertente, onde a titular da sepultura não veio a sofrer quaisquer consequências da falsidade perpetrada, não se vislumbra que os fatos, os quais, inclusive, ficaram bastante nebulosos, tenham ultrapassado o mero aborrecimento. 8. Agravos retidos a que não se conhece. Primeira apelação a que se dá parcial provimento. Segunda, terceira e quinta apelações a que se dá provimento, prejudicada a quarta apelação.(Processo APL 01087412020098190001 RJ 0108741-20.2009.8.19.0001; Orgão Julgador DÉCIMA QUINTA CAMARA CIVEL; Publicação 15/04/2014 15:52; Julgamento 8 de Abril de 2014; Relator DES. HORACIO DOS SANTOS RIBEIRO NETO)

Com efeito, embora haja recente jurisprudência começando a entender pela aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços notariais, é majoritário o entendimento jurisprudencial pela inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

CONCLUSÃO

Inicialmente pode-se concluir que a relação travada entre os tabeliães de protesto e os respectivos usuários dos serviços notariais de protesto é de natureza tributária.

A possibilidade constitucional de a execução dos serviços notariais e de registro ser efetivada "em caráter privado", por delegação do poder público"(CF, art. 236), não descaracteriza a natureza essencialmente estatal dessas atividades de índole administrativa.

Ademais, os serviços notariais, no caso em tela os de protesto de títulos, não se caracterizam pela formação de um mercado de consumo, não existe sequer uma concorrência entre os tabelionatos de protesto.

A própria Lei nº 9.492/97, dispõe nos artigos 07º, parágrafo único e caput do artigo 08º que na localidade, município, onde houver mais de um Tabelionato de Protesto de Títulos, a distribuição dos títulos apresentados deverá ser feita de maneira igualitária entre esses, obedecendo sempre o critério de quantidade e qualidade, o que demonstra de maneira inequívoca a completa inexistência de concorrência entre os tabeliães de protesto.

Conforme dito alhures a noção de "mercado de consumo" pressupõe a existência de vários prestadores de um mesmo serviço, que colocam à disposição dos consumidores os serviços, para esses livremente escolher os que melhor lhe atender.

Desta forma, também, não há sequer que se falar em um mercado de consumo de serviços registrais e notariais, não prevalecendo na atividade notarial e registral os princípios da oferta e da procura, até porque, consoante foi explanado nos tópicos anteriores todas as atribuições e competências dos notários e registradores são fixadas em leis específicas.

É válido aqui lembrar que os efeitos jurídicos decorrentes do serviço prestado pelos tabeliães de protesto não se encerram na pessoa do usuário que os procurou, mas, são irradiados para toda sociedade, como consectário da fé pública

indissociável ao serviço prestado pelo tabelião de protesto e, também, à publicidade intrínseca do ato realizado.

Ademais, o serviço prestado pelo tabelião de protesto não gera nenhum vínculo contratual entre ele e o usuário do serviço, trata-se de uma relação extracontratual, diferentemente das relações de consumo que pressupõe um contrato para sua existência, ainda que verbal.

A remuneração do tabelião de protesto pelos serviços prestados também é imposta por Lei própria, são os emolumentos, que possui a natureza de taxa e são devidos em virtude da contraprestação do serviço público prestado ao usuário e, inclusive, os Tabeliães são proibidos, por lei, de conceder descontos e também de cobrar valores que não estejam previstos nas respectivas tabelas divulgadas pelos Tribunais de Justiça estaduais.

Assim, consoante visto acima, não seria equívoco denominar o usuário dos serviços de protesto de contribuinte, figura completamente diversa do consumidor.

Nesta oportunidade, importante destacar que aqueles que defendem a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – CDC nas relações entre os notários e os usuários do serviço público, não explicam qual seria a relação destes quando o usuário dos serviços NÃO PAGA qualquer contraprestação por estar coberto pelo manto dos benefícios da justiça gratuita.

Serviços prestados pelos tabeliães de protesto não são atividades econômicas pautadas na livre concorrência e livre iniciativa, razão pela qual não estão inseridos no chamado “mercado de consumo”.

Ademais, como se explicaria a inversão do ônus da prova em favor do usuário e, em desfavor do tabelião de protesto que detém a fé pública e, presta um serviço de natureza pública regido também pelo princípio da autenticidade ? Não há explicação, é algo incompatível com os serviços notariais e registrais.

Os serviços notariais e de registro, em especial o de protesto de títulos, possui regulamentação própria que regulamenta inclusive a responsabilidade dos tabeliães e, é incompatível com o Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, considerando todos estes elementos, é impossível classificar as relações entre os tabeliães de protesto e os usuários de serviço como sendo relações de consumo.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Silvia Nôthen de Azevedo. O Protesto de Títulos e Outros Documentos de Dívida. 2ª ed. Porto Alegre. Editora PUCRS, 2008

BRASIL. *Legislação*. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br>. Acesso em 12 de setembro de 2016

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 20130110509364. Apelante: Gravia Industria De Perfilados De Aço Ltda. Apelado: Harpia Comercio De Moveis LTDA. Relator: Fernando Habibe. Brasília, 28 de agosto de 2013. Disponível em: < <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115996766/apelacao-civel-apc-20130110509364-df-0013465-5320138070001/inteiro-teor-115996789?ref=juris-tabs> >. Acesso em 29/01/2017

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Civil nº 70038991816. Apelante: Germania Indústria Montagem E Transportes Ltda. Apelada: FUNDIMISA FUNDIÇÃO E USINAGEM LTDA. Relator: Bernadete Coutinho Friedrich. Porto Alegre, 27 de Janeiro de 2011. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22911943/apelacao-civel-ac-70038991816-rs-tjrs/inteiro-teor-111168314?ref=juris-tabs>>. Acesso em 29/01/2017

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70045468584. Apelante: Lúcia Maria Rhoden Fagundes. Apelado: Retificadora Scharlau Ltda.. Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira. Porto Alegre, 24 de Novembro de 2011. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20918253/apelacao-civel-ac-70045468584-rs-tjrs/inteiro-teor-20918254?ref=juris-tabs> >. Acesso em 29/01/2017

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Recurso Inominado nº 0020582-85.2011.8.19.0210. Recorrente: Tabelação do 4º Ofício de Protesto. Recorrido: Jacira dos Santos Fonseca. Relator: Luiz Eduardo De Castro Neves. Rio de Janeiro, 21 de Agosto de 2012. Disponível em: < <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/135229036/recurso-inominado-ri-205828520118190210-rj-0020582-8520118190210>>. Acesso em 29/01/2017

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0108741-20.2009.8.19.0001. Apelante 1: Antônio Fernando Gomes Barbosa, Apelante 2: Adriano da Rocha Pereira, Apelante 3: Olívia Motta Scisínio Dias, Apelante 4: Maria Ana da Conceição Rocha das Neves (recurso adesivo), Apelante 5: Edyanne Moura da Frota Cordeiro. Apelados 1: Os mesmos, Apelado 2: Cartório do 16º. Ofício de Notas, Apelado 3: Cartório do 7º. Ofício de Notas. Relator: Horacio Dos Santos Ribeiro Neto. Rio de Janeiro, 11 de Março de 2014. Disponível em: < <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116647637/apelacao-apl-1087412020098190001-rj-0108741-2020098190001/inteiro-teor-116647646> >. Acesso em 29/01/2017

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0000699-84.2008.8.26.0042. Apelante: Marlene Auxiliadora De Souza Silva. Apelado: Ariasat

Comércio E Serviços Ltda.. Relator: Antonio Rigolin. São Paulo, 22 de Julho de 2014. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129092809/apelacao-apl-6998420088260042-sp-0000699-8420088260042/inteiro-teor-129092815> >. Acesso em 29/01/2017

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Recurso Inominado nº 2015.200188-0. Recorrente: Dilson Neves Chagas. Recorrido: Jeferson Fernando Bittencourt. Relator: Cíntia Gonçalves Costi. Blumenau, 08 de Março de 2016. Disponível em: < <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/321830037/recurso-inominado-ri-20152001880-ascorra-2015200188-0/inteiro-teor-321830100> >. Acesso em 29/01/2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos Declaração no Recurso Especial nº 1042524. Embargante: Fazenda Nacional. Embargado: Memphis Sa Industrial. Relator: Humberto Martins. Brasília, 25 de Março de 2014. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25023163/embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-edcl-no-resp-1042524-rs-2008-0063187-0-stj/inteiro-teor-25023164?ref=juris-tabs> >. Acesso em 29/01/2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 463331. Recorrente: Telecomunicações De Rondônia S/A - TELERON. Recorrido: Centrais Elétricas De Rondônia S/A CERON. Relator: Eliana Calmon. Brasília, 06 de Maio de 2004. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19453464/recurso-especial-resp-463331-ro-2002-0110093-5/inteiro-teor-19453465?ref=juris-tabs> >. Acesso em 29/01/2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2415. Requerente: Associação Dos Notários E Registradores Do Brasil - ANOREG/BR. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 22 de Setembro de 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1908118>>. Acesso em 29/01/2017

COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa. vol 1. 16ªed. São Paulo: Saraiva, 2012

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Direito do Consumidor, Editora Atlas, 2ª edição. 2010

CAVALIERI FILHO, Sérgio - In. Programa de Responsabilidade Civil. - São Paulo: Atlas, 2007

CUNHA JR., Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013

GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor, Editora JusPODIVM, 3ª edição, 2009

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. Tratado de Direito Comercial Brasileiro. 1.ed. Campinas. Editora Russel. volume 3, t.2, 2003

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Cambiário. 2.ed. São Paulo Max Limonad, v.1, 1954

MORAES, Emanuel Macabu. Protesto Notarial Títulos de Crédito e documentos de dívida. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

OLIVEIRA. Eversio Donizete de e, Magno Luiz Barbosa. Manual Prático do Protesto Extrajudicial. 3. ed. Belo Horizonte. Editora BH. 2016

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, 32. ed. 02º volume. São Paulo. Saraiva, 2015

RIZZARDO. Arnaldo. Títulos de Crédito. Rio de Janeiro. 1. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2006

RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. Da Impossibilidade de Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Serviços Notariais e de Registros. RECIVIL (2014). Disponível em <<http://www.recivil.com.br/noticias/noticias/view/artigo-da-impossibilidade-de-aplicacao-do-codigo-de-defesa-do-consumidor-aos-servicos-notariais-e-de.html>>. Acesso em 05 set 2016.

ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. Títulos de Crédito. 8. ed. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2014

SANTOS, Cláudio. Do protesto de títulos de crédito. Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 81. n. 678. 1992

SANTOS, Theophilo de Azeredo. Observações sobre o Protesto de Títulos e Documentos. Boletim Informativo do IEPTBRJ, Rio de Janeiro, nº 8, Ano 1, dezembro de 2002

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PELOTAS
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, ECONÔMICAS E SOCIAIS
CURSO DE DIREITO**

BÁRBARA DE FARIAS BETEMPS DA SILVA

**TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO RURAL NO BRASIL:
Um estudo entre as relações das vítimas e seus “contratantes”**

Pelotas

2014

BÁRBARA DE FARIAS BETEMPS DA SILVA

TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO RURAL NO BRASIL:
Um estudo entre as relações das vítimas e seus “contratantes”

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais, pelo Curso
de Direito da Universidade Católica de
Pelotas

Orientador: Ms. Jairo Halpern

Pelotas

2014

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 Bacharel em Direito.

Ao meu orientador que esteve presente e sempre se mostrou disposto no decorrer do trabalho, indicando livros e debatendo o assunto comigo.

Ao Lucas Silva, meu namorado, que me ajudou a superar todos os momentos de angústia vividos antes da entrega e apresentação do trabalho.

RESUMO

O presente estudo visa fazer uma abordagem histórica do trabalho escravo no Brasil desde a sua colonização até os dias atuais. Observamos que, apesar da promulgação da Lei Áurea, em 1888, que proibiu a prática do trabalho escravo, o Brasil continua sendo um dos países com maior incidência de escravidão no mundo, sendo a forma mais utilizada conhecida como escravidão por dívida. Visamos esclarecer quais as diferenças da escravidão antiga e da escravidão contemporânea, quem são as principais vítimas, de que maneira são ludibriadas pelos chamados “gatos” e como principais responsáveis pelo trabalho escravo acabam escapando pelas brechas da lei. Também vamos apontar os principais protagonistas ao combate do trabalho escravo, como a Comissão Pastoral da Terra, o Plano para Erradicação do Trabalho escravo, o Grupo Especial Móvel de Fiscalização, a Lista “Suja” do Ministério do Trabalho e Emprego e a polêmica Emenda Constitucional n ° 438 que propõe a possibilidade de expropriação das terras em propriedades onde fosse localizado o trabalho escravo. Por fim, verificamos que o trabalho escravo está diretamente ligado à desigualdade social e falta de oportunidade para os trabalhadores, sendo assim, no sonho de conseguirem um emprego, acabam caindo na teia da escravidão, da qual não conseguem se libertar, pois o patrão que os escraviza muitas vezes é a sua única chance de sobrevivência.

Palavras-chave: escravidão contemporânea, escravidão por dívida, desigualdade social.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1- Ciclo Vicioso do Trabalho escravo

Figura 2- Acontecimentos que marcaram o desenvolvimento da inspeção do trabalho para a erradicação do trabalho análogo ao de escravo no Brasil

Figura 3: Passo a Passo mais comum da fiscalização

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Comparação entre a antiga e a nova escravidão

Tabela 2 - Características das vítimas e dos empregadores

Tabela 3 - Tipo de Metas

Tabela 4 - Foco dos 1° e 2° Plano Nacional de Erradicação do Trabalho
escravo

LISTA DE SIGLAS

ART Artigo

CDDPH Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana

CF Constituição Federal

CLT Consolidação de Leis Trabalhistas

CONATRAE Comissão Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo

CP Código Penal

CPT Comissão Pastoral da Terra

EC Emenda Constitucional

GEMF Grupo Especial Móvel de Fiscalização

MPT Ministério Público do Trabalho

MTE Ministério do Trabalho e Emprego

OIT Organização Internacional do Trabalho

PL Projeto de Lei

SEC Século

STF Supremo Tribunal Federal

TST Tribunal Superior do Trabalho

Deve conter a relação alfabética das abreviaturas e das siglas utilizadas no texto, seguidas das palavras ou das expressões escritas por extenso.

SUMÁRIO

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL

2. INTRODUÇÃO

2.1 ESCRAVIDÃO NO BRASIL: ASPECTOS HISTÓRICOS

2.1.1 NOVO FORMATO DA ESCRAVIDÃO NO BRASIL

2.1.2 PERFIL DAS VÍTIMAS

2.1.3 PERFIL DOS ESCRAVIZADORES

2.1.4 ESCRAVIDÃO POR DÍVIDA: A MAIS COMUM NO BRASIL

3. ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA: AVANÇOS NO ORDENAMENTO

JURÍDICO

3.1 O QUE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO PREVÊ

3.1.1 COMPETÊNCIA PARA JULGAR DO ART. 149 CP

4. PRINCIPAIS ATUANTES NO COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO

4.1 COMISSÃO PASTORAL DA TERRA

4.1.1 PLANO DE ERRADICAÇÃO AO TRABALHO ESCRAVO

4.1.2 GRUPO MÓVEL DE FISCALIZAÇÃO

4.1.3 LISTA “SUJA” DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO

4.1.4 EMENDA CONSTITUCIONAL N° 438

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

6. REFERÊNCIAS

1. EVOLUÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO RURAL NO BRASIL

O objetivo geral deste trabalho é fazer um estudo do trabalho escravo contemporâneo rural no Brasil e identificar as semelhanças e diferenças do escravo colonial para o escravo atual, qual o perfil de quem é vítima e de quem é empregador atualmente, através de uma revisão bibliográfica, utilizando informações da doutrina, legislação, jurisprudência, entre outras notícias na área.

Como objetivos específicos, vamos mostrar qual o tipo mais comum de escravidão utilizada no Brasil, demonstrar os avanços jurídicos na área e também os principais atuantes na luta contra a escravidão brasileira.

No Capítulo primeiro, vamos fazer um estudo do trabalho escravo no Brasil desde a sua colonização até os dias atuais e quais as suas principais diferenças, identificar o perfil das vítimas, o perfil dos escravizadores e expor o que é a escravidão por dívida, a qual é a considerada a mais frequente no país.

No Capítulo segundo, vamos entender por que é tão difícil exterminar a escravidão contemporânea, vamos demonstrar o que o ordenamento jurídico brasileiro prevê em relação à escravidão e as convenções assinadas pelo Brasil, bem como as divergências existentes quanto ao julgamento do crime de trabalho escravo e os posicionamentos que defendem o porquê que ela deveria ser analisada pela a Justiça Estadual ou pela Justiça Federal.

No Capítulo terceiro, vamos conhecer os principais atuantes na luta contra o trabalho escravo no Brasil, bem como decisões importantes tomadas até agora. Vamos conhecer a Comissão Pastoral da Terra, o Plano de Erradicação do Trabalho Escravo, o Grupo Especial Móvel de Fiscalização, a Lista “Suja” do Ministério do Trabalho e Emprego e a Emenda Constitucional nº 438.

Nas considerações finais, apontaremos possíveis soluções para a minimização do trabalho escravo no Brasil e um apontamento dos resultados já alcançados pelos programas de combate à escravidão.

2. INTRODUÇÃO

A palavra escravidão nos remete ao período do Brasil Colônia, onde índios e negros africanos eram obrigados a executarem todo tipo de trabalho determinado pelo seu senhor. Mesmo com a promulgação da Lei Áurea, pela Princesa Isabel, em 13 de maio de 1888, a escravidão ainda está presente no nosso país. As diferenças

entre a escravidão antiga e a contemporânea são diversas, contudo é igual no que se trata de desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Hoje em dia a escravidão é o resultado do trabalho degradante que envolve o cerceamento de liberdade, ela não é mais por cor, o escravo de hoje pode ser qualquer pessoa, sendo que as vítimas são pessoas em situação de miserabilidade social a qual as torna vulneráveis a essa prática. Além disso, a falta de oportunidade no mercado de trabalho, o analfabetismo e a informalidade das relações de contratuais são algumas das hipóteses que levam muitos trabalhadores a tornarem-se escravos. Tal situação os coloca à mercê dos chamados “gatos”, assim conhecidos os aliciadores de trabalhadores, que servem de fachada para que os fazendeiros não respondam pelo crime. Eles chegam aos vilarejos prometendo bons salários e moradia, sendo que normalmente a prestação de serviço é executada em lugares distantes da residência dos trabalhadores, oferecem um “adiantamento” à vítima e acabam assim conquistando a confiança dos trabalhadores que, no sonho de conseguirem um emprego que possa sustentar sua família, são ludibriados com a oferta e caem na teia da escravidão.

As vítimas são vigiadas diariamente por homens armados, trabalhando em áreas de difícil acesso, o medo de denunciar, a vergonha de voltar pra casa e a falta de oportunidade faz com que eles permaneçam calados e condicionem-se à escravidão. Além disso, devido ao número reduzido de profissionais que atuam na área de fiscalização e impossibilitados de saírem da fazenda devido à distância em que se encontram e à vigilância permanente dos gatos, não são descobertos e não há meios para a fuga, tendo em vista que a caminhada até a cidade mais próxima poderá durar dias.

O medo constante devido a ameaças e agressões físicas faz a vítima calar-se diante das humilhações e até mesmo conformar-se com situação vivida. A vítima condiciona-se a essa realidade, visto que é a única oportunidade que tem, prefere que a família pense que ele está trabalhando para seu sustento a voltar para casa sem dinheiro e desonrado por tudo que passou.

Já os “contratantes” ou “mantenedores da escravidão” em sua maioria são estancieiros e empresários de renome na sociedade, os quais têm toda tecnologia de ponta em suas fazendas, tratando os animais com mais zelo do que os funcionários, a ponto que a alimentação do animal é de melhor qualidade, quanto à oferecida ao trabalhador, que se resume à farinha, arroz e feijão. A “mistura” como

eles chamam a carne, é fornecida raramente, sendo proporcionada a eles a carne estragada de algum animal sem valor que morreu ou então são forçados a caçarem animais silvestres, conforme dito em relatos dos resgatados.¹

A escravidão humana é responsável pelo superfaturamento desses “contratantes”, os quais veem na manutenção da escravidão uma forma de baratear o produto comercializado, elevar o lucro e conquistar uma maior quantidade de compradores. Por esses motivos, mesmo quando são pegos pela fiscalização e multados em valores altíssimos, eles pagam a dívida e continuam a escravizar.

A manutenção da escravidão é tão rentável que há casos de fazendas que são reincidentes em mais de três vezes no crime², nos quais a fiscalização resgata os trabalhadores e quando volta é o mesmo trabalhador condicionando-se novamente à situação de escravo. Esses empresários são altamente instruídos, com grande poder político no local e bem relacionados no governo, sempre cercados da melhor assessoria jurídica e contábil para suas fazendas.

A escravidão por dívida é a mais utilizada no Brasil, ela configura-se quando o trabalhador durante sua estadia na fazenda precisa arcar com as despesas da sua alimentação, material de trabalho, bebidas e cigarros e tudo o mais que desejar. Para a realização das compras, é oferecido na fazenda uma “venda”, a única existente no local, na qual o trabalhador é obrigado a consumir, sendo que nela os preços são determinados pelo empregador e os produtos são vendidos acima do valor do mercado, sendo o preço visivelmente abusivo. Esses produtos são todos descontados do salário e quando o trabalhador vai conferir o seu saldo, o responsável pela venda alega que ele nada tem a receber visto que tudo o que ganharia já foi gasto para sua sobrevivência.

Além disso, não bastasse não receber nenhum salário, ele sempre fica devendo, a dívida nunca se extingue, já que seus gastos são sempre superiores ao salário que deveria receber. Dessa maneira, o trabalhador não abandona a fazenda até “honrar” sua dívida com seu empregador. Essa dívida “prende” muitos escravizados que acreditam que vão conseguir saná-la sempre no próximo mês, o

¹ SAKAMOTO, Leonardo. **Trabalho escravo contemporâneo no Brasil no século XXI**. Brasília, OIT, 2006. p. 30.

² SAKAMOTO, Leonardo. **Trabalho escravo contemporâneo no Brasil no século XXI**. Brasília, OIT, 2006. p.59

que de fato nunca ocorre, pois além do elevado valor dos produtos, há uma manipulação da dívida, tornando-a sempre maior.

Porém, pode-se dizer que um dos principais responsáveis pela existência e manutenção da escravidão é a impunidade. Os infratores acabam não sendo enquadrados na pena de prisão e a grande maioria responde em liberdade, sendo sua pena limitada a multas e ao pagamento de cestas básicas. Assim, os infratores reincidem no crime e reprimem aqueles trabalhadores que ousam a se rebelar contra o sistema.

No ordenamento jurídico verifica-se que no Código Penal em seu art. 149³, que a pena de reclusão poderá variar entre dois a oito anos, contudo, verifica-se que quando o sujeito acaba sendo condenado à pena de prisão ele é enquadrado na pena mínima de dois anos e há muitas formas de suavizar essa pena, convertendo-as em cestas básicas e prestação de serviços à comunidade. Segundo dados levantados por Leonardo Sakamoto, de 1995 a fevereiro de 2014⁴, houve pouco mais de cinquenta condenações em primeira instância pela prática do trabalho escravo no Brasil, as quais em sua maioria converteram-se em doações de cestas básicas.

Além disso, um dos entraves na condenação penal é a prescrição do crime, já que normalmente a justiça opta pela pena mínima de dois anos, sendo o seu prazo prescricional de quatro anos. Com a lentidão do judiciário, o crime acaba prescrevendo e a condenação anulada, assim, o réu continua como primário. Esse é mais um motivo para tornar a lei mais severa com os “escravizadores”.

Conforme Leonardo Sakamoto relata⁵

“A sanção penal tem sido insuficiente. Menos de 10% dos envolvidos em trabalho escravo no sul-sudeste do Pará, entre 1996-2003, foram denunciados por esse crime, de acordo com a Comissão Pastoral da Terra”.

Para diminuir a impunidade, o país necessita de uma mudança na legislação a qual seja mais severa com os escravizadores, apoio e programas de reinserção social as vítimas para que não retornem à escravidão, maior investimento nos Planos de Erradicação ao Trabalho Escravo e aos Grupos Especiais Móveis de

³ REPÚBLICA, Presidência da. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 10/04/2014

⁴ SAKAMOTO, Leonardo. Disponível em :<<http://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2014/02/13/stf-volta-a-discutir-competencia-para-julgar-trabalho-escravo>> Acesso em: 15/04/2014

⁵ SAKAMOTO, Leonardo. **Trabalho escravo contemporâneo no Brasil no século XXI**. Brasília, OIT, 2006. p. 32.

Fiscalização, contratação de mais funcionários para dar conta da demanda e também se faz primordial pôr fim à discussão sobre quem detém a competência para julgar o trabalho escravo se é competente à Justiça Federal ou Justiça Estadual. A questão da divergência de entendimentos sobre se competência era da Justiça Federal ou Justiça Estadual tornava o processo cada vez mais moroso, em 2006 foi reconhecida à competência da Justiça Federal pelo STF, todavia, o julgamento do recurso extraordinário 459.510 foi interrompido em novembro de 2010, devido a um requerimento de vistas do ministro Joaquim Barbosa. A discussão ainda se encontra em pauta no STF, em fevereiro de 2014 o processo ainda está “aguardando” manifestação⁶, no qual se vislumbra uma inclinação à manutenção da competência na Justiça Federal, porém ainda não houve decisão definitiva.

Como principais atuantes na luta contra o trabalho escravo no Brasil, podem-se citar a Comissão Pastoral da Terra, o Plano de Erradicação do Trabalho Escravo, o Grupo Especial Móvel de Fiscalização, a Lista “Suja” do Ministério do Trabalho e Emprego e a Emenda Constitucional n° 438.

A Comissão Pastoral da Terra surgiu em 1975, caracterizando-se como uma organização da igreja católica, voltada para a defesa dos direitos dos trabalhadores e incentivadora da reforma agrária, foi pioneira no Brasil no combate à escravidão e foi responsável por fazer as primeiras denúncias sobre trabalhadores vivendo em condições análogas a de escravo no país.

O 1° Plano de Erradicação do Trabalho Escravo foi lançado em 11 de março de 2003, pelo então Presidente Luís Inácio Lula da Silva e reúne 76 medidas para combater o trabalho escravo, tendo como objetivo a prevenção da irregularidade e a reinserção dos trabalhadores resgatados na sociedade, porém com a falta de recursos e de pessoal, só existem projetos locais e regionais, com alcance limitado. Conforme pesquisa de Leonardo Sakamoto⁷, é possível afirmar que o 1° Plano Nacional de Combate ao trabalho escravo foi parcialmente cumprido até agora.

Em 2008 foi lançado o 2° Plano de Erradicação ao Trabalho Escravo, no qual, dentre os avanços, destacam-se o crescimento das fiscalizações e o aumento da capacitação de profissionais qualificados para a erradicação ao trabalho escravo,

⁶ SAKAMOTO, Leonardo. Disponível em: <<http://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2014/02/13/stf-volta-a-discutir-competencia-para-julgar-trabalho-escravo>> Acesso em: 15/04/2014

⁷ SAKAMOTO, Leonardo. **Trabalho escravo contemporâneo no Brasil no século XXI**. Brasília, OIT, 2006. p. 98.

além da percepção das vítimas quanto aos seus direitos como trabalhador. Dentre as áreas mais deficientes, com menos avanços, percebe-se que foram as medidas para diminuição da impunidade, a reforma agrária e a garantia de emprego aos trabalhadores após a libertação. A partir dessa avaliação feita, o foco do 2º Plano é redobrar os esforços nessas áreas mais resistentes a mudanças.

O Grupo Especial Móvel de Fiscalização foi criado pelo Governo Federal com a intenção de averiguar as condições a que estão expostos os rurícolas, principalmente em locais remotos. Quando encontram irregularidades, libertam os trabalhadores, aplicam autos de infração que geram multas, além de garantir o pagamento dos direitos trabalhistas.

A Lista “Suja” do Ministério do Trabalho e Emprego consiste no cadastro de empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas a de escravo, sendo atualizada semestralmente pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Possibilita a suspensão do financiamento público e privado, repasse de fundos constitucionais e benefícios fiscais a quem comprovadamente cometeu esse crime, além de dar maior visibilidade para a população.

A Emenda Constitucional nº 438 ou mais conhecida como PEC do Trabalho Escravo, foi aprovada em 1º turno pela Câmara dos Deputados em 22/05/2012 e pelo Senado Federal, aprovada em dois turnos em 27/05/2014⁸, e segue para a promulgação, o seu objetivo é permitir a expropriação, caracterizada pelo confisco sem indenização, de imóveis rurais e urbanos em que seja localizada a incidência da prática do crime de redução análoga a de escravo. Esses imóveis serão destinados à reforma agrária ou a programas de habitação popular. Mesmo com a oposição de alguns parlamentares, a população pressionou o governo e a PEC foi admitida, representando um grande avanço no combate à escravidão.

Por fim, verificamos que a incidência do trabalho escravo no Brasil acontece devido à miserabilidade social de grande parte da população, a qual não possui qualificação profissional e nem mesmo tem noção dos seus direitos como cidadão. Sendo assim, na procura pela sobrevivência, acaba consentindo com as más condições de trabalho oferecidas pelo empregador, tendo o seu direito de liberdade cerceado e a dignidade violada. Por outro lado, os empregadores, se valem da necessidade desses trabalhadores para fazerem fortuna, a qual se sustenta pela

⁸ VEJA, Revista. Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/pec-do-trabalho-escravo-e-aprovada-no-senado-e-segue-para-promulgacao>> Acesso em: 28/05/2014

infringência às leis trabalhistas, pelo desrespeito à dignidade da pessoa humana e pela restrição da liberdade. Ainda como amparo a essa atividade, o Brasil apresenta um baixíssimo índice de condenação a essa prática, quando se consegue fazer a denúncia o réu é condenado ao pagamento de cestas básicas, isso quando não prescreve o prazo para o crime e a condenação é anulada, continuando o escravizador como réu primário.

A impunidade só poderá ser minimizada quando o Brasil passar a considerar o trabalho escravo como um crime sério e de alta incidência no país e passar a tratá-lo com a severidade que merece. A pena de prisão deve ser aumentada, talvez dessa maneira o escravizador passe a “temer” a condenação e a incidência diminua drasticamente no país. Também é necessária conscientização da população para lutar contra o crime, seja através da discussão da sua importância, da divulgação da mídia e boicotando os produtos originados do trabalho escravo. É importante o destaque da “Lista Suja”, a qual torna público o nome dos empregadores e das fazendas que exploram o trabalho escravo, assim sabendo quem são os agressores pode-se provocar a falência dessas empresas, através da não aquisição dos produtos.

2.1 Escravidão no Brasil: aspectos históricos

O Brasil foi descoberto por volta de 1500 pelos europeus através das Grandes Navegações e do descobrimento da América, até então a terra era somente povoada pelos povos indígenas, os quais viviam da caça e da pesca apenas para sua sobrevivência. Os portugueses, ao perceberem as riquezas existentes no local, trataram de acelerar o processo de colonização do Brasil, por medo que os espanhóis e franceses tomassem o seu “território” e as suas “riquezas”.

Para dar maior celeridade ao processo, a Coroa Portuguesa decidiu dividir a colônia em 14 faixas, conhecidas como capitânicas hereditárias, tendo como finalidade povoar as terras em toda a sua extensão mais rapidamente possível. Essas faixas de terra, popularmente chamadas de sesmarias, foram doadas aos nobres da corte de Portugal, que ficaram conhecidos como os “donatários”, sendo eles responsáveis pela exploração da terra e pela sua guarda, tendo o dever de

pagarem impostos à “Coroa” pela sua utilização. Essa distribuição de terras foi muito importante para a formação dos latifúndios existentes no Brasil.⁹

Porém, o sucesso da colonização e da exploração das matérias-primas, muito se deve à exploração do trabalho escravo do indígena e posteriormente ao do negro africano, sem eles, sem dúvida, a colônia não obteria o êxito que teve, sendo essa exploração de mão de obra escrava necessária, em virtude de o Brasil não comportar trabalhadores assalariados tendo em vista a escassez de moradores aqui, pois que os únicos habitantes até então eram os índios. A escravidão foi escolhida para ser implantada no Brasil por possuir condições econômicas bastante favoráveis a essa prática.

A escravidão, desde a Antiguidade, era tida como algo natural, defendida inclusive por alguns filósofos como Aristóteles e Platão, conforme citado por Jairo Albuquerque¹⁰.

“O primeiro chegava a afirmar que certos homens são escravos por natureza, nascidos para servir, para fazer o que são mandados”. Assim defendia que algumas pessoas a natureza estipulou que fossem livres e outras deveriam ser escravas. Outra relação jurídica também bastante utilizada, em boa parte da Europa, era a servidão, nessa hipótese o servo também não dispunha da sua liberdade, permanecia submetido ao senhor feudal, que lhe “emprestava” a terra para que pudesse produzir sujeito a impostos elevados e inclusive em certos casos proibido de se locomover”..

Assim, com o objetivo de explorar as riquezas da terra, os portugueses começaram a “negociar” com os índios o fornecimento dessas matérias-primas, a primeira delas foi o Pau-Brasil. Essa negociação ficou conhecida como “escambo”, os índios recebiam em troca da exploração do pau-brasil alguns penduricalhos, como espelhos, adornos, enfeites, entre outros bens sem valores. Após determinado período, a troca de mercadorias já não bastava para fazer com que o índio trabalhasse, tendo em vista que o deslumbramento pelos utensílios fornecidos já havia passado e o índio por sua cultura e natureza não era adaptado ao trabalho.¹¹ Assim, complementa Jairo Lins de Albuquerque Sento-Sé¹²:

“Primeiramente, o trabalho do índio era obtido em troca das mais diversas quinquilharias trazidas da Europa, como espelhos, colares, brilhantes, etc., autênticas novidades naquelas bandas. Todavia, uma vez satisfeita à curiosidade do índio brasileiro pelos produtos europeus, o escambo deixou de ser capaz o suficiente para conquistar a tão necessária

⁹ BAZZAN, Felipe Tancini. Trabalho escravo contemporâneo. Ribeirão Preto.2006.p.10

¹⁰ SENTO-SÉ, apud OLEA. Trabalho Escravo no Brasil. São Paulo, LTR, 2001. p.29

¹¹ RODRIGUES, Marta Cristina Langkammer. Política de combate ao trabalho escravo no Brasil: Uma análise dos programas do Ministério do Trabalho e Emprego.Brasília.2007.p.15

¹² SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. Trabalho Escravo no Brasil. São Paulo, LTR, 2001. p.37

mão de obra nativa. Daí ter o colonizador português partido para a escravidão do índio.”

Sendo assim, o índio não estava disposto a continuar trabalhando para os europeus, fosse pelo meio da troca ou por qualquer outra coisa, ele apenas trabalhava para sua subsistência, não se tratava de acomodação, o trabalho apenas não estava inserido na cultura deles. Por isso eles lutaram contra a escravidão fosse pela guerra, pela fuga ou pela recusa ao trabalho forçado. Além disso, os índios não tinham resistência para doenças trazidas pelos europeus, como gripe e varíola, o que ocasionou uma baixa substancial da população.¹³

Esse foi um dos motivos para que a escravidão indígena fosse substituída pela escravidão do negro africano, conhecido por ter vigor físico e grande capacidade produtiva. Sendo assim, a partir de 1570 a importação de escravos africanos começou a ser incentivada, a fim de evitar a dizimação dos indígenas, porém só em 1758 foi determinada pela Coroa a libertação definitiva dos índios. A troca de “mercadoria” não foi tarefa difícil haja vista que o negro já era visto como um ser inferior que deveria ser escravizado, o qual não fazia jus a nenhum direito. Estima-se que entre 1550 a 1855, entraram pelos portos brasileiros quatro milhões de escravos, na sua grande maioria, jovens do sexo masculino.¹⁴

Os negros eram capturados em sua terra de origem e até chegarem ao seu destino sofriam as mais diversas humilhações nos navios conhecidos como navios negreiros, eles eram mal alimentados, mal vestidos, acorrentados e torturados caso ousassem a se revoltar e eram proibidos de celebrar os seus rituais religiosos. Os que sobreviviam, ao chegarem, eram submetidos a jornadas exaustivas de trabalho, sempre sob a guarda do capitão do mato, assim conhecido o capataz da fazenda, que os surrava por qualquer “ato indisciplinar” e nos momentos de descanso eram aprisionados nas senzalas, lugar úmido e frio, no qual permaneciam alojados dentro das fazendas.¹⁵

O trabalho negreiro foi utilizado em diversas regiões do país e em diversas atividades, principalmente no cultivo da cana-de-açúcar, no cultivo do café, na

¹³ . MELLO, Solange Quintão Vaz De. Trabalho escravo no Brasil: A nova face de um antigo dilema. Brasília, 2005.p.18

¹⁴ MELLO, apud FAUSTO. Trabalho escravo no Brasil: A nova face de um antigo dilema. Brasília, 2005.p.19

¹⁵ OLIVEIRA, Jean Souza de. O trabalho escravo contemporâneo no Brasil. Ceará.2011.p.21

plantação de fumo e na extração de pedras preciosas¹⁶. Assim confirmam os historiadores¹⁷:

“Os portugueses que colonizaram o Brasil foram buscar na África a mão de obra necessária para a cultura da cana-de-açúcar. Os escravos trabalhavam em todas as etapas da produção do açúcar, desde o plantio até a fabricação do açúcar nos engenhos. Trabalhavam de sol a sol e eram castigados com violência quando não cumpriam ordens, erravam no trabalho ou tentavam fugir. Tinham que executar todos os trabalhos solicitados por seu “dono”. As mulheres escravas também trabalhavam muito, porém alguns tinham a “sorte” de realizarem serviços domésticos (limpeza, culinária, cuidar das crianças). Essas tinham uma atividade menos penosa. Os filhos dos escravos trabalhavam desde muito cedo. Por volta dos oito anos já eram obrigados a executar trabalhos de adultos e praticamente perdiam sua infância. A partir da metade do século XVIII, com a descoberta das minas de ouro, os escravos de origem africana passaram a trabalhar também na mineração. Faziam o trabalho mais pesado, ou seja, quebravam pedras, carregavam cascalho e atuavam na busca de pepitas de ouro nos rios”.

A escravidão era tida como algo natural, sendo a aquisição de escravos permitida e representava poder e riqueza, já que o escravo era uma aquisição de alto valor e a sua manutenção era dispendiosa. O escravo era cobiçado tanto pelos nobres como pela classe social baixa, que possuía pelo menos um escravo para auxiliar nos serviços gerais. Hoje em dia, a escravidão não é mais por raça, pode ser qualquer pessoa que se encontre em situação de miserabilidade e à mercê da sociedade. O analfabetismo, a desqualificação profissional e a fome corroboram para que o homem caia na teia da escravidão. A escravidão é considerada crime no Brasil, mas a mentalidade de “coisificar” o ser humano e de aproveitar-se daquele que não tem capacidade para defender-se permanece.¹⁸

Na escravidão colonial, para possuir um escravo, era necessário muito dinheiro, pois havia de se pagar as despesas com o transporte e a alimentação do negro da África até o Brasil, além do valor cobrado pelos mercadores de escravos, pelo seu serviço e do preço do negro. Já, a escravidão contemporânea tem um custo quase “zero” para o empregador, tendo em vista que ele recruta um “gato” para ir aos vilarejos pobres para ludibriar os trabalhadores com excelentes ofertas de emprego em fazendas afastadas, as quais ainda oferecem um adiantamento ao trabalhador e quando chegam ao local de trabalho descobrem que já estão

¹⁶ MELLO, Solange Quintão Vaz de. Trabalho escravo no Brasil: A nova face de um antigo dilema. Brasília.2005.p.19

¹⁷ Autor desconhecido. Disponível em:

<http://www.suapesquisa.com/historiadobrasil/trabalho_escravos.htm.> Acesso em 10/05/2014

¹⁸ MELLO, Solange Quintão Vaz de. Trabalho escravo no Brasil: A nova face de um antigo dilema. Brasília.2005.p.18/19.

endividados, pois são eles que deverão arcar com as despesas do transporte, com a sua alimentação e material de trabalho, além de pagar o adiantamento de salário que receberam, sendo tudo descontado do salário do trabalhador ao final do mês¹⁹. Pode-se dizer que o trabalhador escravizado apenas trabalha por comida, haja vista que nunca vê o dinheiro ao final do mês. Percebe-se a carência desses homens, os quais trabalham de sol a sol, em troca somente da alimentação “fornecida” do empregador.

Além disso, na época colonial, os escravos que se revoltavam planejavam fugas e se recusavam aos trabalhos forçados, contudo, o máximo que conseguiam era formar um quilombo (local que servia de abrigo para escravos refugiados), o qual era facilmente descoberto pelos capitães do mato e logo eles eram recapturados. Na escravidão contemporânea, aqueles que se revoltam acabam sendo mortos pelo empregador e os seus corpos atirados em valas das fazendas, sendo seu paradeiro desconhecido pela sua família e os seus colegas de trabalho, que são os que podem denunciar, têm medo da repressão dos fazendeiros, assim, o crime acaba ficando impune. Já os poucos que conseguem fugir e denunciar têm suas vidas ameaçadas pelos empregadores e a baixa oferta de emprego acaba por colocá-lo novamente na situação de escravo.

A escravidão no Brasil contemporâneo traz dados alarmantes²⁰, desde 1995 foram registradas mais de 40.000 denúncias referentes à prática do crime de redução análogas a de escravo, dessas denúncias 80% são relacionadas ao trabalho rural e 20% relacionadas ao trabalho urbano, hoje em dia temos uma média de 11 denúncias de trabalho escravo por dia. Quanto às denúncias de trabalho rural, o 1º lugar em casos registrados, é o estado do Pará com aproximadamente 12.000 denúncias, ficando em segundo lugar o estado do Mato Grosso com 5.737 casos. Ainda se pode afirmar que as denúncias no campo têm como atividade principal, em 1º lugar a criação de gado com 54% dos casos e em 2º lugar o carvão vegetal com 16% dos casos.

¹⁹ SAKAMOTO, Leonardo. **Trabalho escravo contemporâneo no Brasil no século XXI**. Brasília, OIT, 2006. p.21

²⁰ Trabalho Escravo. A Liga. Rede Bandeirantes. São Paulo. 16 de agosto de 2011. Programa de TV. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=Gpv--GBz2II>>. Acesso em: 02 de maio de 2014.

A semelhança entre os escravos coloniais e os escravos contemporâneos brasileiros, pode-se dizer que a sua maioria encontra-se no meio rural, os coloniais encontravam-se no cultivo da cana-de-açúcar, do café e da plantação de fumo e os contemporâneos nas plantações e nas atividades agropecuárias, localizadas principalmente no norte do país. Além disso, as humilhações sofridas, o sentimento de “coisificação” e o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana são os mesmos do passado.

Tabela 1–Comparação entre a antiga e a nova escravidão²¹

Brasil	Antiga escravidão	Nova escravidão
Propriedade Legal	Permitida	Proibida
Custo de aquisição de mão de obra	Alto. A riqueza de uma pessoa poderia ser medida pela quantidade de escravos.	Muito baixo. Não há compra e, muitas vezes, gasta apenas o transporte.
Lucros	Baixos. Havia custos com a manutenção dos escravos.	Altos. Se alguém fica doente pode ser mandado embora, sem nenhum direito.
Mão de obra	Escassa. Dependia do tráfico negreiro, prisão de índios ou reprodução.	Descartável. Um grande contingente de trabalhadores desempregados. Um homem foi levado por um “gato” por R\$ 150,00 em Eldorado dos Carajás, Sul do Pará.
Relacionamento	Longo Período. A vida inteira de um escravo e até de seus descendentes.	Curto período. Terminado o serviço, não é mais necessário prover o sustento.
Diferenças étnicas	Relevantes para a escravização.	Pouco relevantes. Qualquer pessoa pobre e miserável são os que se tornam escravos, independente da cor da pele.

²¹ SAKAMOTO, Leonardo. **Trabalho escravo contemporâneo no Brasil no século XXI**. Brasília, OIT, 2006. p.34.

Manutenção da ordem	Ameaças, violência psicológica, coerção física, punições exemplares e até assassinatos.	Ameaças, violência psicológica, coerção física, punições exemplares e até assassinatos.
---------------------	---	---

Fonte: Leonardo Sakamoto

Jairo Lins de Albuquerque Sento Sé conceitua o trabalho escravo contemporâneo²², na zona rural:

“Como sendo aquele em que o empregador sujeita o empregado a condições de trabalho degradantes, inclusive quanto ao meio ambiente em que irá realizar a sua atividade laboral, submetendo-o, em geral, a constrangimento físico e moral, que vai desde a deformação do seu consentimento ao celebrar o vínculo empregatício, passando pela proibição imposta ao obreiro de resilir o vínculo quando bem entender, tudo motivado pelo interesse mesquinho de ampliar os lucros à custa da exploração do trabalhador”.

Faz se necessária a consideração de que o trabalho escravo ou trabalho forçado conforme definido pela OIT²³ constitui uma forma de trabalho degradante. Porém nem todo o trabalho degradante é trabalho escravo ou forçado, sendo a sua diferenciação baseada na restrição ou não da liberdade.

A Convenção de n° 29 da OIT²⁴, ratificado pelo Brasil em 1957, define como trabalho forçado: “todo o trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob ameaça de sanção ou para o qual ela não tiver se oferecido voluntariamente”. Assim complementa a Convenção n° 105²⁵, ratificada pelo Brasil em 1965, a qual dispõe que: “o trabalho forçado jamais poderá ser utilizado para fins de desenvolvimento econômico ou como um instrumento de educação política, de discriminação, de disciplinamento através do trabalho ou como punição por participar de greve”.

De acordo com essas convenções, o trabalho forçado não pode ser simplesmente equiparado a baixos salários ou a más condições de trabalho, mas inclui também uma situação de cerceamento da liberdade dos trabalhadores, assim exposto no livro da OIT²⁶.

²² SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. Trabalho Escravo no Brasil. São Paulo, LTR, 2001. p.27

²³ OIT. Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo no Brasil, Brasília, 2011. p.25.

²⁴ Convenção n° 29 sobre trabalho forçado ou obrigatório. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/conv_29.pdf>. Acesso em: 29/04/2014.

²⁵ Convenção n° 105 sobre a abolição do trabalho escravo. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/conv_105.pdf>. Acesso em: 29/04/2014.

²⁶ OIT. Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo no Brasil, Brasília, 2011. p.26.

A escravidão colonial começou a desandar, a partir de um importante fato histórico ocorrido no séc. XVIII, que foi a revolução industrial na Europa. Essa revolução ocorreu devido à mecanização dos sistemas de produção que começaram a modificar as relações de trabalho, provocando o deslocamento da mão de obra trabalhadora da zona rural para a zona urbana. A revolução industrial conviveu com ideias e pensamentos que pregavam a liberdade, igualdade e fraternidade e a partir do séc. XIX, o mundo inteiro passou a vislumbrar essas ideias iniciadas na Inglaterra e que começaram a se dissipar por todos os continentes.

Através desse acontecimento, a Europa começou a difundir para a América as novas ideias abolicionistas. A elite intelectual da época passou a espalhar tais pensamentos, culminando com a abolição da escravatura em diversos países americanos. No Brasil, devido às pressões sofridas, surgiram leis para apaziguar a situação, tais como a Lei do Ventre Livre, em 1871, e a Lei dos Sexagenários, em 1885. Entretanto, só em 13 de maio de 1888 foi decretada a abolição da escravidão no Brasil, por meio da Lei Áurea, assinada pela Princesa Isabel, devido à pressão interna e externa para que ocorresse o fim da escravidão. A partir desse momento o negro deixou de ser propriedade de outro homem e teve proclamada a sua liberdade, “recuperando” os direitos que lhe haviam sido violados.

A partir desse momento, os negros passaram a exercer o trabalho assalariado, contudo, a verdadeira liberdade não aconteceu. Tendo em vista que os negros eram adaptados à vida de escravo, nunca decidiram nada por si e ao conseguirem a sua liberdade não tiveram e nem souberam para onde ir, pois não sabiam desempenhar função diferente daquela que faziam na fazenda e sofrendo preconceito, muitos deles voltaram ao seu antigo proprietário e precisaram implorar por moradia e comida. Diante disso, a liberdade ficou restrita somente à lei, visto que o negro ainda era visto como um ser inferior. Assim, afirma Katia Matoso²⁷:

“Ser libertado não é, pois, ser livre imediatamente; (...) O comportamento dos libertos continua a ser o mesmo do seu irmão escravo, ele ganha dinheiro, suas atitudes se assemelham, na medida do possível, às dos senhores, especialmente face aos próprios escravos. Mas ele continuará a dever obediência, humildade e fidelidade aos poderosos.”

Partindo dessa premissa, verifica-se que o negro escravo assemelha-se ao escravo contemporâneo, na medida em que os trabalhadores também precisam voltar ao seu empregador, pois quando libertos da exploração, voltam para a casa e

²⁷ SENTO-SÉ, apud MATOSO. Trabalho Escravo no Brasil. São Paulo, LTR, 2001. p.40

continuam na miséria. Sendo assim, precisam desesperadamente de sustento para a família e sem chances de progredir na vida, colocam-se novamente na situação de escravo. O desprezo e a indiferença pelos escravos coloniais também continuam a ocorrer com os escravos contemporâneos, visto que a sociedade prefere camuflar a situação.

Figura 1- Ciclo vicioso do trabalho escravo



Fonte: SINAIT, 2012²⁸

2.2 Perfil das vítimas

Nessa parte do trabalho serão utilizadas informações de 121 trabalhadores resgatados em condições análogas a de escravo, bem como observações do banco de dados do Ministério do Trabalho e Emprego²⁹. Deve-se observar que embora apresente informações relevantes para o estudo, não se tem uma amostra estatisticamente representativa, sendo assim, não se pode dar uma generalização aos grupos de trabalhadores.

²⁸ ARAÚJO, apud SINAIT. A vida longa do trabalho escravo na Bahia: uma análise das ferramentas para erradicação.2013.

²⁹ OIT. Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo no Brasil, Brasília, 2011. p.56.

As vítimas do trabalho escravo no Brasil, segundo pesquisa realizada pela OIT em 2011³⁰, são em sua maioria homens, jovens na faixa dos 30 anos de idade, de raça predominantemente negra, com renda média individual de pouco mais de um salário mínimo, sendo que a renda familiar é de até três salários mínimos para 75% das famílias. Em 40% dos casos o entrevistado é o único responsável pela renda da família.

São em sua maioria analfabetos ou analfabetos funcionais, nascidos no Norte e Nordeste do país, o qual geralmente leva o seu sustento do trabalho rural, seja na lavoura ou na atividade agropecuária, tendo apenas o necessário para a sua subsistência. Esse homem não tem qualificação profissional, sabendo apenas desempenhar o trabalho braçal e envolvido nessa situação de miserabilidade e falta de oportunidade, acaba obrigado a aceitar qualquer proposta de emprego que venha a beneficiar a sua família e que lhe dê alguma expectativa de mudar de vida.

Diante dessa situação, é convencido a ir trabalhar em fazendas distantes da sua terra natal, iludido com a oferta de grandes salários. Assim, os recrutadores de trabalhadores mais conhecidos como “gatos”, os quais não passam de prepostos dos proprietários rurais, chegam aos vilarejos, incumbidos de aliciar trabalhadores. Inicialmente eles parecem pessoas de confiança, mostram-se agradáveis, oferecem inclusive um adiantamento pelo trabalho que será prestado numa localidade distante para que a família não fique desamparada nesse período. O trabalhador, diante de uma oferta dessas, prontamente aceita o trabalho oferecido e parte em busca de melhores condições de vida.

Há também os casos dos chamados “peões de trechos” os quais ficam hospedados em pensões e estão em busca de um trabalho para a temporada. Esses homens, normalmente, são viciados em bebidas alcoólicas e gastam tudo aquilo que ganham com mulheres, sendo assim, acabam endividando-se no local, e é nesse momento que aparece o “gato” o qual quita a sua dívida na pensão em troca da sua mão de obra na fazenda. Nesses casos, é mais difícil ainda a localizar o paradeiro desse homem, tendo em vista que o mesmo está distante da família há muito tempo. São os mais vulneráveis, pois são os mais velhos, com idade média de 38,6 anos e têm maior proporção de analfabetos e negros.

³⁰ OIT. Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo no Brasil, Brasília, 2011. p.104

Os trabalhadores, então, são transportados para as fazendas em ônibus de péssima qualidade ou na boleia de caminhões, normalmente vão por estradas de terra para fugir da fiscalização e ao chegarem ao local de trabalho, deparam-se com uma situação bem diferente daquela almejada. É informado que o transporte, o adiantamento recebido, a alimentação e seus equipamentos de trabalho serão por sua conta, sendo descontados de seu salário, tudo isso devidamente registrado no “caderno” do gato. Além do mais, o preço cobrado pela alimentação e utensílios é muito acima do preço do comércio, porém como não há outra “venda”, é então obrigado o empregado a consumir aqueles produtos oferecidos, sendo esse sistema conhecido como “barracão” ou truck-system. Formando posteriormente a escravidão mais utilizada no país, que é a escravidão por dívida.

O trabalhador se quiser abandonar o local de trabalho, é impedido pelo gato sob a alegação de que ele está devendo e deverá honrar o seu compromisso para sair da fazenda, fora o fato de que ele tem os documentos retidos ilegalmente pelo empregador, caracterizando mais um meio de coação para manter o trabalhador no local. Aqueles que ousam reclamar das condições vividas ou tentam fugir, são vítimas de castigos, violências psicológicas, humilhações, surras e até mesmo a morte, nos casos mais severos.

Depois de serem recrutados os trabalhadores, pontua Eudoro Santana³¹:

“(…) têm sua liberdade cerceada, através de mecanismos de sujeição e repressão tão perversos que, como ‘teias de aranha’, facilmente reduzem homens livres e cidadãos à condição de escravos. O processo de recrutamento que na prática assume um caráter de aliciamento, o consequente endividamento compulsório e o uso de um forte esquema repressor exercido por jagunços e pistoleiros, são os principais mecanismos utilizados pela nova escravatura para sujeitar os trabalhadores às condições impostas pelos seus patrões.”

Além disso, laboram em jornadas de trabalho exaustivas, de sol a sol, desgastando ao máximo a capacidade do trabalhador, possuem alimentação de péssima qualidade, consomem água contaminada, a mesma em que os bois se banham, dormem em barracos e lonas de plástico, sem nenhuma estrutura, sem saneamento e até sem banheiro. Ao viver nessas condições degradantes, o homem perde sua característica de “homem de direito” para se tornar apenas uma máquina, um objeto de trabalho. Essa é a dura realidade desses homens que, devido às situações às quais estão expostos acabam adoecendo, tendo seus membros

³¹ SENTO-SÉ, apud SANTANA. Trabalho Escravo no Brasil. São Paulo, LTR, 2001. p.46

mutilados e morrem nos alojamentos sem nenhuma assistência médica. Também ocorrem casos em que os trabalhadores doentes são mandados embora, sem receberem nenhuma garantia nem contraprestação pelo período que laboraram.

Vale ressaltar, que a escravidão contemporânea no Brasil é precedida pelo trabalho infantil³², pois 92,6% dos trabalhadores entrevistados começam a trabalhar por volta dos 11 anos de idade, normalmente no âmbito familiar ajudando na lavoura. Ainda, verifica-se que a maioria dos trabalhadores (59,7%) já passou por situações de trabalho escravo com privação de liberdade e apenas 12,6% foram resgatados pelos Grupos Especiais Móveis de Fiscalização.

Para vislumbrar melhor a situação, vamos expor relatos de alguns homens libertados, fonte livro Leonardo Sakamoto³³:

1) Pedro, de 13 anos de idade, perdeu a conta das vezes em que passou frio, ensopado pelas trovoadas amazônicas, debaixo da tenda de lona amarela que servia como casa durante os dias de semana. Nem bem amanhecia ele engolia café preto engrossado com farinha de mandioca, abraçava a motosserra de 14 quilos e começava a transformar a floresta amazônica em cerca para o gado do patrão. Foi libertado em uma ação do grupo móvel no dia 1 de maio de 2003 em uma fazenda, a oeste do município de Marabá, Sudeste do Pará;

2) Luís deixou sua casa em uma favela na periferia da capital Teresina e foi se aventurar no Sul do Pará para tentar impedir a fome de sua esposa e de seu filho de quatro meses. Logo chegando, trabalhou em uma serraria, que transformava a floresta em tábuas, onde perdeu um dedo da mão quando a lâmina giratória desceu sem aviso. “Deram-me duas caixas de comprimido: uma para desinflamar e outra para tirar a dor, e me mandaram embora”, conta. Segundo Luís, os patrões não queriam ter dor de cabeça com um empregado ferido. Ele foi libertado de uma fazenda no Sul do Pará, em fevereiro de 2004, durante uma ação de um grupo móvel de fiscalização;

3) Carlos, 62 anos, foi encontrado doente na rede de um dos alojamentos de uma fazenda de gado, em Eldorado dos Carajás, e internado às pressas. Tremia havia três dias, não de malária ou de dengue, mas de desnutrição. No hospital, contou que estava sem receber comida três meses, mesmo já tendo finalizado o trabalho quase um mês antes. O gato teria dito que descontaria de seu pagamento as refeições feitas durante esse tempo parado. Foi libertado por um Grupo Móvel de Fiscalização em dezembro de 2001;

4) Mateus, natural do Piauí, relata que “A água parecia suco de abacaxi, de tão suja, grossa e cheia de bichos.” e seus companheiros usavam essa água para beber, lavar roupa e tomar banho. Foi contratado por um gato para fazer “roça de mata virgem” – limpar o caminho para que as motosserras pudessem derrubar a floresta e assim dar lugar ao gado – em uma fazenda na região de Marabá, Sudeste do Pará. Contou ao Grupo Móvel de Fiscalização que, no dia do acerto, não houve pagamento. Ele reclamou da água na frente dos demais e por causa disso foi agredido com uma faca. “Se não tivesse me defendido com a mão, o golpe tinha pegado no pescoço”, conta, mostrando um corte no dedo que lhe tirou a

³² OIT. Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo no Brasil, Brasília, 2011. p.114.

³³ SAKAMOTO, Leonardo. **Trabalho escravo contemporâneo no Brasil no século XXI**. Brasília, OIT, 2006. p.27 á 31.

sensibilidade e o movimento. “Todo mundo viu, mas não pôde fazer nada. Macaco sem rabo não pula de um galho para outro.” Mateus foi instruído pelo gerente da fazenda a não dar queixa na Justiça;

Esses são apenas alguns dos muitos casos de escravidão que ocorrem no país, não é objetivo do trabalho contar as histórias das vítimas, contudo, essas exposições tornam mais compreensível à situação nas quais os trabalhadores estão inseridos. Verifica-se a circunstância de sofrimento e vergonha que esses homens passam desde o momento em que são contratados pelos gatos até a hora de sua libertação. Posteriormente, também o preconceito, o medo e a falta de oportunidade fazem com que ele se cale diante das injustiças.

2.1.3 Perfil dos escravizadores

O escravizador brasileiro caracteriza-se como sendo um grande empresário, proprietário rural ou mesmo um político da região com grande poder econômico e influência na cidade, assim não raro empresas e multinacionais. Esse homem sabe o crime que está cometendo, sabe que está submetendo trabalhadores à escravidão, é um homem qualificado, cercado da melhor assistência jurídica, que utiliza desses meios somente para alavancar seus ganhos econômicos.

Conforme pesquisa da OIT³⁴, os escravizadores são a grande maioria de raça branca, com idade média entre 47 anos, casados, tendo em média 2,7 filhos. A maior parte é nascida na região Sudeste do país e possuem ensino superior completo. Identificam-se como pecuaristas, agricultores, fazendeiros, veterinários e administradores. Também se declaram como gerente, comerciante, consultor e parlamentar.

Declaram que as fazendas foram adquiridas principalmente na primeira metade do século passado, em decorrência do incentivo do governo brasileiro e japonês à migração japonesa para o Brasil e nas últimas décadas do século XX, durante as áreas de ocupação da floresta amazônica e regiões do centro-oeste, em especial no período dos governos militares, como decorrência da política de incentivos e educação. O modo de gerenciamento da propriedade se dá basicamente de duas formas: gestão tradicional orientada pela informalidade (proprietários individuais) e a gestão moderna com administração empresarial e racional (empresas).

³⁴ OIT. Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo no Brasil, Brasília, 2011. p.149.

Esse homem, o verdadeiro patrocinador da escravidão, ele pouco se expõe, inclusive a maioria dos trabalhadores ao serem libertos declaram não conhecer o dono do empreendimento em que trabalham, o seu verdadeiro patrão. O “gato” é colocado na relação direta com o trabalhador, caracterizando-o como um preposto ou “testa de ferro”, que tem como objetivo impedir a identificação do empresário com a relação de emprego e a atividade escrava desempenhada, dessa maneira, é difícil provar o seu envolvimento e logo a responsabilização pelo crime.

Conforme Jairo Lins de Albuquerque Sento-Sé, expõe³⁵:

“(...) o dono da terra celebra um contrato de natureza civil com o suposto empreiteiro para prestação de um determinado serviço de natureza rural (preparação de terra para a próxima estação, plantio de certa área, colheita da safra e etc.) que, por sua vez, contrata um número X de trabalhadores para atender ao que ficou acertado com o proprietário da fazenda. Como no contrato de empreitada pouco importa se o empreiteiro realizará sua obrigação pessoalmente ou através de terceiros, nada impede que ele contrate outras pessoas para cumprir a sua obrigação. Isto não ocorre no contrato individual de emprego que, por excelência, é um contrato intuito personae, quanto à pessoa do empregado. Não é à toa que a pessoalidade é um dos elementos indispensáveis à existência do contrato regido pela norma celetista. Desse modo, buscar-se-ia impedir a fixação de uma relação jurídica de emprego entre o dono da terra, verdadeiro beneficiário, e o trabalhador rural”.

Além disso, quando são “pegos” pela fiscalização os proprietários alegam que se não fossem eles a empregar esses homens, eles morreriam de fome e que são os únicos capazes de propiciar alguma melhora de vida a eles, colocando-se em posição de homens misericordiosos.

Cabe ressaltar que esses fazendeiros geralmente reincidem no crime, não temem a justiça, aproveitando-se da miserabilidade em que se encontra a população da região, submetendo-os à exploração contínua, haja vista que a multa cobrada pela incidência no crime de trabalho escravo é baixa, perto do montante arrecadado na manutenção da escravidão.

Tabela 2- Características das vítimas e dos empregadores³⁶

Sexo	Masculino	Masculino
Cor/Raça	Negros	Branco
Religião	Católica/Evangélica	Predominam os católicos
Naturalidade	Nordeste	Sudeste
Local de residência	Nordeste, Centro-Oeste e Norte	Norte, Nordeste, Centro-Oeste, Sul e Sudeste

³⁵ SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. Trabalho Escravo no Brasil. São Paulo, LTR, 2001. p.54.

³⁶ OIT. Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo no Brasil, Brasília, 2011. p.165.

Convivência Domiciliar	A maioria vive com a família e parte vive só	Moram com familiares
Composição da unidade familiar	4,4 pessoas	4 pessoas
Posição na família	A maioria são filhos, mas também existem pais. Quase metade é Chefe da família.	Pais e chefe de família
Nº médio de filhos	2,4 filhos	2,75 filhos
Nível de escolaridade	Analfabetos 18,3% e Analfabetos Funcionais 45%	A maioria Ensino Superior Completo
Idade média que começou a trabalhar	11,4 anos	-
Formação profissional	Não tem curso a maioria	Administração, Veterinária, Engenheiro Agrônomo.
Ocupação	Assalariado rural temporário sem registro	Pecuarista, fazendeiro, administrador, veterinário...
Experiência anterior com trabalho escravo	59,6% já passaram pela situação. 12,6% foram libertados pelo GEMF	-

Fonte: livro OIT

2.1.3 Escravidão por dívida: tipo de escravidão mais comum no Brasil

A escravidão por dívida se caracteriza como sendo a mais comum no Brasil e acontece da seguinte maneira: o trabalhador, quando chega ao local de trabalho, descobre que está endividado pelo transporte e pelo adiantamento salarial, além do mais é obrigado a comprar os utensílios para o trabalho e seus mantimentos para alimentação. Todo esse valor é anotado pelo “gato” na “venda” da fazenda, como ela é única existente próxima à região, fica o trabalhador obrigado a consumir nesse local.

Além do mais, os valores cobrados pelos utensílios e mantimentos vendidos, são muito acima aos preços de mercado, sendo então superfaturados pelo dono da fazenda, além da manipulação ilegal que é feita no cálculo. Sendo assim, o trabalhador nunca recebe o dinheiro em pecúnia, ao final do mês ele é informado que o seu salário foi descontado através da sua conta na “venda” e que ele não tem nada a receber, sendo que ainda está devendo.

Segundo Neide Esterci,³⁷ “os empregadores para criarem a dívida vale até mesmo fazer constar dos contracheques o uso da água, da energia elétrica, a aquisição de marmitas, talheres e colchões como débitos aos funcionários”.

Assim, o trabalhador muitas vezes analfabeto e sem acesso a esse caderno, fica “preso” na fazenda até quitar as suas dívidas. O que nunca ocorre, haja vista a manipulação feita no cálculo e o superfaturamento dos produtos. O trabalhador pelo medo e pela sua “honra” não abandona o local sem poder pagar o que deve, sendo a dívida um instrumento eficaz para prender o trabalhador na fazenda. Segundo dados da OIT³⁸ em pesquisa realizada, 52% dos trabalhadores afirmaram que não podem sair da fazenda se estiverem devendo, eles utilizaram principalmente argumentos relativos à obrigatoriedade moral e a pagar a dívida.

Essa prática é combatida pelo direito do trabalho, conforme preceitua o art. 7º da Convenção nº 95 da OIT³⁹, que trata do princípio da proteção do salário:

1. Quando em uma empresa forem instaladas lojas para vender mercadorias aos trabalhadores ou serviços a ela ligados e destinados a fazer-lhes fornecimentos, nenhuma pressão poderá ser exercida sobre os trabalhadores interessados para que eles façam uso dessas lojas ou serviços.

2. Quando o acesso a outras lojas ou serviços não for possível, a autoridade competente tomará medidas apropriadas no sentido de obter que as mercadorias sejam fornecidas a preços justos e razoáveis. Além disso, propor que as obras ou serviços estabelecidos pelo empregador não sejam explorados com fins lucrativos, mas sim pelo interesse dos trabalhadores.

O art. 462 § 2º e § 3º da CLT⁴⁰, proíbe expressamente a adoção dessa medida quando utilizada pelo meio da coação ou induzimento ou para ampliar os ganhos do patrão. A Lei 5.889/73 em seu art. 9º⁴¹ também delimita que os descontos só poderão ser de no máximo 20% do salário pela moradia e 25% pelo fornecimento da alimentação pelo empregador.

³⁷ ESTERCI, Neide. *Escravos da Desigualdade: Um estudo sobre o uso repressivo da força de trabalho hoje*. Rio de Janeiro, 2008. p.49.

³⁸ OIT. *Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo no Brasil*, Brasília, 2011. p.37.

³⁹ Convenção nº 29 sobre trabalho forçado ou obrigatório. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/conv_29.pdf>. Acesso em: 29/04/2014.

⁴⁰ Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em 03/05/2014

⁴¹ Lei 5889/73 estatui normas sobre o trabalho rural. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15889.htm>. Acesso em: 04/05/2014.

Por tais motivos, o trabalhador se mantém na fazenda tentando a cada dia superar a sua produção, a fim de findar com a dívida existente, calando a sua revolta contra a exploração e resignando-se à situação de escravo.

3. Escravidão contemporânea: avanços do ordenamento jurídico brasileiro

3.1 O que o ordenamento jurídico brasileiro prevê

O ordenamento jurídico brasileiro proíbe tanto as práticas que remetem à adoção do trabalho escravo como outras práticas que concorram para que o crime aconteça. Podendo ser fixadas sanções tanto de natureza penal, civil e administrativa.

A Constituição Federal de 1988⁴² dentre os seus princípios fundamentais garante a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. O princípio da dignidade da pessoa humana traduz que homem deverá ser respeitado tanto o seu corpo como a sua vontade, ele deverá ser tratado como cidadão e ter seus direitos e deveres observados, sendo assim, ele não deve ser visto como um meio para obtenção de alguma coisa, como no caso do trabalho escravo essa “coisa” é a produção.

Dentre as muitas definições do princípio da dignidade humana, a definição de Kant⁴³, me parece mais apropriada a qual dispõe que:

“O homem não pode ser tratado por outro homem para um meio para obtenção de alguma coisa e sim para uma finalidade, compreende que o ser humano tem valor absoluto e insuscetível de “coisificação””.

Já o princípio dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa visa assegurar os direitos dos indivíduos de receberem condições justas e razoáveis de trabalho para que possam desenvolver da melhor maneira a sua capacidade, tendo a sua integridade física respeitada, pode-se dizer que tem como finalidade alcançar uma igualdade social das classes.

A Constituição Federal, em seu art. 7^o⁴⁴, define os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

⁴² Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04/05/2014.

⁴³ KUMAGAI, Cibele, MARTA, Taís Nader. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830>.

Acesso em: 06/05/2014

Dentre alguns desses direitos destacam-se: a irredutibilidade do salário, salvo disposto em convenção ou acordo coletivo; repouso semanal remunerado; a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário com duração de cento e vinte dias; aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos.

Pode-se perceber a preocupação da CF em garantir ao indivíduo a saúde, a segurança, o descanso e o bem-estar do trabalhador, para que ele possa desempenhar o seu trabalho tranquilo e ciente de que tem os seus direitos e sua integridade respeitada.

Assim define o doutrinador Alexandre de Moraes (2003, p. 43)⁴⁵,

“os Direitos Sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória num Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social”.

No código penal, temos a tipificação do crime de redução à condição análoga à de escravo, em seu Art. 149 CP⁴⁶: “Reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou à jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§1º Nas mesmas penas incorre quem: I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§2º “A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I - contra criança ou adolescente; II - por meio de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem”.

⁴⁴ Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04/05/2014.

⁴⁵ RAMOS, Elisa Maria Rudge. Disponível em: < <http://www.direitosociais.org.br/article/os-direitos-sociais-direitos-humanos-e-fundamentais/>>. Acesso em: 07/05/2014.

⁴⁶ Código Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 06/05/2014

Sendo esse crime também conhecido como crime de sujeição ou plágio. Pois, segundo Magalhães Noronha⁴⁷

“(...) distinguem-se três espécies de plágio: o político (alistar pessoa no exército de outra nação), o literário (usurpação da obra de outrem) e o civil (apossamento de homem livre ou servo, com ânimo de lucro)”.

Nesse caso, seguindo essa linha de pensamento o crime de plágio nesse caso seria civil, o qual caracteriza o aposamento de homem livre com ânimo de lucro.

O crime de redução à condição análoga à de escravo, embora falte clareza do legislador para definir tal conduta, pode-se explicar como sendo a submissão absoluta de uma pessoa em relação à outra, sendo que essa submissão segundo o artigo poderá ocorrer por qualquer um dos vícios de consentimento como, por exemplo, a violência e ameaça ou até mesmo com o consentimento da vítima que não se enxerga na condição de “escravo”.

Assim afirma Ela Wiecko de Castilho⁴⁸:

“A ação típica consiste em privar de liberdade a vítima em tal extensão que ela fique totalmente submetida ao poder de outrem, reduzindo-a a condição semelhante à de escravo. Ou seja, ocorre uma despersonalização do sujeito passivo, que é tratado como coisa”.

Essa característica na qual a vítima não se enxerga como sendo escrava, é muito recorrente no Brasil, tendo em vista que a população de baixa renda desconhece o que é o trabalho escravo, tem uma percepção ultrapassada de que o escravo é o negro acorrentado assim como era no Brasil colonial, percebe que “algo está errado” muitas vezes apenas no momento da libertação, quando reconhece os direitos trabalhistas e humanos a que tem direito.

Em virtude disso, a doutrina também afirma⁴⁹ que não importa se houve ou não o consentimento por parte da vítima, tendo em vista que a liberdade humana não é passível de disposição, sendo assim, não se exclui a prática do crime. O consentimento da vítima acontece devido à impossibilidade de resistir aos poderosos empregadores, pois sabem que sofreram graves consequências caso venham a se opor e também pelo fato de verem o empregador como um “pai”, sendo ele é o responsável pela sua sobrevivência.

⁴⁷ SENTO-SÉ, apud NORONHA. Trabalho Escravo no Brasil. São Paulo, LTR, 2001. p.86

⁴⁸ SENTO-SÉ, apud CASTILHO. Trabalho Escravo no Brasil. São Paulo, LTR, 2001. p.88

⁴⁹ SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. Trabalho Escravo no Brasil. São Paulo, LTR, 2001. p.88

Assim também aderem a esse posicionamento Damásio de Jesus, Júlio Mirabete e o magistrado Flávio Augusto Monteiro de Barros que se posiciona da seguinte maneira⁵⁰:

“(...) A liberdade integra os direitos personalíssimos, sendo inalienável, o consentimento do ofendido não exclui o delito. O interesse público ou social de combater qualquer fenômeno semelhante à escravidão justifica, por si só, a indisponibilidade do bem jurídico.”

Há relatos de vítimas⁵¹ que foram encontradas em situações degradantes e de extrema miserabilidade, dormindo junto aos bichos no curral e que não vislumbravam o patrão como alguém explorador, acreditavam que ele fazia tudo por eles. Em diversos casos, cria-se um afeto pelo escravizador, pois as pessoas escravizadas estão tão carentes de tudo, que creem que aquele homem que as acolheu não está se aproveitando das suas fraquezas e sim lhe oferecendo aquilo que pode para “ajudá-los”. Pode perceber-se também que no caso das vítimas que ficam indignadas com a situação vivida, não colocam a “culpa” propriamente no seu empregador.

Nota-se a difícil missão de enquadrar o empregador que faz uso do trabalho escravo, haja vista que legislação não expressa de forma clara a caracterização do crime e também pelo fato de não raro não se terem provas “visíveis” dessa escravidão como, por exemplo, marcas de violência física, que se relacionem ao empregador nem elementos que possam identificar a conduta dolosa dos agentes, acabam caindo na impunidade.

Assim complementa Jairo Lins de Albuquerque Sento-Sé⁵²:

“O fato é que tal obstáculo enfrentado na prática pelos responsáveis à repressão do trabalho escravo, em face, justamente, da falta de transparência do texto legal”. Isto ocorreu em uma inspeção da Polícia Federal à Fazenda do Vale Grande/ Santa Helena, no Pará, conforme descrito por Alisson Sutton. Naquela oportunidade, por não ter encontrado provas de violência, a polícia registrou “(...) Que lá não existe trabalho escravo quando, na verdade, há trabalhadores imobilizados por meio do uso iníquo dos armazéns da propriedade”.

O mesmo problema é defrontado pelos demais operadores do direito, como juízes, os membros do Ministério Público, e etc. Muitas vezes se veem impossibilitados de imputar aos responsáveis as penas cabíveis, seja por falta de

⁵⁰ SENTO-SÉ apud BARROS. Trabalho Escravo no Brasil. São Paulo, LTR, 2001. p.88.

⁵¹ SAKAMOTO, Leonardo. **Trabalho escravo contemporâneo no Brasil no século XXI**. Brasília, OIT, 2006. p.28

⁵² SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. Trabalho Escravo no Brasil. São Paulo, LTR, 2001. p.89

provas ou porque a situação fática encontrada não fornece elementos suficientes para se identificar a conduta dolosa dos agentes.

Ainda no Código Penal⁵³ temos dois crimes que se relacionam com o assunto, sendo o crime de frustração de direito assegurado por lei trabalhista, previsto no Art. 203 e o crime de aliciamento de trabalhadores de um local para o outro do território nacional, previsto no Art. 207. Nesses dois crimes, verifica-se que há uma conduta de “lesar” o trabalhador, seja por meio de fraude ou violência, obstruindo o seu direito ou mesmo uma cobrança de qualquer quantia do trabalhador antes de iniciado o trabalho e não garantindo o seu retorno ao local de origem.

No crime de frustração de direito assegurado por lei trabalhista, se configura como sendo a restrição do trabalhador a um direito que ele deveria ter em caráter absoluto, acontece muito na zona rural, onde os trabalhadores não conhecem seus direitos, não tem carteira assinada, laboram de acordo com a vontade do empregador, de sol a sol, sujeitos a jornadas exaustivas de trabalho, sem receber horas extras, férias, salário mínimo integral, etc. Ficam à disposição nas fazendas e muitos não têm noção que estão sendo prejudicados pelo empregador.

Já no crime de aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional, tem-se a situação do “gato” que vai aliciar trabalhadores rurais para serviços em fazendas e plantações, prometendo boas condições de trabalho. Nessa hipótese, o crime de aliciamento de trabalhadores de um local para o outro e o crime de redução à condição análoga a de escravo estão diretamente relacionados, pois o aliciamento constitui-se como um meio para alcançar o seu fim que é tornar o trabalhador escravo. O fato de estar em local desconhecido e longe de casa, corrobora para que o trabalhador se submeta a situação imposta.

Contudo, também há situações menos expressivas em que o empregador é contratado diretamente pela unidade produtiva (gerente, fazendeiro ou empresa) e contratados por escritórios de contabilidade a serviço da empresa.

Na CLT, não há previsão expressa contra a prática do trabalho escravo, porém compreende alguns dos princípios citados na CF/88 e, além disso, dispõe que:

⁵³ Código Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 06/05/2014

Art. 462 CLT⁵⁴: ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamento, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

Esse é o princípio da intangibilidade salarial que regula a proteção dos descontos pelo empregador, esse princípio visa dar uma estabilidade ao empregado, sendo assim, é proibida a servidão por dívida. Há algumas exceções em que o desconto pode ser efetuado como, por exemplo, os citados na Súmula 342 do TST.

A súmula 342 do TST⁵⁵ regula o seguinte: Os descontos salariais efetuados pelo empregador, com a autorização prévia e por escrito do empregado, para ser integrado em planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativo-associativa de seus trabalhadores, em seu benefício e de seus dependentes, não afrontam o disposto no art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico.

Além disso, em seu §2º dispõe que é proibido o sistema trucy-system ou “barracão” o qual obriga os empregadores a consumirem na venda ou armazém da empresa/fazenda.

§ 2º É vedado à empresa que mantiver armazém para venda de mercadorias aos empregados ou serviços destinados a proporcionar-lhes prestações in natura exercer qualquer coação ou induzimento no sentido de que os empregados se utilizem do armazém ou dos serviços.

O art. 463⁵⁶ dispõe também que a prestação, em espécie, do salário será paga em moeda corrente no país. Parágrafo único: O pagamento do salário realizado com a inobservância deste artigo considera-se como não feito.

Esse dispositivo afirma que a prestação deve ser paga em pecúnia, ou seja, o empregador não pode pagar o empregado por meio de “vales” para que deles sejam descontados os valores referentes à moradia e alimentação. Ele deverá pagar sempre em dinheiro.

⁵⁴ Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em 03/05/2014

⁵⁵ Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 07/05/2014.

⁵⁶ Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em 03/05/2014

O Brasil ainda promulgou a Convenção n° 29⁵⁷, no Decreto n° 41.721/57 e Convenção n° 105⁵⁸, através do Decreto n° 58.822/66, ambas da OIT comprometendo-se a suprimir o trabalho escravo em todas as suas modalidades. Além delas também promulgou a Convenção Americana de Direitos Humanos⁵⁹, através do Decreto n° 678/92 e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, através do Decreto 4.388/02⁶⁰, que são também instrumentos normativos que coíbem a prática da escravidão e do trabalho forçado.

3.2. Competências para julgar os crimes referentes ao trabalho escravo

A discussão sobre em qual competência deve tramitar o crime do trabalho escravo é antiga, alguns defendem que deve ser a Justiça Federal enquanto outros dizem que é a Justiça do Trabalho. Essa divergência acabava por tornar os processos cada vez mais morosos, pois caso fosse declarado o órgão ao qual estava em andamento o processo como sendo incompetente para o julgamento, deveria encaminhar-se ao outro órgão, o que acarretaria na prescrição de ações penais ocasionando assim a impunidade dos agentes.

Segundo Ela Wiecko V. de Castilho⁶¹, o posicionamento sobre os que defendem que a competência é da justiça federal ou estadual baseia-se em:

“(...) Os que defendem a competência da Justiça Federal afirmam, de modo geral, que o crime de redução à condição análoga à de escravo, previsto no Art. 149 do Cód. Penal, embora inserido no Título I, dos crimes contra pessoa, é também um crime contra a organização do trabalho e, como tal, expressamente incluído na competência federal (art. 109 VI da CF/88). Lembram ainda que condutas anteriores à redução à condição análoga à de escravo, como o aliciamento de trabalhadores ou a frustração de direitos trabalhistas, constituem crimes incluídos no Título IV, referentes à organização do trabalho. Ademais, as situações que caracterizam trabalho escravo ocorrem em detrimento do interesse da União que se obrigou, por tratados internacionais, a reprimir a escravidão e as formas contemporâneas de escravidão, fazendo incidir outra hipótese constitucional expressa (art. 109, IV). Ultimamente a competência federal

⁵⁷ Convenção n° 29 sobre trabalho forçado ou obrigatório. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/conv_29.pdf>. Acesso em: 29/04/2014.

⁵⁸ Convenção n° 105 sobre a abolição do trabalho escravo. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/conv_105.pdf>. Acesso em: 29/04/2014.

⁵⁹ Convenção Americana de Direitos Humanos Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 29/04/2014

⁶⁰ Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 29/04/2014

⁶¹ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. Novas perspectivas para a tese da competência da justiça federal para o crime de trabalho escravo. 2005.

tem sido fundamentada na conexão dos crimes praticados contra os direitos dos trabalhadores com crimes contra a previdência social (sonegação de informações e do pagamento das contribuições). Os que defendem a competência da Justiça Estadual sistematicamente invocam a Súmula 115 do extinto Tribunal Federal de Recursos, incorporada pelo Superior Tribunal de Justiça e chancelada pelo Supremo Tribunal Federal. A Súmula consolida interpretação do art. 125, VI, da Constituição Federal de 1969, transformado em art. 109, VI, da Constituição de 1988. Segundo essa interpretação os crimes qualificados como crimes contra a organização do trabalho na lei infraconstitucional só serão da competência federal se tiverem por objeto a organização geral do trabalho ou direitos dos trabalhadores considerados coletivamente.”

Esses questionamentos foram discutidos em novembro de 2006 pelo STF⁶², que havia decidido pela competência da Justiça Federal, a qual a votação foi de seis votos para a competência da justiça federal contra três votos para a competência da justiça do trabalho. Em fevereiro de 2014, novamente a discussão da competência, está em pauta no STF, o qual será julgado o recurso extraordinário que trata da competência da Justiça Federal para julgar o crime de trabalho análogo ao de escravo. O julgamento do recurso extraordinário foi interrompido em fevereiro de 2010, devido a um pedido de vistas do ministro Joaquim Barbosa. A Procuradoria Geral de República defende a manutenção da Justiça Federal como sendo a competente para o julgamento.

Diante dessa situação, enquanto não houver o julgamento definitivo, devemos considerar a decisão de 1º instância que decidiu pela Justiça Federal como sendo a competente. Sendo assim, a fiscalização do trabalho passa a ser em conjunto com a Polícia Federal, ficando ao seu cargo realizar as libertações dos trabalhadores em situação análogas a de escravo.

4. Principais atuantes no combate ao trabalho escravo

4.1 Comissão Pastoral da Terra

A Comissão Pastoral da Terra foi fundada em junho de 1975⁶³, é uma organização da Igreja Católica que é patrocinada pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), tendo como o objetivo regular a situação dos trabalhadores

⁶² SAKAMOTO, Leonardo. Disponível em: < <http://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2014/02/13/stf-volta-a-discutir-competencia-para-julgar-trabalho-escravo> > Acesso em: 15/04/2014.

⁶³ Comissão Pastoral da Terra. Disponível em: < <http://www.cptnacional.org.br/index.php/quem-somos/-historico> >. Acesso em: 10/05/2014

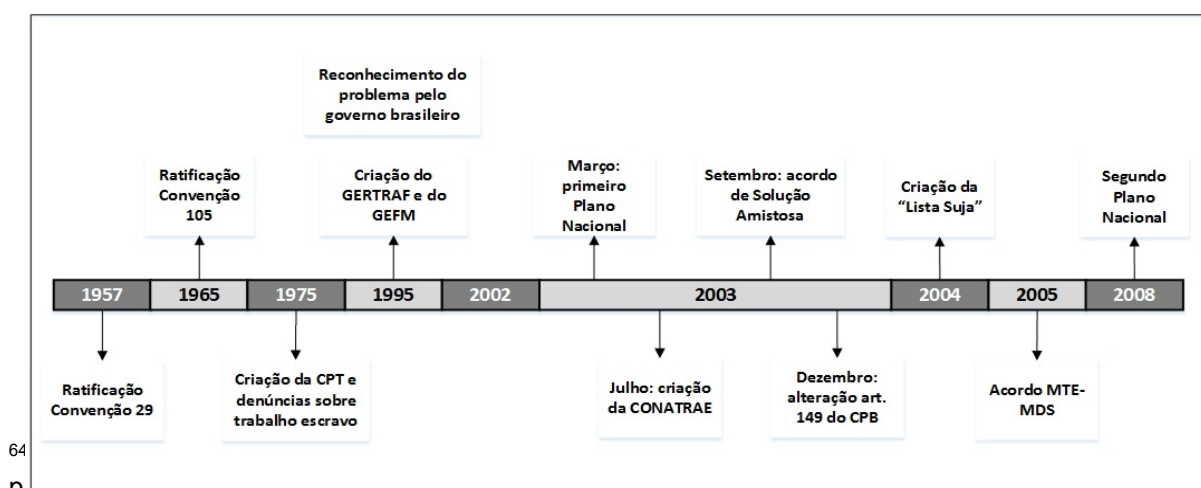
rurais e os conflitos no campo, destaca-se como a precursora no combate à escravidão no Brasil.

Em 1971, ocorreu a primeira denúncia referente ao trabalho escravo no Brasil, pelo o bispo de São Félix do Araguaia Dom Pedro Casaldáliga⁶⁴, a partir desse momento houve uma intensificação de denúncias relacionadas a essa prática e até hoje a Comissão é uma das organizações com maior encaminhamento de denúncias aos órgãos públicos.

Além disso, realiza em parceria com outras fundações projetos de assistência jurídica com as vítimas e instruem os trabalhadores a respeito dos seus direitos como cidadãos. Hoje a CPT se estende há várias regiões do país, se adaptando à problemática de cada local, sempre a serviço da causa dos trabalhadores rurais. Em 1997 criou uma campanha nacional de combate ao trabalho escravo, intitulada como “Olho aberto para não virar escravo”, buscando orientar as vítimas, acompanhar os resgates e prestar assistência quanto a outras pendências relacionadas à libertação.

O governo brasileiro, apesar das denúncias realizadas desde meados dos anos 70, tinha dificuldade em reconhecer a problemática do trabalho escravo no solo brasileiro. Somente em 1995⁶⁵, o então presidente da época Fernando Henrique Cardoso, reconheceu a existência da escravidão e a partir desse momento é que começou a serem criadas estruturas organizacionais voltados ao combate desse crime.

Figura 2: Acontecimentos que marcaram o desenvolvimento da inspeção do trabalho para a erradicação do trabalho análogo ao de escravo no Brasil:



⁶⁴ Portal Ministério do Trabalho e emprego. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A350AC882013543FDF74540AB/retrospec_trab_escravo.pdf>. Acesso em 17/05/2014

Fonte: Boas práticas de inspeção do trabalho no Brasil: A erradicação do trabalho análogo ao de escravo, OIT, 2010⁶⁶

4.2 Planos de Erradicação do Trabalho Escravo

O Plano de Erradicação do Trabalho Escravo surgiu em 2003, sendo elaborado pela Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH)⁶⁷, constituída pela Resolução 05/2002 do CDDPH e que reúne entidades e autoridades nacionais ligadas ao tema. Esse plano demonstra uma política pública permanente dedicada à repressão do trabalho escravo.

O Poder Público se conscientiza que a eliminação do trabalho escravo se faz primordial para o Estado Democrático de Direito, apresentando medidas a serem cumpridas pelos diversos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, Ministério Público e entidades da sociedade civil brasileira.

Segundo Leonardo Sakamoto⁶⁸, em sua análise da situação das metas previstas pelo 1º Plano de Erradicação do Trabalho Escravo, verifica-se que dentre as 76 metas previstas houve o cumprimento de 68,4% delas, pelo período de dois anos após a implementação do plano, considerando-se assim que as metas foram cumpridas parcialmente até o ano de 2005.

Tabela 3- Tipo de Metas

Tipos de metas	Cumpridas	Cumpridas parcialmente	Não cumpridas	Sem avaliação
Ações Gerais	13,30%	46,70%	40%	-
Melhoria na estrutura administrativa do grupo móvel de fiscalização	38,50%	38,50%	7,70%	15,40%

⁶⁶ OIT. Boas práticas de inspeção do trabalho no Brasil: A erradicação do trabalho análogo ao de escravo, OIT, 2010.p.15.

⁶⁷ Portal do Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/trab_escravo/plano-nacional-para-erradicacao-do-trabalho-escravo.htm>. Acesso em: 10/05/2014.

⁶⁸ SAKAMOTO, Leonardo. **Trabalho escravo contemporâneo no Brasil no século XXI**. Brasília, OIT, 2006. p.99.

Melhoria na estrutura administrativa da ação policial	-	50%	42,90%	7,10%
Melhoria da estrutura administrativa do MPF e do MPT	20%	70%	10%	-
Metas específicas de promoção da cidadania e combate à impunidade	26,70%	40%	26,70%	6,70%
Metas específicas de conscientização, capacitação e sensibilização	44,40%	33,30%	22,20%	-
Total geral	22,4% (17)	46% (35)	26,3% (20)	5,3% (4)

Fonte: Leonardo Sakamoto⁶⁹

Conforme a tabela de Leonardo Sakamoto verifica-se que:

“(...) As entidades governamentais e não governamentais merecem o reconhecimento por avançarem na sensibilização e capacitação de atores para o combate ao trabalho escravo e na conscientização de trabalhadores pelos seus direitos, o que pode ser constatado pela porcentagem de metas cumpridas total e parcialmente nessa área: 77,7%. Da mesma forma, houve uma melhoria da fiscalização (38,5% das metas cumpridas totalmente e 38,5% cumpridas parcialmente) e, conseqüentemente, um salto no número de libertados entre 2002 e 2003”.

Porém, mesmo com a conscientização das entidades governamentais e não governamentais, da sociedade e dos trabalhadores da forma que acontece a escravidão e reconhecendo os direitos do cidadão, percebe-se que ainda há dificuldades no que se refere à diminuição da impunidade no Brasil, possivelmente pela falta de clareza na legislação e pena de reclusão ser “pequena” considerando a gravidade do crime, assim, acaba-se condenando o acusado apenas à multa e cestas básicas.

Além disso, foi apontada pelas entidades governamentais a deficiência dos recursos humanos, o que impossibilita cumprir as metas do plano. Recursos esses como a carência de pessoal qualificado para atuar junto à fiscalização, a verba insuficiente e também a ausência de vontade política.

⁶⁹ SAKAMOTO, Leonardo. **Trabalho escravo contemporâneo no Brasil no século XXI**. Brasília, OIT, 2006. p.99.

Em 2008, foi lançado o 2º Plano de Erradicação do Trabalho Escravo, produzido pela CONATRAE⁷⁰ (Comissão Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo), o qual apresenta uma atualização do primeiro plano. Ao fazerem um balanço geral do 1º plano, verificaram as metas que avançaram e as que fracassaram, focando nesse 2º plano na melhoria das áreas que apresentaram o rendimento mais baixo, como as medidas para a diminuição da impunidade e para garantir o emprego e a reforma agrária nas regiões fornecedoras de mão de obra escrava.

Tabela 4- Foco dos 1º e 2º Plano Nacional de Erradicação do Trabalho escravo⁷¹

1o Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo – 2003-2007	2o Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo – 2008-2011
Foco	
Fiscalizar e capacitar	Combater a impunidade, aumentar número de fiscalizações, garantir emprego e reforma agrária
Número de trabalhadores libertados por período	
1995 a 2002: 5.893	2008 a 2010: 11.402 (até dez 2010)
2003 a 2007: 19.927	

Fonte: SEDH, 2008, adaptado 25 agosto de 2011, ESCRAVIDAO CONTEMPORANEA

Segundo o Ministério do Trabalho e Emprego, o maior desafio do 2º Plano de Erradicação do Trabalho Escravo⁷² é a aprovação da PEC 438 (ou PEC do Trabalho Escravo) que prevê a expropriação de terras onde for localizada a exploração desse trabalho, sendo as terras destinadas para a reforma agrária. Essa PEC tramitava no Congresso Nacional há mais de quinze anos, sendo aprovada no Senado nos dois turnos, em 27/05/2014, a PEC segue agora para a promulgação.

Essa vitória reacendeu a esperança da população que há tanto tempo

⁷⁰ Portal do Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/trab_escravo/plano-nacional-para-erradicacao-do-trabalho-escravo.htm>. Acesso em: 10/05/2014

⁷¹ GONÇALVES-DIAS apud SEDH. Escravidão contemporânea e o processo de construção da política para erradicação do trabalho escravo no Brasil, 2011, p.11/12.

⁷² GONÇALVES-DIAS apud OIT. Escravidão contemporânea e o processo de construção da política para erradicação do trabalho escravo no Brasil, 2011, p.12.

aguardava o reconhecimento do governo da necessidade de uma medida mais drástica com os escravocratas.

Percebe-se que apesar dos progressos obtidos com o Plano de Erradicação do Trabalho Escravo, o Brasil ainda necessita de mais condições para que as metas se concretizem em sua plenitude. Conforme o M.T.E, a implementação do plano tem sido lenta e esbarra na carência de verbas, na pressão da bancada ruralista e na incapacidade do governo federal de integrar setores sob sua administração.

Além disso, complementa Plassat⁷³:

“Os problemas incluem o engessamento do planejamento gerando atrasos no atendimento a denúncias, que perdem consistência se não tratadas com urgência; dificuldades operacionais para garantir efetiva participação da Polícia Federal com sua competência de polícia judiciária; e a resistência em algumas superintendências regionais para assumir esse tipo de fiscalização”.

Além do Plano Federal de Erradicação do Trabalho Escravo, o governo do Rio Grande do Sul⁷⁴, instituiu o Plano Estadual de Erradicação do Trabalho Escravo, no dia 28/01/2014, proposto pelo ex-governador Tarso Genro, diante das diversas denúncias existentes de trabalho escravo no Rio Grande do Sul, principalmente na área de extração vegetal, com o objetivo de reforçar a fiscalização.

4.3 Grupos Móveis de Fiscalização

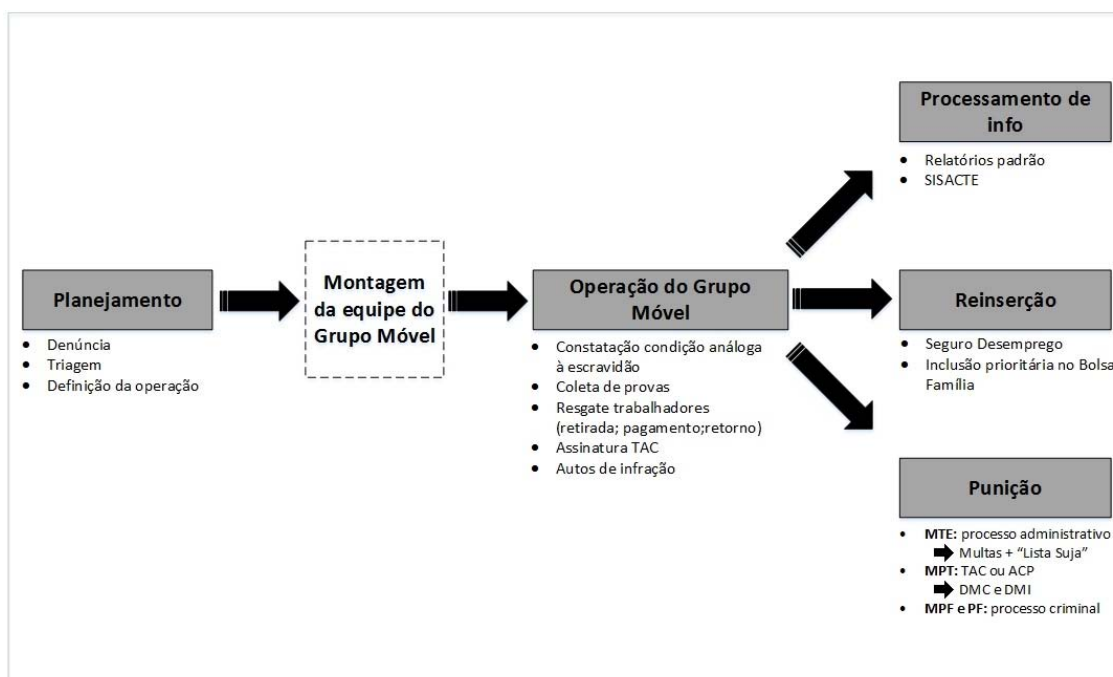
O Grupo Móvel de Fiscalização do Trabalho Escravo foi criado em 1995⁷⁵, tendo como objetivo verificar as denúncias da existência de trabalho escravo em determinadas regiões, o qual se tem mostrado bastante eficiente desde a sua criação. Além de libertar as vítimas e encaminhar para os acertos trabalhistas os quais devem receber, ele também é o responsável por denunciar o empregador pela incidência no crime.

Figura 3: Passo a Passo mais comum da fiscalização

⁷³ GONÇALVES-DIAS apud PLASSAT. *Escravidão contemporânea e o processo de construção da política para erradicação do trabalho escravo no Brasil*, 2011, p.12.

⁷⁴ Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.estado.rs.gov.br/conteudo/22978/estado-lanca-plano-para-erradicacao-do-trabalho-escravo/termosbusca=*>. Acesso em: 15/05/2014

⁷⁵ GONÇALVES, Vera Olímpia. *Dados do grupo especial móvel*. p.67 Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v14n38/v14n38a05>> .Acesso em: 12/05/2014



Fonte: Boas práticas de inspeção do trabalho no Brasil: A erradicação do trabalho análogo ao de escravo, OIT, 2010⁷⁶

Conforme exposto por Leonardo Sakamoto⁷⁷:

“Quando encontram irregularidades, como trabalho escravo, trabalho infantil e superexploração do trabalho aplicam autos de infração que geram multas, além de garantir que os direitos sejam pagos aos empregados. Auditores Fiscais do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), agentes e delegados da Polícia Federal e procuradores do Ministério Público do Trabalho (MPT) integram esses grupos. Hoje, são sete equipes, podendo se desdobrar em 14, que rodam o país e respondem diretamente a Brasília”.

Ainda segundo Ruth Vilella e Rachel Cunha visavam⁷⁸:

“Centralizar o comando para diagnosticar e dimensionar o problema; garantir a padronização dos procedimentos e supervisão direta dos casos fiscalizados; assegurar o sigilo absoluto na apuração das denúncias; deixar a fiscalização local livre de pressões e ameaças”.

As equipes do grupo móvel têm como preceito a seleção criteriosa dos funcionários que irão atuar nas ações, o sigilo total das operações e uma integração entre a Polícia Federal e o Ministério do Trabalho e Emprego. Esses funcionários atuam em qualquer área do país e sabem dos riscos aos quais estão se expondo ao lidarem com os fazendeiros, logo se faz primordial o sigilo das operações para que não haja nenhum vazamento de informação que venha a atrapalhar o processo de

⁷⁶ OIT. Boas práticas de inspeção do trabalho no Brasil: A erradicação do trabalho análogo ao de escravo.2010. p.28.

⁷⁷ SAKAMOTO, Leonardo. **Trabalho escravo contemporâneo no Brasil no século XXI**. Brasília, OIT, 2006. p.54

⁷⁸ MACHADO, apud VILLELLA E CUNHA. Trabalho escravo contemporâneo no Brasil: ações governamentais e a política de combate. Brasília.2013.p.42.

libertação das vítimas, além disso, a integração com a Polícia Federal é importante, pois possibilita uma repressão maior.

Segundo, Silva⁷⁹:

“O Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM) é um dos principais instrumentos de combate ao trabalho análogo ao de escravo no Brasil contemporâneo, principalmente na zona rural, onde essa mazela socioeconômica ocorre com maior frequência, pois sua atuação, além de garantir a libertação das vítimas, ainda possibilita o início dos procedimentos necessários à punição dos responsáveis pelo crime de plágio”.

4.4. Lista “Suja” do Ministério do Trabalho e Emprego

A Lista “Suja” foi formulada no Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, em 2003⁸⁰, com o objetivo de impedir o financiamento público e incentivo fiscal aos proprietários flagrados utilizando mão de obra escrava. Essa lista dá publicidade às fazendas que utilizaram da mão de obra escrava, dessa maneira, ela possibilita que a sociedade tenha uma maior percepção do crime e de quem são os mantenedores dessa chaga. Sendo possível através da ciência de quem são as fazendas, o boicote dos produtos e a promoção da dissolução de parcerias comerciais, levando às fazendas à falência.

Conforme complementa Théo Nascimento⁸¹:

“É importante salientar que os nomes de pessoas físicas e jurídicas só são incluídas no cadastro referido quando é tomada uma decisão final em relação aos autos de infração e notificações lavradas quando da operação dos grupos móveis, dando um parecer sobre a caracterização de trabalho análogo ao escravo nas propriedades fiscalizadas. Além disso, a “lista suja” oferece dados extremamente importantes no combate ao trabalho forçado, e ainda informações que possibilitam estudos acerca das cadeias produtivas contaminadas pela utilização dessa prática, trazendo à tona os produtos finais que chegam para consumo da sociedade, os quais foram fruto de uma exploração indigna de indivíduos”.

Assim, esclarece a Portaria n° 540/2004⁸² que a inclusão do nome do infrator no Cadastro ocorrerá após decisão administrativa final relativa ao auto de infração

⁷⁹ SILVA, Marcelo Ribeiro. Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo dilema. Goiânia. 2010. p.166.

⁸⁰ Portal do Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/legislacao/portaria-n-1-234-de-17-11-2003.htm>>. Acesso em: 11/05/2014.

⁸¹ NASCIMENTO, Théo. A Longa vida do trabalho escravo na Bahia: uma análise das ferramentas para erradicação. Salvador.2013.p.57

⁸² Portaria 540/2004. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BF2B6EE26648F/p_20041015_540.pdf>. Acesso em: 10/05/2014

lavrado em decorrência de ação fiscal em que tenha havido a identificação de trabalhadores submetidos a condições análogas à de escravo. Sendo que dessa decisão é assegurado o direito contraditório e a ampla defesa.

Sendo determinado que a Fiscalização do Trabalho monitore pelo período de dois anos após a inclusão do nome do infrator no Cadastro para verificação da regularidade das condições de trabalho. Não havendo reincidência, e quitada às obrigações, tais como multas e os débitos trabalhistas, o seu nome será então excluído da lista.

Esse cadastro é repassado a diversos órgãos como as finalidades de ajudar na erradicação da escravidão, dentre eles estão: Ministério do Meio Ambiente; Ministério do Desenvolvimento Agrário; Ministério da Integração Nacional; Ministério da Fazenda; Ministério Público do Trabalho; Ministério Público Federal; Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; Banco Central do Brasil; Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES; Banco do Brasil S/A; XI - Caixa Econômica Federal; Banco da Amazônia S/A; e Banco do Nordeste do Brasil S/A.

A Portaria nº 540/2004 foi complementada pela Portaria 1.150 do Ministério da Integração Nacional⁸³ que prevê que as instituições financeiras serão recomendadas a não fornecerem créditos bancários àqueles empresários que constem da lista suja do trabalho escravo. Essa medida foi de suma importância, para dificultar os negócios dos escravizadores, pois sem dinheiro os negócios acabam inviabilizados.

4.5. Emenda Constitucional nº 438

A Emenda Constitucional nº 438 ou PEC do trabalho escravo como é mais conhecida, foi apresentada em 1999, pelo ex-senador Ademir Andrade, sob o nº 57/1999⁸⁴. Propõe a nova redação do Art. 243 CF em que estende desapropriação da terra, sem indenização, onde for encontrada incidência da prática de trabalho escravo. O confisco da terra em que ocorre a escravidão parece ser a forma mais

⁸³ Portaria 1150 do Ministério da Integração Nacional. Disponível em: <http://www.mi.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=b9f0a700-687a-47e3-9c1c-4d418f9e6cf8&groupId=407753>. Acesso em: 10/05/2014

⁸⁴ Emenda Constitucional n/ 438 Disponível em: <<http://www.trabalhoescravo.org.br/conteudo/proposta-de-emenda-constitucional-4382001>>. Acesso em: 08/05/2014

eficaz de erradicar o trabalho escravo no país, tendo em vista que sem a propriedade rural o empregador não mais teria o local para a manutenção da prática.

Conforme consta no Parecer nº 180/2014 do Senado Federal⁸⁵, a emenda dispõe que:

“Determina que as propriedades rurais e urbanas de qualquer região do país onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º”.

Além disso, determina no parágrafo único que todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo serão confiscados e reverterá a fundo especial com a destinação específica, na forma da lei.

Segundo Leonardo Sakamoto⁸⁶:

“a reforma agrária é considerada por entidades da sociedade civil como um dos mais importantes instrumentos de prevenção ao trabalho escravo. Apesar disso, o orçamento destinado a ela é pequeno e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), órgão responsável pela demarcação de terras enfrenta dificuldades operacionais. Há muitas fazendas baseadas em documentos de propriedade fraudulentos que não são destinadas à reforma agrária por falta de infraestrutura e de servidores para investigar a situação”.

A PEC foi aprovada pelo Senado Federal em dois turnos em 27/05/2014, agora a PEC segue para a promulgação, representando uma vitória na luta contra a erradicação da escravidão. Contudo, a definição do trabalho escravo ainda depende de regulamentação, tendo em vista que foi aprovada subemenda que incluiu a expressão na “forma da lei” na PEC.

Há ainda o Projeto de Lei 432/2013⁸⁷, tramitando no Senado, sendo relatado pelo senador Romero Jucá, o qual define o conceito de Trabalho Escravo e minimiza os riscos de não haver uma base jurídica sobre o assunto, a intenção era aprová-lo junto com a PEC do Trabalho Escravo. Esse projeto de lei complementar, conforme disposto na ementa:

“Define trabalho escravo; estabelece que o mero descumprimento da legislação trabalhista não caracteriza trabalho escravo; determina que

⁸⁵ Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=105791&p_sort=DESC&p_sort2=A&p_a=0&cmd=sort>. Acesso em 09/05/2014.

⁸⁶ SAKAMOTO, Leonardo. **Trabalho escravo contemporâneo no Brasil no século XXI**. Brasília, OIT, 2006. p.108

⁸⁷ Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114895> Acesso em: 30/05/2014

todo e qualquer bem de valor econômico – apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou da exploração de trabalho escravo – seja confiscado e revertido ao Fundo Especial de Prevenção e Combate ao Trabalho Escravo e ao Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Drogas Afins – FUNPRESTIE; estabelece que os imóveis rurais e urbanos que, devido às suas especificidades, não forem passíveis de destinação à reforma agrária e a programas de habitação popular, poderão ser vendidos e os valores decorrentes da venda deverão ser remetidos ao FUNPRESTIE; determina que nas hipóteses de exploração de trabalho em propriedades pertencentes à União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, ou em propriedades pertencentes às empresas públicas ou à sociedade de economia mista, a responsabilidade penal será atribuída ao respectivo gestor; estabelece que a ação expropriatória de imóveis rurais e urbanos em que forem localizadas a exploração de trabalho escravo observará a lei processual civil, bem como a necessidade de trânsito em julgado de sentença penal condenatória contra o proprietário que explorar diretamente o trabalho escravo; elenca as finalidades e as fontes de recursos do FUNPRESTIE.”

Assim, a PEC do Trabalho Escravo deverá ser um dos meios mais eficientes para a prevenção da escravidão, promovendo a reforma agrária e dando a função social à propriedade tão emergencial no país. Nessa perspectiva, acredita-se buscar uma solução para dois problemas em uma só política pública.

5. Considerações Finais

O trabalho escravo no Brasil, conforme exposto no desenrolar da pesquisa, é decorrente da desigualdade social existente no país, da desqualificação profissional, da miserabilidade na qual se encontram as vítimas, do analfabetismo, além da desinformação das vítimas quanto aos seus direitos como cidadão.

Foi definido como o objetivo principal do trabalho, fazer um estudo do trabalho escravo contemporâneo rural no Brasil e identificar as semelhanças e diferenças do escravo colonial para o escravo atual, qual o perfil das vítimas e dos empregadores.

Verifica-se que as principais semelhanças entre os escravos coloniais e contemporâneos são de que a maioria se encontra no meio rural e que os meios de coação como a violência e a ameaça se fazem presente para a manutenção dessa escravidão até os dias atuais, embora não haja mais correntes, a vítima da escravidão contemporânea permanece “amarrada” na fazenda, seja pela dívida, pelo medo, pela vigilância ou pela distância territorial. As vítimas são pessoas de origem humilde, as quais necessitam aceitar qualquer trabalho para sobreviver, não tem estudo e nem discernimento dos direitos a que fazem jus. Os empregadores são

altamente instruídos, aproveitam-se da miserabilidade em que se encontram esses homens para torná-los escravos, burlando a lei e reincidindo no crime.

Diante da situação de escassez na qual vivem os trabalhadores, os “contratantes” da mão de obra escrava aproveitam-se da necessidade da vítima para transformarem o cidadão livre em uma máquina de trabalho, visando ao lucro cada vez maior, o qual para ser gerado não importa que uma pessoa seja condicionada a situações degradantes, humilhantes, tenha sua liberdade e sua dignidade e demais valores desrespeitados. Percebe-se que os empregadores não se sentem ameaçados pela legislação atual, tendo em vista que a reincidência na prática do crime de redução a condição análoga a de escravo é frequente no Brasil.

Embora, nos últimos anos tenham ocorrido avanços no que se refere ao controle e fiscalização do trabalho escravo, a pena dada ao escravizador deve ser aumentada, para que o número de condenações a essa prática torne-se maior, para que assim possa-se enquadrar o criminoso na pena de reclusão, não ficando apenas restrito a multas e a cestas básicas.

Acredito que, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 438, representará uma barreira ao escravizador, pois através dela haverá uma dificuldade de reinserção na prática, em virtude de não possuir mais a terra ou imóvel para dar continuidade ao crime. Essa medida certamente quando entrar em vigência será um divisor de águas no combate à escravidão.

Ademais, quanto aos planos que já estão em prática como o Plano de Erradicação ao Trabalho escravo, o Grupo Móvel de Fiscalização e a Lista Suja do Ministério do Trabalho e Emprego, deve-se aperfeiçoá-los cada vez mais, destinando aos programas verba superior a recebida, aumento na contratação de profissionais capacitados na área, além de promover a conscientização da população do que caracteriza o trabalho escravo, sendo assim, com o conceito claro pode-se aumentar o número de denúncias.

Se essas medidas foram tomadas, a incidência do trabalho escravo tenderá a diminuir drasticamente, pois aumentando as condenações criminais e ocorrendo a expropriação, a tendência é os empregadores ficarem receosos e enquadrarem-se dentro da lei.

REFERÊNCIAS

Autor desconhecido. Disponível em:

http://www.suapesquisa.com/historiadobrasil/trabalho_escravos.htm.> Acesso em 10/05/2014

BAZZAN, Felipe Tancini. Trabalho escravo contemporâneo. Ribeirão Preto.2006

CARVALHO, Sérgio, RIPPER, João Roberto. Retrato escravo.OIT,2010

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. Novas perspectivas para a tese da competência da justiça federal para o crime de trabalho escravo. 2005

Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm

Comissão Pastoral da Terra. Disponível em: <

<http://www.cptnacional.org.br/index.php/quem-somos/-historico>>

CONFORTI, Luciana Paula. Disponível em: <

<http://www.trabalhoescravo.org.br/noticia/79>

Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm

Constituição Federal de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Convenção Americana de Direitos Humanos Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>.

Convenção nº 29 sobre trabalho forçado ou obrigatório. Disponível em:

http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/conv_29.pdf

Emenda Constitucional n/ 438 Disponível em: <

<http://www.trabalhoescravo.org.br/conteudo/proposta-de-emenda-constitucional-4382001>>.

Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <

http://www.estado.rs.gov.br/conteudo/22978/estado-lanca-plano-para-erradicacao-do-trabalho-escravo/termosbusca=*>.

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>.

ESTERCI, Neide. Escravos da Desigualdade: Um estudo sobre o uso repressivo da força de trabalho hoje. Rio de Janeiro, 2008

GALLETTA, Ilda Pires. Trabalho escravo no Brasil contemporâneo: Abordagem histórica e alguns pressupostos teóricos.

GONÇALVES, Vera Olímpia. Dados do grupo especial móvel. p.67 Disponível em:

<http://www.scielo.br/pdf/ea/v14n38/v14n38a05>

GONÇALVES-DIAS. Escravidão contemporânea e o processo de construção da política para erradicação do trabalho escravo no Brasil, 2011

KUMAGAI, Cibele, MARTA, Taís Nader. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830>.

Lei 5889/73 estatui normas sobre o trabalho rural. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5889.htm

MACHADO. Trabalho escravo contemporâneo no brasil: ações governamentais e a política de combate. Brasília. 2013

MELLO, Solange Quintão Vaz de. Trabalho escravo no Brasil: A nova face de um antigo dilema. Brasília. 2005

NASCIMENTO, Théo. A Longa vida do trabalho escravo na Bahia: uma análise das ferramentas para erradicação. Salvador. 2013

OIT. Boas práticas de inspeção do trabalho no Brasil: A erradicação do trabalho análogo ao de escravo. 2010

OIT. Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo no Brasil, Brasília, 2011

OLIVEIRA, Jean Souza de. O trabalho escravo contemporâneo no Brasil. Ceará. 2011

PEC do trabalho escravo Disponível em: <http://www.trabalhoescravo.org.br/noticias/>

Portal Ministério do Trabalho e emprego. Disponível em:

<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A350AC882013543FDF74540AB/retrosp ec_trab_escravo.pdf>.

Portaria 1150 do Ministério da Integração Nacional. Disponível em:

http://www.mi.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=b9f0a700-687a-47e3-9c1c-4d418f9e6cf8&groupId=407753

Portaria 540/2004. Disponível em:

<http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BF2B6EE26648F/p_2004_1015_540.pdf>.

Projeto de Lei 3.842/12. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544185>

RAMOS, Elisa Maria Rudge. Disponível em: <

<http://www.direitosociais.org.br/article/os-direitos-sociais-direitos-humanos-e-fundamentai/>>.

REZENDE, Ricardo. O Trabalho escravo contemporâneo por dívida: como se manifestam os acusados?

RODRIGUES, Marta Cristina Langkammer. Política de combate ao trabalho escravo no Brasil: Uma análise dos programas do Ministério do Trabalho e Emprego. Brasília. 2007

SAKAMOTO, Leonardo. Disponível em :<

<http://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2014/02/13/stf-volta-a-discutir-competencia-para-julgar-trabalho-escravo>>

SAKAMOTO, Leonardo. **Trabalho escravo contemporâneo no Brasil no século XXI**. Brasília, OIT, 2006

Senado Federal. Disponível em :

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=105791&p_sort=DESC&p_sort2=A&p_a=0&cmd=sort>.

Senado Federal. Disponível em: <

http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114895>
Acesso em: 30/05/2014

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. Trabalho Escravo no Brasil. São Paulo, LTR, 2001

SILVA, Marcelo Ribeiro. Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo dilema. Goiânia. 2010

VEJA, Revista. Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/pec-do-trabalho-escravo-e-aprovada-no-senado-e-segue-para-promulgacao>> Acesso em: 28/05/2014

Trabalho Escravo. A Liga. Rede Bandeirantes. São Paulo. 16 de agosto de 2011. Programa de TV. Disponível em:< <https://www.youtube.com/watch?v=Gpv--GBz2II>

Trabalho escravo. Disponível em: < <http://www.trabalhoescravo.org.br/noticia/71>>.

Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>

