

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 806

(Ano IX)

(17/06/2017)

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

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589297>

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



16/06/2017 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [Infiltração virtual: alguns breves apontamentos](#)

ARTIGOS

16/06/2017 Érica Izabel da Rocha Costa

» [A prerrogativa de comunicação pessoal dos atos processuais aos membros da advocacia pública](#)

16/06/2017 Douglas Camilo Pereira

» [\(In\)aplicabilidade do princípio do contraditório no inquerito policial](#)

16/06/2017 André Diego de Lima Leite

» [A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e a necessidade de reforma constitucional](#)

16/06/2017 Palloma Kelly Doca Silva

» [Hater e Troll e o dever de indenizar diante dos comentários na rede mundial de computadores](#)

16/06/2017 Raphael Rodrigues Valença de Oliveira

» [O princípio da proteção no Direito Trabalhista brasileiro](#)

16/06/2017 Tarcisio Vieira Gonçalves

» [Da indicação de marca em edital de licitação](#)

16/06/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Reflexões sobre o Recurso Extraordinário nº 788.889 em prol da isonomia em sede de Direitos Trabalhistas: Mínimo Existencial Social e a Licença Adotante](#)

16/06/2017 Gildete Rodrigues de Oliveira

» [Crimes licitatórios: aspectos e aplicabilidade](#)

14/06/2017 Jônitas Matos dos Santos Duarte

» [Adicional de fronteira da Lei 12.855/2013: impossibilidade de atuação do Judiciário diante da mora do Executivo](#)

14/06/2017 Naira Ravena Andrade Araujo

» [Da possibilidade de alteração de registro civil de pessoa transexual, com modificação de nome e sexo, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização](#)

14/06/2017 André Diego de Lima Leite

» [A responsabilidade civil do Estado na omissão](#)

14/06/2017 Jose Villas Boas Neto

» [Tutela jurídica da propriedade](#)

14/06/2017 Vitor Veloso Barros e Santos

» [Análise das licitações e contratos internacionais](#)

14/06/2017 Tauji Christani Ferreira de Toledo

» [União estável e a sucessão do companheiro](#)

14/06/2017 Danielle Lira Pinheiro

» [A visão do Supremo Tribunal Federal sobre a responsabilidade civil do Estado por omissão: responsabilidade subjetiva ou objetiva?](#)

13/06/2017 Vitor Veloso Barros e Santos

» [Contratos Internacionais de comércio e licitações internacionais no Mercosul](#)

13/06/2017 Jônitas Matos dos Santos Duarte

» [A aplicação das Súmulas Vinculantes n. 10 e 37 no caso do reajuste de 13,23% pelo Supremo Tribunal Federal](#)

13/06/2017 Andréia Maria Leitão Gonçalves

» [Desapropriação: Precursora do Desenvolvimento do Brasil](#)

13/06/2017 Artur Barbosa da Silveira

» [Reforma da Previdência, regime previdenciário e direito de opção dos servidores egressos de outros entes da federação: algumas questões em aberto](#)

13/06/2017 Rafael Costa da Luz

» [Crimes contra o Patrimônio](#)

13/06/2017 Jullyanny Nathyara Santos de Araujo

» [O reconhecimento e efeitos jurídicos da multiparentalidade](#)

13/06/2017 Priscila Maia Barreto

» [Análise econômica do Direito Tributário](#)

12/06/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Redimensionamento da Desconsideração da Personalidade Jurídica em prol da preservação do direito à moradia do Bem de Família: Painel à luz do Tribunal Superior do Trabalho](#)

12/06/2017 Paula Oliveira Pereira

» [PEC 67, "Diretas Já" e Princípio da Anualidade Eleitoral: Uma Reflexão Sobre Sua Real Efetividade](#)

12/06/2017 Jerônimo Aparecido Grangeiro Dutra

» [O sistema de precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro após o Código de Processo Civil de 2015](#)

12/06/2017 Cíntia Cristina Zanetoni

» [O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas](#)

12/06/2017 Marcos Aparecido Rodrigues da Silva

» [A guarda compartilhada dos filhos após a separação e suas consequências](#)

12/06/2017 Lucelia Rocha

» [A quebra do monopólio no setor bélico nacional](#)

12/06/2017 Natalia Taciane da Silva Guarnieri

» [Responsabilidade civil do médico e sua equipe no cenário jurídico atual](#)

12/06/2017 Camila Pierobon da Silva

» [O benefício de prestação continuada ao menor: principais requisitos para concessão.](#)

12/06/2017 Amanda Mendes da Silva

» [O trabalho como forma de ressocialização do preso](#)

12/06/2017 vinicius garcia jeronimo

» [A eficácia da aplicabilidade do "toque de acolher" ou "toque de recolher"](#)

INFILTRAÇÃO VIRTUAL: ALGUNS BREVES APONTAMENTOS

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

1-INTRODUÇÃO

Foram criados os artigos 190-A e 190-E na Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), pela Lei 13.441/17. Tais dispositivos regulam a chamada “infiltração policial virtual”, a qual nada mais é do que uma modalidade de infiltração de policiais com a distinção de que não se opera fisicamente, mas virtualmente por meio da internet.

Como bem afirma Castro, o instituto da infiltração policial já era previsto na Lei de Drogas (artigo 53, I, da Lei 11.343/06) e na Lei de Organização Criminosa (artigo 10, da Lei 12.850/13) internamente, bem como no Direito Internacional, havia previsão, ainda antecedente, na “Convenção de Palermo” (ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 5.015/04). [1]

Portanto, a inovação não se encontra na suposta criação de um instituto novo, mas na regulamentação pormenorizada de uma espécie de infiltração policial.

O tema da infiltração virtual já foi bem desenvolvido por Sannini Neto em outro trabalho realizado em coautoria com Higor Vinícius Nogueira Jorge. [2]

Neste texto o intento é abordar algumas questões pontuais sobre esse meio de investigação, completando e revisando o trabalho anterior acima mencionado.

Assim sendo, será revista a questão da subsidiariedade ou “ultima ratio” da infiltração virtual e suas motivações; será tratada a questão do flagrante preparado ou crime de ensaio versus flagrante esperado no contexto da infiltração virtual; finalmente

será estudada a extensão da aplicabilidade dessa forma especial de investigação, especialmente com relação ao crime organizado em geral e ao tráfico de drogas.

Em arremate, o caminho percorrido será descrito com a indicação das conclusões que foram alcançadas.

2-BREVES APONTAMENTOS SOBRE A INFILTRAÇÃO VIRTUAL

2.1-FUNDAMENTOS PARA A SUBSIDIARIEDADE DA INFILTRAÇÃO VIRTUAL

A infiltração virtual somente deve ser adotada, segundo o disposto na lei, nos casos em que ficar comprovado não haver outros meios de coleta de prova disponíveis. Nisso se resume a subsidiariedade ou “ultima ratio” do instituto, tal qual já previsto para a infiltração de agentes nas Leis 11.343/06 e 12.850/13, bem como em outros meios de investigação onerosos à intimidade e à vida privada, tal qual também ocorre com a interceptação telefônica, nos termos da Lei 9296/96.

No trabalho anterior da lavra de Sannini Neto e Higor Vinícius Nogueira Jorge, é exposta a crítica a essa limitação do instituto. Na ocasião foi focada a atenção na motivação de preservação dos policiais infiltrados, que correm sérios riscos com tal procedimento nos moldes da Lei de Organização Criminosa e da Lei de Drogas, sendo esta a razão para a limitação. Ocorre que, realmente, na infiltração virtual, prevista na Lei 13.441/17, esses riscos são bastante abrandados, senão afastados “in totum”, uma vez que não há proximidade física. Eis o que dizem os autores supra mencionados:

A razão para tal determinação na Lei 12.850/13 é óbvia e visa resguardar a integridade dos policiais diante dos riscos intrínsecos ao procedimento. Contudo, parece-nos que a mesma cautela não se faz necessária na *infiltração virtual*, uma vez que a forma como se desenvolve a medida (por meio da internet) não coloca em risco a integridade física do agente infiltrado. Assim, não vemos razão para a exigência de subsidiariedade em relação a esta técnica de investigação, constituindo, tal requisito, um embaraço desnecessário no combate aos crimes em questão.^[3]

Não há como negar que na infiltração meramente virtual inexistem os mesmos riscos físicos que apontam para a preservação da integridade dos policiais, a justificarem a adoção do procedimento investigatório somente em último caso. Acontece que há necessidade de rever tal posicionamento de maneira mais ampla e, inclusive, sob dois ângulos: o ângulo relativo ao próprio policial mesmo, mas de forma mais abrangente, e o ângulo relacionado com os investigados.

Ainda no campo da preservação do policial há que lembrar que a subsidiariedade e “ultima ratio” da infiltração, seja virtual ou física, não se reduz ao aspecto de integridade física dos agentes. Há também, e isso é de alta relevância, o risco de contaminação psíquica, de criação de desequilíbrio emocional e moral, até mesmo com o surgimento de uma crise de identidade pessoal do policial infiltrado. Esse tipo de trabalho, seja virtual, seja presencial, implica riscos não somente físicos, mas sob o aspecto moral do agente. E nesse plano moral e psíquico, não há diferença entre a infiltração virtual ou presencial, de modo que a subsidiariedade de sua utilização foi, na verdade, bem preservada pela Lei 13.441/17.

Em obra especializada sobre o tema das Organizações Criminosas, elaborada em conjunto com Marcius Tadeu Maciel Nahur, já houve manifestação sobre essa questão, a qual é plenamente válida para os casos de infiltração virtual:

A infiltração de agentes deve ser utilizada inclusive somente depois de esgotados todos os meios extremos de investigação, inclusive a interceptação telefônica que também somente pode ser usada quando a prova não puder ser obtida por outros meios (artigo 2º., II, da Lei 9.296/96). Isso considerando o conteúdo ainda mais invasivo desse instituto, pois que consiste inclusive na manutenção de relações pessoais com os investigados, superando a própria interceptação telefônica. Além disso, o meio de prova é muito arriscado para os próprios agentes infiltrados que põem em cheque de maneira extremada suas vidas e até a de terceiros inocentes, dentre os quais seus amigos e familiares. Também não é aconselhável exagerar no uso de agentes infiltrados sob pena de, com o tempo, criar-se uma verdadeira *simbiose* entre o crime organizado e os órgãos persecutórios. Ademais, o risco de perversão e corrupção dos agentes é muito grande quando o

próprio Estado os introduz no mundo do crime organizado com seus ganhos financeiros absurdos, exigindo do agente uma formação moral praticamente sobre-humana, mas, ao mesmo tempo maleável o suficiente para permitir uma atuação dissimulada ao extremo. Parece que essa espécie de personalidade é, no mínimo, rara, senão mesmo impossível de ser encontrada porque implicaria numa espécie de dupla personalidade. Certamente, os mais bem intencionados agentes irão enfrentar com o tempo um conflito psicológico e moral interno com esse tipo de atuação. De qualquer forma uma orientação cabível é não somente a utilização muitíssimo parcimoniosa desse meio investigativo, como também a formação de equipes especializadas para esse desiderato com treinamento especial e apoio psicológico. Além disso, é de suma importância que esses agentes não fiquem muito tempo no exercício dessa espécie de função, seja para que não possam ser facilmente identificados, seja para evitar danos psíquicos a eles e também aquela perigosa simbiose com o submundo do crime, afora o risco de corrupção.^[4]

Esse perigoso fenômeno de contaminação moral, psíquica e emocional do investigador infiltrado não é uma elucubração dos autores deste texto, mas sim algo constatado por especialistas em diversas situações. Bernardin descreve a chamada “dissonância cognitiva”, consistente em “uma contradição entre dois elementos do psiquismo do indivíduo”.^[5] Ressalta o autor sob comentário que se uma pessoa é levada a cometer publicamente (...) ou frequentemente (...) um ato em contradição com seus valores, sua tendência será a de modificar esses valores, para diminuir a tensão que lhe oprime. Em outros termos, se um indivíduo foi aliciado a um certo tipo de comportamento, é muito provável que ele venha a racionalizá-lo.^[6]

Assim sendo, mesmo sob o ponto de vista do policial infiltrado e sua preservação, não se pode reduzir o fundamento da subsidiariedade do instituto à sua integridade física. Importa, e muito, a preservação de sua integridade moral e psíquica que, seja na infiltração virtual, seja na presencial, pode igualmente, ser afetada de

forma muitas vezes definitiva e grave. Por isso, tal forma de investigação somente deve realmente ser adotada em último caso, esgotados os meios ordinários.

Porém, não é somente sob o ponto de vista do policial infiltrado que a subsidiariedade do meio investigativo focado se justifica. Também a motiva o fato de que a infiltração, seja pessoal, seja virtual, implica numa intensa violação da intimidade e da vida privada dos investigados, o que somente pode ser admitido como último recurso. Os direitos e garantias individuais, inclusive dos investigados, não podem ser banalizados.

2.2 –FLAGRANTE PREPARADO OU CRIME DE ENSAIO VERSUS FLAGRANTE ESPERADO

Em qualquer situação de infiltração (virtual ou presencial) há o risco de que o agente infiltrado acabe induzindo pessoas à prática de infrações penais a ensejarem suas prisões em flagrante.

Considerando o fato de que tal situação configura “crime impossível” (artigo 17, CP), sendo de se questionar até mesmo a autenticidade do elemento subjetivo do suposto “criminoso”, a prisão em flagrante é ilícita, não surtindo quaisquer efeitos. Tal entendimento é tranquilo na doutrina e na jurisprudência, havendo, inclusive, a Súmula 145, STF com os seguintes dizeres:

“Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Não diverge o pensamento escoreito de Castro:

Não se admite que o agente provoque o investigado a praticar delito e tome as providências para que não se consume, criando o agente provocador um cenário de crime impossível por ineficácia absoluta do meio empregado (artigo 17 do CP e súmula 145 do STF), sendo insubsistente eventual flagrante preparado.^[7]

Marcão faz referência às nomenclaturas “delito de ensaio, delito putativo por obra do agente provocador, ou crime de experiência”, usando o tradicional escólio de Nelson Hungria. Afirma, com razão, que

no flagrante preparado ou provocado o agente é insidiosamente levado, induzido, instigado por alguém à prática do delito, ao mesmo tempo em que são adotadas providências suficientes para que ele não se consume.^[8]

A conclusão do autor reflete a doutrina e a jurisprudência consolidadas, afirmando que “se há induzimento à prática da conduta para que se dê a prisão em flagrante, a hipótese é de crime impossível por obra do agente provocador, sendo insubsistente o flagrante”. [9]

Portanto, se, por exemplo, o agente infiltrado virtualmente induz outros à prática dos delitos em apuração a fim de obter situação de flagrância, sua atuação é espúria e inválida porque constitui flagrante provocado. Há, neste caso, verdadeiro desvirtuamento da infiltração. O instituto não se presta a provocar ações criminosas, a incentivar a prática delitativa para simplesmente prender alguém, mas sim a apurar crimes perpetrados mediante o discernimento livre de seus autores.

Digamos, por exemplo, que durante dias e dias, um agente infiltrado passe a convencer uma pessoa a armazenar em seus dispositivos informáticos fotos, vídeos ou outros registros de cenas de sexo explícito ou pornografia, envolvendo criança ou adolescente. Imagine-se que nos relatórios e registros de conversas virtuais seja nítido que houve até mesmo certa resistência ou recalcitrância por parte do investigado, o qual, acaba convencido pela insistência do agente infiltrado. Sabendo do armazenamento, tal agente informa seus superiores, os quais obtêm mandado de busca e logram a prisão do suposto infrator (artigo 241 – B, da Lei 8069/90 – ECA). Essa espécie de situação configura um “crime de ensaio” e não pode sustentar legalmente uma prisão em flagrante. Note-se que o próprio elemento subjetivo do suposto autor encontra-se viciado por induzimento e insistência. Trata-se, em verdade, de “criar” um criminoso para promover sua prisão. Isso jamais pode ser admitido.

Situação totalmente diversa, porém, é aquela em que o agente infiltrado virtualmente obtém fotos, vídeos ou outros materiais do investigado e descobre que ele os armazena, informando seus superiores que, mediante as providências devidas, o prendem em flagrante. Nessa situação o autor da infração agiu por conta própria e o agente infiltrado apenas descobriu suas condutas, o que é a sua missão e a finalidade da infiltração virtual. Esse flagrante é o que se denomina de “flagrante esperado”, o qual é reconhecidamente válido, segundo a doutrina e a jurisprudência.

Retomando os ensinamentos de Marcão:

Hipótese das mais comuns nas rotinas policial e forense, o flagrante esperado é aquele em que a polícia ou o terceiro, em razão de investigações preliminares ou informações anônimas, toma conhecimento prévio de que algum delito irá ocorrer em determinado local, dia e hora, e em razão disso adota

providências visando à constatação dos fatos e prisão em flagrante de quem de direito.

No flagrante esperado, o executor da prisão simplesmente aguarda, *espera* o melhor momento para efetuar a captura, sem influenciar, de qualquer forma, no desiderato ilícito e na conduta do autor da infração. Sua intervenção não provoca nem induz o autor do fato delituoso a cometê-lo.

Não há, portanto, qualquer irregularidade ou ilegalidade no flagrante assim realizado.^[10]

Nesses casos a consumação é possível e a conduta do infrator é livre, não importando a atuação prévia da polícia. Conforme Greco Filho:

Se há intervenção policial, ainda que prévia ao início de execução, mas a consumação é em tese possível, o flagrante é meramente esperado, de modo que a interrupção da atividade criminosa é válida, e válido o flagrante.^[11]

Por óbvio, a finalidade da infiltração virtual e, conseqüentemente, do agente infiltrado, não é disseminar práticas criminosas, induzir pessoas a cometer atos ilícitos, mas sim desvendar a existência dessas práticas e ensejar a punição de seus autores, os quais optam, com seu livre arbítrio, pela senda criminosa.

2.3-DELIMITANDO O ALCANCE DE PERMISSIBILIDADE DA INFILTRAÇÃO VIRTUAL

A infiltração de agentes, como visto, não é uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, eis que já prevista nas Leis 11.343/06 e 12.850/13.

A previsão da infiltração virtual pela Lei 13.441/71 nada mais é do que uma regulamentação específica de uma modalidade especial de infiltração.

Num primeiro plano é preciso ter em mente que a infiltração virtual, a exemplo da presencial, não pode ser realizada sem a devida individualização do fato investigado e suas circunstâncias (vide regramento do artigo 190 – A do ECA).

Da mesma forma que a interceptação telefônica, a infiltração virtual não pode ser feita aleatoriamente, o que se chama de “interceptação por prospecção”, sob pena de, igualmente, possibilitar a criação de um “panóptico moderno institucionalizado”, com a monitoração absoluta das pessoas, destruindo o primado da liberdade, intimidade e privacidade.^[12] Portanto, como bem aduz Castro, inviável a “infiltração por prospecção”, sendo ilegítima e ilegal “uma atuação estatal invasiva aleatória”.^[13]

Além disso, a Lei 13.441/17 estabelece um rol de infrações penais para cuja investigação se possibilita a infiltração virtual.

Segundo Moreira, “será possível a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar, *exclusivamente*, os seguintes crimes” (grifo nosso): artigo 154 – A, CP (Invasão de Dispositivo Informático); artigo 217 – A, CP (Estupro de Vulnerável), artigo 218, CP (Indução de menor de 14 anos à satisfação à lascívia de outrem); artigo 218 – A, CP (Prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso na presença de criança ou adolescente para satisfação da lascívia própria ou de outrem); artigo 218 – B, CP (Exploração da prostituição de criança, adolescente ou vulnerável por doença mental); artigo 240, ECA (Produção de cenas de sexo explícito, envolvendo criança ou adolescente); artigo 241, ECA (Comercialização de material pornográfico envolvendo criança ou adolescente); artigo 241 – A, ECA (Divulgação de material pornográfico envolvendo criança ou adolescente); artigo 241 – B, ECA (Posse de material pornográfico envolvendo criança ou adolescente); artigo 241 – C, ECA (Simulação de participação de criança ou adolescente em cena pornográfica) e artigo 241 – D, ECA (Aliciamento de criança por qualquer meio de comunicação com a finalidade de prática de ato libidinoso). [14]

Em um primeiro plano, há que fazer uma distinção entre a “infiltração virtual” e a atuação do investigador na rede em canais abertos, onde as pessoas se relacionam e se expõem livremente. A infiltração somente diz respeito aos casos de acesso a contatos, informações, conversas, trocas de dados etc. que ensejam a quebra de um âmbito de intimidade e/ou privacidade inicialmente preservados pelos investigados e somente disponibilizados pela atuação do policial em atividade de infiltração. Em redes abertas, a atuação investigatória é livre e pode ser aplicada a qualquer infração penal, inclusive independentemente de ordem judicial. A lição de Castro é lapidar:

A inovação principal da infiltração policial eletrônica não está na ocultação da identidade do policial nas redes sociais, porquanto já podia ser feita licitamente para investigar. A criação de perfil falso de usuário (*fake*) continua sendo admitida sem autorização judicial para coleta de dados em fontes abertas. Isso porque, para interagir na internet, o usuário aceita abrir mão de grande parte de sua privacidade. Logo, nada impede que o policial crie usuário falso para colher informações públicas (pois disponibilizadas voluntariamente) como fotos, mensagens, endereço, nomes de amigos e familiares. Inexiste

crime de falsa identidade, porque o tipo penal demanda finalidade de obtenção de vantagem ou causar dano.

Já quanto aos dados alocados na internet de forma restrita, em que o usuário só aceita abrir mão de sua intimidade em razão da confiança depositada no interlocutor, a invasão ou obtenção furtiva das informações pelo órgão investigativo só pode ser feita mediante autorização judicial que permita a infiltração policial eletrônica. Outrossim, a utilidade maior da infiltração policial cibernética reside no uso de identidade fictícia para coletar informações sigilosas (privadas, em relação às quais há expectativa de privacidade) e na penetração em dispositivo informático do criminoso a fim de angariar provas.^[15]

Espraiando-se o crime pelos vastos domínios das redes de comunicação informática e telemática, imprescindível se torna que os meios de investigação dispostos à Polícia Judiciária também se alarguem proporcionalmente.

Já em 1907 o Ministro da Justiça francês assim se exprimia em um relatório ao Presidente da República:

Nenhum progresso tem sido realizado pela justiça nos meios de chegar à descoberta da verdade, quando os criminosos utilizam todos os recursos que lhes dá a rapidez das comunicações para se afastarem do teatro do seu crime ou criarem um álibi. Os seus procedimentos delituosos modificam-se com o progresso da ciência, ao passo que os processos da instrução criminal permanecem estacionários.^[16]

Sendo a assertiva acima verdadeira nos alvares do século XX, torna-se absolutamente evidente e notória neste século XXI, marcado pela globalização das comunicações e pelo uso da informática e telemática como meios preferenciais de comunicação para o bem e para o mal.

Neste cenário, é impossível evitar o questionamento sobre a aplicabilidade da infiltração virtual para investigação de crimes que não estejam no rol restrito estatuído pela Lei 13.441/17.

Júnior Leitão se manifesta pela possibilidade de ampliação da aplicabilidade do instituto, apresentando fundamentos para tanto:

(...) acreditamos que é perfeitamente possível a infiltração virtual de agente policial na internet para que se investigue outros crimes, tais como tráfico de drogas, associação criminosa, lavagem de dinheiro entre outros. Os argumentos são os seguintes:

1. Vigora no direito brasileiro a livre iniciativa probatória, assim, em tema de prova, se não houver vedação expressa, a prova é permitida;

2. A lei não proibiu a infiltração virtual em outros crimes, mas apenas apontou alguns crimes. Embora seja precoce para se falar que se trata de uma lei geral sobre infiltração de agentes na internet, preferimos sustentar que a lei veio a tratar da infiltração nos crimes mencionados;

3. O legislador não restringiu de forma expressa, não cabendo ao intérprete limitar o alcance das previsões no campo probatório. O silêncio eloquente do legislador foi sagaz, pois quando silenciou quando poderia expressamente vedar o alcance em outros crimes, o legislador deixou a via aberta para se estender a interpretação e o alcance;

4. Infrações graves devem merecer o mesmo tratamento processual penal, sob pena de se criar tratamentos distintos injustificados;

5. A criação de previsão legal sobre produção probatória para determinados crimes não implica em dizer que está vedada a mesma produção probatória para outros crimes;

6. Proibição de proteção ineficiente ao aparelho estatal;

7. Proporcionalidade e razoabilidade no alcance da infiltração policial virtual em outros crimes.... [17]

Percebe-se que o entendimento por último exposto entra em choque com o pensamento de Rômulo de Andrade Moreira também já mencionado [18] e com a posição defendida pelo coautor deste texto, Francisco Sannini Neto, em outro trabalho elaborado com Higor Vinícius Nogueira Jorge, onde afirmam:

“Tendo em vista o caráter excepcional do procedimento, entendemos que estamos diante de um rol taxativo de crimes que autorizam esta medida”. [19]

E mais, Sannini Neto e Jorge afirmam que mesmo no caso do rol taxativo previsto pela Lei 13.441/17 a infiltração virtual somente seria cabível em casos mais graves, envolvendo organização criminosa, nos moldes da Lei 12.850/13. [20]

Efetivamente, parece que a Lei 13.441/17 limitou o uso da infiltração virtual aos casos ali elencados. Diverso fosse, não haveria necessidade alguma de arrolar crimes no dispositivo. Além disso, de acordo com o próprio nome do instituto (“infiltração”), realmente se pode supor que este é um procedimento restrito a casos de organização criminosa e não à criminalidade individual ou microcriminalidade.

Não obstante, um aspecto deve ser acrescido: a infiltração virtual será viável, satisfeitas suas formalidades legais, para os crimes previstos na Lei 13.441/17 e para quaisquer outros crimes, bem como para o tráfico de drogas, desde que cometidos em forma de organização criminosa. Isso porque, como já frisado no início deste texto, a “infiltração virtual” não é um instituto novo, mas apenas e tão somente uma *espécie* do *gênero* “infiltração policial” que já vinha previsto na Lei 11.343/06 e na Lei 12.850/13.

Dessa maneira, mesmo antes do advento da Lei 13.441/17, para fins de investigação de tráfico de drogas e organização criminosa, a infiltração virtual já era possível, pois que não passa de modalidade de infiltração, a qual já vinha tratada nos respectivos diplomas legais.

É tradicional o ensinamento de Porfírio de Tiro:

a espécie é contida pelo gênero: o gênero é uma totalidade, e o indivíduo é uma parte, a espécie é simultaneamente todo e parte, mas parte de uma outra coisa, e totalidade não de uma outra coisa, mas em outras coisas: o todo, com efeito, está em suas partes. [21]

E de acordo com Tolezano:

A espécie é a divisão do gênero em zonas menores de multiplicidade por acréscimo de mais característicos do ser, ou seja, por acréscimo de predicados (as chamadas diferenças específicas). Ao seu limite (que se chama ínfima espécie), a espécie é o primeiríssimo grau de abstração e generalização das

coisas individuais, coincidente com a definição. Entre os gêneros supremos, ou seja, as figuras das categorias e as ínfimas espécies, há diversos níveis intermediários de divisão (ou de predicação) das coisas, de sorte que há termos ou conceitos que são gênero quanto aos demais que se sucedem e espécie quanto aos que lhe antecedem. Entre os níveis extremos, gênero e espécie se diferem na medida em que a coleção de indivíduos – ou de substâncias primeiras – abarcada pelo primeiro se divide em espécies e que a coleção de indivíduos abarcada pelo segundo se divide em número. Por exemplo, na ínfima espécie homem, Sócrates, Platão, Xenofante etc. só se diferem quanto a número. Quanto aos níveis intermediários, gênero é o que organiza a espécie e espécie é aquela que é ordenada pelo gênero. *Tudo o que se predica da espécie se predica do gênero e a recíproca não é verdadeira* (grifo nosso). [22]

Ora, se o gênero contém tudo que há na espécie e a espécie não contém tudo que há no gênero, então é defensável afirmar, que aquele que pode fazer uso de um meio investigativo que é o gênero, também pode fazer uso de quaisquer meios investigativos que sejam espécies do primeiro. De acordo com o brocardo, “quem pode o mais, pode o menos” (“*in eo quod plus est semper inest et minus*”). Note-se que as Leis 11.343/06 e 12.850/13 permitem a infiltração presencial que, obviamente, é muito mais invasiva e violadora da intimidade e da vida privada das pessoas, até pelos laços de relacionamento pessoais que serão criados, do que a mera “infiltração virtual”, na qual, muitas vezes, nem sequer se conhece pessoalmente o interlocutor. Basta para isso fazer uma comparação, em nossa vida pessoal, entre nossos amigos reais, cujas casas frequentamos, com os quais saímos e conversamos pessoalmente, com nossos “amigos” de “facebook” ou virtuais. Portanto, não parece restar dúvida de que a infiltração virtual será possível em casos de tráfico de drogas e quaisquer crimes perpetrados em forma de organização criminosa, nos termos das Leis 11.343/06 e 12.850/13, aplicando-se, no que couber, os regramentos dispostos pela Lei 13.441/17.

3-CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho, foi revisto o problema da subsidiariedade ou “ultima ratio” da infiltração virtual e suas motivações, concluindo-se que tal medida restritiva

legalmente imposta se justifica, não pela proteção do agente infiltrado sob o aspecto físico, mas devido às sequelas e consequências psíquicas nefastas que tal procedimento também tem em pé de igualdade com a infiltração presencial. Além disso, foi lembrado que a “ultima ratio” também se impõe em prol do resguardo dos direitos individuais dos investigados no que tange à sua liberdade, intimidade e vida privada.

Foi abordada a problemática do flagrante preparado versus flagrante esperado no contexto da infiltração virtual, considerando-se que o induzimento ou instigação do agente infiltrado desnatura a situação de flagrância e prejudica até mesmo o elemento subjetivo do tipo penal, de modo a configurar crime impossível. No entanto, se a infiltração virtual possibilita a situação de prevenção da polícia para poder prender em flagrante quem já se dispôs, espontânea ou voluntariamente, em suma, livremente, por decisão própria, a uma prática criminal apenas descoberta pelo agente infiltrado, a prisão é válida e configura o chamado “flagrante esperado”.

Em arremate foi estudada a extensão da aplicabilidade dessa forma especial de investigação, especialmente com relação ao crime organizado em geral e ao tráfico de drogas. A conclusão é a de que a “infiltração virtual” não passa de uma *espécie* do *gênero* “infiltração policial”, a qual já era regulada pela Lei de Drogas (Lei 11.343/06) e pela Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). Considerando que o gênero abarca a espécie, entende-se que a “infiltração virtual”, até por ser um “minus” em relação à “infiltração presencial”, é aplicável a todos os casos elencados na Lei 13.441/17 e também para a investigação de crime organizado e tráfico de drogas, pois “quem pode o mais, pode o menos”.

REFERÊNCIAS

BERNARDIN, Pascal. *Maquiavel Pedagogo*. Trad. Alexandre Müller Ribeiro. São Paulo: Cedet, 2013.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos, NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *Criminalidade Organizada & Globalização Desorganizada*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

_____. *Interceptação Telefônica*. 3^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Lei 13.441/17 instituiu a infiltração policial virtual. Disponível em www.conjur.com.br, acesso em 24.05.2017.

CRUET, Jean. *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*. Trad. Francisco Carlos Desideri. 3ª. ed. Leme: Edijur, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JÚNIOR LEITÃO, Joaquim Leitão. A infiltração policial na internet na repressão de crimes contra a dignidade sexual de criança e adolescente e a possibilidade de se estender o instituto da infiltração virtual a outras investigações de crimes diversos. Disponível em www.jus.com.br, acesso em 28.05.2017.

MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A nova lei que permite a infiltração de agentes na investigação criminal. Disponível em www.jusbrasil.com.br, acesso em 28.05.2017.

SANNINI NETO, Francisco, JORGE, Higor Vinícius Nogueira. Infiltração virtual de agentes representa avanço nas técnicas especiais de investigação criminal. Disponível em www.jusbrasil.com.br, acesso em 24.05.2017.

TIRO, PORFÍRIO DE. *Isagoge*. Trad. Bento Silva Santos. São Paulo. Editora Attar Editorial, 2002.

TOLEZANO, Vicente do Prado. Fio condutor de Aristóteles na tábua das categorias. Dissertação de Mestrado. São Paulo : Faculdade São Bento, 2013.

NOTAS:

[1] CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Lei 13.441/17 instituiu a infiltração policial virtual. Disponível em www.conjur.com.br, acesso em 24.05.2017.

[2] SANNINI NETO, Francisco, JORGE, Higor Vinícius Nogueira. Infiltração virtual de agentes representa avanço nas técnicas especiais de investigação criminal. Disponível em www.jusbrasil.com.br, acesso em 24.05.2017.

[3] Op. Cit.

[4] CABETTE, Eduardo Luiz Santos, NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *Criminalidade Organizada e Globalização Desorganizada*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, p. 247 – 248.

[5] BERNARDIN, Pascal. *Maquiavel Pedagogo*. Trad. Alexandre Müller Ribeiro. São Paulo: Cedet, 2013, p. 23.

[6] Op. Cit., p. 24.

[7] CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Op. Cit.

[8] MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 650.

[9] Op. Cit., p. 650.

[10] Op. Cit., p. 652.

[11] GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 305.

[12] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Interceptação Telefônica*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 58.

[13] CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Op. Cit.

[14] MOREIRA, Rômulo de Andrade. A nova lei que permite a infiltração de agentes na investigação criminal. Disponível em www.jusbrasil.com.br, acesso em 28.05.2017.

[15] CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Op. Cit.

[16] CRUET, Jean. *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*. Trad. Francisco Carlos Desideri. 3ª. ed. Leme: Edijur, 2008, p. 159.

[17] JÚNIOR LEITÃO, Joaquim Leitão. A infiltração policial na internet na repressão de crimes contra a dignidade sexual de criança e adolescente e a possibilidade de se estender o instituto da infiltração virtual a outras investigações de crimes diversos. Disponível em www.jus.com.br, acesso em 28.05.2017.

[18] MOREIRA, Rômulo de Andrade. Op. Cit.

[19] SANNINI NETO, Francisco, JORGE, Higor Vinícius Nogueira. Op. Cit.

[20] Op. Cit.

[21] TIRO, PORFÍRIO DE. *Isagoge*. Trad. Bento Silva Santos. São Paulo. Editora Attar Editorial, 2002, p. 45.

[22] TOLEZANO, Vicente do Prado. Fio condutor de Aristóteles na tábua das categorias. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade São Bento, 2013, p. 58.

A PRERROGATIVA DE COMUNICAÇÃO PESSOAL DOS ATOS PROCESSUAIS AOS MEMBROS DA ADVOCACIA PÚBLICA

ÉERICA IZABEL DA ROCHA COSTA: Formada em Direito pela Universidade Paulista - UNIP. Formada em Letras-Português pela Universidade de Brasília - UnB. Analista Processual / MPU/ Direito. Atualmente atua como Assessora jurídica na Procuradoria Regional do Trabalho da 10ª Região.

Resumo: O presente artigo analisa a escorreita forma de intimação e citação pessoal dos representantes judiciais da União, das autarquias e fundações federais, inaugurada com o artigo art. 183, § 1º do Novo Código de Processo Civil, bem como a disciplina legal já realizada pela Lei 11.419/20019, no caso de intimações/citações por meio eletrônico.

Palavras-chave: processo civil. Intimação e citação pessoal dos advogados públicos federais.

1. INTRODUÇÃO

Os membros da Advocacia-geral da União têm constatado o reiterado descumprimento da prerrogativa de intimação e citação pessoal dos Advogados Públicos Federais, prevista art. 183, § 1º, do Código de Processo Civil (CPC).

Tem-se que, atualmente, conta a Fazenda Pública conta com formas específicas de intimação que merecem ser preservadas. As alternativas previstas em lei são, no âmbito de processos físicos, a carga do processo ou sua remessa para a unidade jurídica pelo Poder Judiciário, e, ainda, a intimação por meio eletrônico. Assim, a via do mandado a ser cumprido por oficial de justiça, bem como as eventuais comunicações por e-mail ou por meio da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT não devem ser aceitas, porquanto nulas.

No entanto, há relatos de unidades que têm recebido, com frequência, mandados desacompanhados dos autos e até mesmo intimações por e-mail, de forma que a intimação e, conseqüentemente, a atuação da União nas demandas fica comprometida.

Como os problemas acima citados são recorrentes e atuais, urge a necessidade de debater de forma minudente essa importante prerrogativa de intimação e citação pessoal prevista para a Advocacia Pública do novel diploma legislativo.

2. Da prerrogativa de comunicação pessoal dos atos processuais aos membros da Advocacia Pública

O Código de Processo Civil – CPC/15, em seu art. 183, §1º, estabeleceu que as intimações pessoais da Advocacia Pública serão realizadas por meio de carga ou remessa dos autos físicos ou na forma eletrônica. Confira-se o teor:

Art. 182. Incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta.

Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§ 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

§ 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público.

Além disso, em 29 de julho de 2016, foi publicada a **Lei nº 13.327/2016** que em seu art. 38, inciso I, expressamente reproduz a prerrogativa dos Advogados Públicos de intimação por carga ou remessa dos autos em qualquer processo e grau de jurisdição, assim dispendo:

"Art. 38. São prerrogativas dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo, sem prejuízo daquelas previstas em outras normas:

I - receber intimação pessoalmente, mediante carga ou remessa dos autos, em qualquer processo e grau de jurisdição,

nos feitos em que tiver que officiar, admitido o encaminhamento eletrônico na forma de lei;"

Com feito, infere-se que a intimação por meio de **expedição de mandado, a ser cumprido por oficial de justiça, resta abolida**, sendo que as alternativas previstas em lei são, no âmbito de processos físicos, a **carga** do processo ou sua **remessa** para a unidade jurídica pelo Poder Judiciário, e, ainda, a **intimação por meio eletrônico**. Quanto ao tema, oportuna a lição apresentada na obra Comentários ao Código de Processo Civil, pelos doutrinadores Alexandre Freire e Leonardo Albuquerque Marques, em comentário ao art. 183:

"O CPC extinguiu o prazo em quádruplo para a Fazenda Pública apresentar contestação, estabelecendo um regime de prazos, em dobro, os quais deverão ser contados em dias úteis (art. 219 do CPC), frisando que o termo inicial respectivo será a intimação pessoal (ou citação, que também deverá ser pessoal, conforme art. 242, caput, e § 3º, do CPC), a qual se dá através de carga, remessa ou intimação eletrônica nos termos da Lei n. 11.419/2007 (art. 4º a 7º) e das demais disposições do CPC relativas a tal modalidade de intimação. Como se pode ver, a intimação por mandado (via oficial de justiça) não mais atende a tal finalidade. (...)" (in Comentários ao Código de Processo Civil, org. Lênio Streck e outros, Editora Saraiva, 2016, p. 282.) - grifo nosso.

O que se extrai, assim, é que conta a Fazenda Pública com formas específicas de intimação que merecem ser preservadas, sendo que a via do mandado a ser cumprido por **oficial de justiça**, bem como as eventuais comunicações por **e-mail** ou por meio da **Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT** não devem ser aceitas, porquanto nulas.

Mostra-se, pois, cristalino o **vício** do ato de comunicação processual realizado em desacordo com a prescrição legal prevista no §1º do art. 183 do CPC/15, circunstância que faz incidir a previsão expressa do próprio CPC/15, art. 280, de decretação da **nulidade** da comunicação realizada de modo diverso, confira-se:

"Art. 280. As citações e as intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais"

O presente cenário de nulidade atrai a incidência do art. 4º do CPC/15 a preceituar que *"as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito"*, não se podendo, de outro lado, ignorar que o seu atendimento pressupõe a aplicação do art. 6º do mesmo Código, que impõe que *"todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva"*. Diante de tal comando legal, todos os sujeitos envolvidos no processo devem cooperar, sem que disso resulte prejuízo ao contraditório das entidades representadas pelo Advogados Públicos.

Noutro giro, merece realce que a intimação por carga ou remessa prevista no §1º do art. 183 do CPC/15 não tem só por finalidade viabilizar a ciência dos atos e termos do processo à Fazenda Pública, mas, especialmente, **fornecer a ela conhecimento integral do processo de forma simultânea ao início da contagem dos prazos processuais**. Tal exigência do CPC/15 tem por conteúdo a viabilização de um **contraditório mais qualificado** a ser realizado pela Fazenda Pública, tendo o Legislador com tal regra, buscado a garantia de que o contraditório e a ampla defesa do Poder Público se dará com nível de proteção e inteireza condizente com os elevados interesses coletivos que gravitam ao seu redor.

Aliás, não se pode prejudicar garantias processuais dos Juízes, dos Advogados Públicos ou dos demais sujeitos do processo a pretexto do seu dever de cooperação. Dessa forma, viola os art. 6º do CPC/15 eventuais interpretações de que o deveres de cooperação dos sujeitos do processo e de colaborar com o Poder Judiciário impõem aos membros da AGU a obrigação de admitir forma de intimação que viola o §1º do art. 183 do CPC/15, em patente prejuízo à defesa das entidades federais por eles representadas.

Dessa forma, como já assentado, a intimação por oficial de justiça não atende à finalidade perseguida pelo §1º do art. 183 do CPC/15, não podendo ser reconhecida como válida e deve, pois, ser combatida. Cabe ao Poder Judiciário *"zelar pelo efetivo contraditório"* (art. 7º do CPC/15). Pensar diferente resultaria na **vulneração à garantia ao contraditório e ampla defesa** e à igualdade e à **paridade de armas** com o Ministério Público e com a Defensoria Pública conferida pelo art. 5º, caput e inc. LV, da Constituição Federal - CF, ao exercício da representação judicial previsto no caput

do art. 131 da CF, desaguando em violação direta à tripartição de poderes prevista no art. 2º da CF.

Nesta ordem de ideias, o início do prazo processual sem a entrega dos autos físicos gera prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, especificamente, porque os dias de prazo para a defesa se escoam sem que a íntegra dos autos esteja em sua efetiva carga. Ainda sobre a existência de danos, não há como negar que as entidades assistidas pela Advocacia-Geral da União terão prejuízo com o início do prazo para o exercício de seus direitos e faculdades processuais, uma vez que serão compelidas a formar juízo sobre o conteúdo do ato processual a ser praticado pela entidade representada sem a possibilidade de examinar e cotejar os atos e termos processuais anteriormente praticados pelos demais sujeitos processuais.

Portanto, é possível afirmar que a forma de comunicação - intimação/citação por oficial de justiça - sem a simultânea vista dos atos e termos processuais anteriores gera também simultânea vulneração aos postulados do contraditório e da ampla defesa.

Como cediço, deve ser dado à **Advocacia-Geral da União**, nos termos do CPC/2015, **o mesmo tratamento conferido ao Ministério Público Federal -MPF e à Defensoria Pública da União -DPU**, consoante disposição expressa dos artigos 180 e 186 do CPC:

Art. 180. O Ministério Público gozará de prazo em dobro para manifestar-se nos autos, que terá início a partir de sua intimação pessoal, nos termos do art. 183, § 1º.
(...)

Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§ 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.
(...)

Art. 186. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais. § 1º O

prazo tem início com a intimação pessoal do defensor público, nos termos do art. 183, § 1

Da conjugação dos dispositivos acima, verifica-se que a sistemática será a mesma àquela praticada com o MPF e a DPU em que **não são expedidos mandados**, mas remetidos os próprios autos.

Vale lembrar que em diversos atos normativos foi prevista a **comunicação pessoal** dos atos processuais aos Advogados Públicos Federais, a saber:

Lei Complementar nº 73, de 1993:

“Art. 38. As intimações e notificações são feitas nas pessoas do Advogado da União ou do Procurador da Fazenda Nacional que officie nos respectivos autos.”

Lei nº 9028, de 1995:

“ Art. 6º A intimação de membro da Advocacia-Geral da União, em qualquer caso, será feita pessoalmente.”

Lei nº 11.033, de 2004:

“Art. 20. As intimações e notificações de que tratam os arts. 36 a 38 da Lei Complementar no 73, de 10 de fevereiro de 1993, inclusive aquelas pertinentes a processos administrativos, quando dirigidas a Procuradores da Fazenda Nacional, dar-se-ão pessoalmente mediante a entrega dos autos com vista.”

Código de Processo Civil:

“Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

Quanto ao tema **citação** dos Advogados Públicos Federais, constata-se que, de fato, houve um "silêncio eloquente" do CPC/2015 quanto à vista pessoal por carga ou remessa dos autos na citação dos entes públicos representados por órgãos de advocacia pública; porquanto o termo "intimação" inscrito no art. 183, § 1º tem evidente intenção legislativa de abarcar todas as intimações da Fazenda Pública, inclusive a intimação inicial, a citação, através da qual a parte toma conhecimento da existência de uma demanda contra si ajuizada.

Ainda no âmbito do referido tema, as hipóteses de "intimação" por e-mail, DJe ou qualquer outro procedimento eletrônico que não o realizado no âmbito da intimação pessoal eletrônica disciplinada pelo art. 4º, § 2º da Lei 11.419/2006 é inválido, eis que, em recente Resolução do CNJ, a de nº 234, de 13/07/2016, regulamentadora do CPC/2015, deixou-se claro que a publicação em Diário de Justiça eletrônico não atinge aqueles que possuam a prerrogativa de vista ou intimação pessoal.

"Resolução CNJ nº 234, de 13/07/2016

Institui o Diário de Justiça Eletrônico Nacional (DJEN), a Plataforma de Comunicações Processuais (Domicílio Eletrônico) e a Plataforma de Editais do Poder Judiciário, para os efeitos da Lei 13.105, de 16/03/2015 e dá outras providências"

"Art. Serão objeto de publicação no DJEN:

(...)

II - as intimações destinadas aos advogados nos sistemas de processo judicial eletrônico, cuja ciência não exija vista ou intimação pessoal".

Portanto, a comunicação por correspondência eletrônica (e-mail) não atinge finalidade de citação/intimação, uma vez que o §40, do art. 5º, da Lei nº 11.419, de 2006, lhe confere caráter informativo, não tendo o condão de funcionar como ato de comunicação processual. Para os Advogados Públicos Federais, a comunicação por e-mail não possui o condão de deflagrar o início do prazo processual, uma vez que necessária a remessa/carga dos autos ou sua disponibilização, na íntegra, por meio eletrônico.

De se registrar, por fim, que caso seja constatado que não houve a regular intimação/citação pessoal do membro da Advocacia Pública Federal para ciência do ato processual a ser praticado, impõe-se reconhecer a **nulidade do ato**, inclusive dos atos processuais posteriores. Deve-se reconhecer a contagem do prazo a partir da carga ou da remessa dos autos com a consequente tempestividade do presente ato processual ora praticado.

3. CONCLUSÃO

Após detida análise, verifica-se que a sistemática para intimação e citação dos Advogados públicos Federais é a mesma a ser praticada aos membros do Ministério

Público Federal e da Defensoria Pública da União em que não são expedidos mandados, mas remetidos os próprios autos. Afinal, todos os integrantes das aludidas carreiras jurídicas possuem a mesma prerrogativa de intimação pessoal.

Diante do exposto, conclui-se que a intimação/citação por oficial de justiça sem a simultânea vista dos atos ou intimações realizadas por e-mail, além de contaminarem de nulidade o ato de comunicação processual em razão de sua realização em desacordo com o §1º do art. 183 do CPC/15 e da forma disciplinada pela Lei n. 11.419/2006, também acarretam a simultânea vulneração aos postulados do contraditório e da ampla defesa, não encontrando respaldo no ordenamento jurídico vigente.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: . Acesso em: 10 Junho 2017

Bueno, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado/Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2015

DIDIER JR., Fredie. *Novo Código de Processo Civil de 2015 - Comparativo com o Código de 1973*. Salvador: Juspodivm, 2016.

STRECK, Lenio Luiz / Cunha, Leonardo Carneiro da / Nunes, Dierle. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Editora Saraiva, 2016.

(IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL

DOUGLAS CAMILO PEREIRA: Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (Instituição Toledo de Ensino - ITE). Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário de Araras "Dr. Edmundo Ulson - UNAR".

RESUMO: O presente artigo tem a finalidade de esclarecer sobre a aplicabilidade ou não do princípio do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, devido a promulgação da Constituição da República de 1988. A investigação criminal no Brasil, como regra, não possui contraditório, no entanto, como a Constituição Federal assegura tais garantias aos processos judiciais e administrativos, parcela da doutrina, entende que principalmente o princípio do contraditório deve ser respeitado. Dessa forma, é necessário explicitar as razões pelas quais surgiram tais discussões, com uma ampla abordagem doutrinária, com base nos mais variados constitucionalistas penais, onde apresentam argumentos a favor e contra a possibilidade de exercer o contraditório no inquérito policial.

Palavras-chave: Inquérito policial. Investigação criminal. Contraditório. Devido processo legal. Processualização dos procedimentos.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Inquérito Policial. 2.1 Conceito. 2.2 Natureza Jurídica. 2.3 Características do Inquérito Policial. 3 (In)aplicabilidade do Princípio do Contraditório no Inquérito Policial. 3.1 Devido Processo Legal na Constituição Federal de 1988. 3.2 Do Contraditório no Processo Penal. 3.3 Inquérito Policial e o Princípio do Contraditório. 3.4 Inquérito Policial e o Movimento da Processualização dos Procedimentos. 3.5 Do Direito de Defesa no Inquérito Policial. 4 Considerações Finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O inquérito policial, considerado pela maioria como um procedimento policial administrativo, instituído no Brasil por meio do Decreto n. 4.824, de 22.11.1871, e previsto no Código de Processo Penal Brasileiro como fundamental procedimento investigativo da polícia judiciária brasileira. Ele precede a ação penal, sendo usualmente considerado como pré-processual, com a finalidade de buscar de

elementos de informações acerca da autoria e materialidade de delito, para apresentá-los ao titular da ação penal.

O presente estudo visa aprofundar a análise do inquérito policial sob o prisma constitucional, onde, por meio do movimento chamado “processualização dos procedimentos”, busca aplicar ao inquérito policial os mesmos princípios garantidos para o processo.

Desta forma, faz-se necessário abordar o princípio constitucional do contraditório, bem como suas facetas perante o inquérito conduzido pela autoridade policial.

O tema é amplo e farto para divergências, sendo impositivo salientar que durante todo o estudo a doutrina e jurisprudência foram preponderantes fontes de informação. Não poderia ser de outra a referência, em virtude da época em que o código foi editado.

Por fim, espera-se demonstrar ao leitor as controvérsias acerca do tema explicitado, as quais são discutidas em linguagem simples e direta, possibilitando a plena compreensão do tema enfrentado pelo presente trabalho.

2. INQUÉRITO POLICIAL

2.1. Conceito

Inquérito policial é um procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pela autoridade policial, consistente no conjunto de diligências realizadas com o objetivo de colher elementos de informação quanto à autoria e à materialidade do delito, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

A partir do momento em que um delito é praticado, o Estado começa a desenvolver uma série de medidas com o objetivo de punir o agente. As investigações policiais, iniciadas através do inquérito policial, são o começo dessas atividades.

Nesse contexto, o respeitável doutrinador Aury Lopes Junior entende que o inquérito policial possui uma dupla função:

a) função preservadora, ao evitar que sejam instauradas ações penais temerárias e sem justa causa, ferindo direitos e garantias fundamentais (Scarance Fernandes); e

b) função preparatória, ao colher elementos de informação que forneçam lastro probatório mínimo para que o titular da ação penal possa iniciar a persecução penal em juízo.

2.2. Natureza Jurídica

O inquérito policial é um procedimento de natureza administrativa (é um procedimento administrativo), porque dele não resulta a imposição direta de sanção. Há dois momentos bem distintos no Processo Penal, o das investigações (inquérito policial) e o da ação penal (denúncia ou queixa), ao final da qual será eventualmente imposta a sanção.

Por ser um procedimento administrativo, e não um processo, o contraditório e ampla defesa não são garantidos de modo absoluto tal como ocorre nos procedimentos judiciais. Garantir o contraditório e a ampla defesa na fase investigatória protelaria e tumultuaria sobremaneira a conclusão do procedimento, cujo prazo para conclusão atribuído pelo Código de Processo Penal é exíguo (10 dias no caso de réu preso e 30 dias nos casos de réu solto, conforme art. 10, Código de Processo Penal).

Todavia, vale ressaltar que, excepcionalmente, é possível admitir o contraditório das provas produzidas durante a investigação criminal, tal como ocorre nos casos de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

2.3. Características do Inquérito Policial

O inquérito policial possui diversas características, dentre as principais destaca-se:

a) Escrito: O inquérito policial é uma peça escrita. Tudo é documentado no papel (art. 9º, do Código de Processo Penal);

b) Dispensável: Se o titular da ação penal contar com elementos de informação a partir de peças de informação distintas, poderá dispensar o inquérito

policial. O inquérito policial ainda é hoje o principal instrumento investigatório, mas não é a única fonte de investigação, como demonstra, por exemplo, o art. 39, § 5º, do Código de Processo Penal;

c) Sigiloso: A surpresa é essencial à eficácia das diligências investigatórias. A Constituição Federal determina que a publicidade deve ser observada no processo judicial. O direito de ter acesso às investigações já documentadas nos autos, é dado ao Ministério Público, ao Juiz e ao defensor, ou seja, a eles não se opõe o sigilo. Quanto ao advogado, o art. 5º, LXIII, a Constituição da República prevê a assistência de advogado à pessoa objeto de investigação. E a Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil), em seu art. 7º, XIV (direitos do advogado), permite a análise de autos de inquérito policial;

d) Inquisitorial: Majoritariamente, não é obrigatória a observância do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. Afirmar que o inquérito é inquisitivo é trabalhar com a forma de gestão do procedimento. O inquérito é administrado (gerido) com a concentração de poder em autoridade única.

e) Discricionário: A atividade investigatória, como é inquisitiva, permite que o delegado conduza discricionariamente as investigações, determinando a realização das diligências que lhe pareçam úteis ou necessárias à elucidação do crime e de sua autoria, tal como estabelece o art. 14 do Código de Processo Penal. A discricionariedade do inquérito se caracteriza por uma margem de conveniência e oportunidade na condução da investigação, de forma que a autoridade policial organiza o inquérito dentro da sua estratégia investigativa. Delegado pode negar diligências. Não é um procedimento predeterminado passo a passo. As etapas dependerão do caso concreto.

f) Indispensável: O Delegado não pode arquivar o inquérito. O arquivamento é um procedimento complexo, que passa pelo MP e chega ao Juiz (art. 17, do Código de Processo Penal).

3. (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL

3.1. Devido Processo Legal na Constituição Federal de 1988

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi inserido o artigo 5º, inciso LV, no capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, no qual dispõe que:

Art. 5º, LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Este inciso contempla o devido processo legal, pois, efetivamente, não se pode falar neste se não forem observados os princípios do contraditório e da ampla defesa (TUCCI, 2002, p. 212). Apesar de muitos doutrinadores discutirem que o princípio do contraditório se insere na ampla defesa e outros aduzirem diametralmente o oposto, é necessário entender que ambos os princípios estão interligados, ainda que se trate de conceitos absolutamente distintos. Conhecido como direito de defesa, os princípios do contraditório e da ampla defesa não se resumem a um simples direito de manifestação no processo, isto é, o que o constituinte realmente objetivou foi assegurar a pretensão à tutela jurídica (MIRANDA, 1987, p. 234).

A doutrina moderna, corroborando as mesmas premissas, entende que a garantia mencionada não envolve apenas o direito de manifestação dos atos processuais e o direito à informação sobre o objeto do processo. É necessário também levar em consideração as razões e os argumentos apresentados pelas partes, ou seja, deve o juiz incumbir-se de responder à parte a razão pela qual não acolheu seu pedido. Essa resposta promovida pelo juiz não é apenas garantia do devido processo legal, sendo, portanto, consequência do dever do magistrado de fundamentar suas decisões, conforme estabelece o art. 93, IX, da Constituição Federal (MENDES, 2012, p. 500).

3.2. Do Contraditório no Processo Penal

Antes de adentrar no tema, é necessário entender o conceito de contraditório. Segundo a lição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida (1973, p. 82), o princípio do contraditório é a ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los. Essa audiência bilateral permite a fiscalização recíproca de todos os atos processuais, e não somente à defesa (BRASILEIRO, 2012, p.18).

Em virtude do princípio do contraditório, Fernando da Costa Tourinho Filho (2009) sustenta que a defesa não pode sofrer restrições, mesmo porque o

princípio supõe completa igualdade entre acusação e defesa. Ambas estão situadas no mesmo plano, em igualdade de condições, e, entre elas, de maneira imparcial, o Órgão Jurisdicional, para, afinal, depois de ouvir as alegações das partes, depois de apreciar as provas, dar a cada um o que é seu.

Por essa razão, o princípio do contraditório ganhou grande destaque no processo penal, tendo em vista sua imprescindibilidade para a condenação. Em outras palavras, inexistente condenação penal sem defesa. Além disso, é patente a afirmação de que, na falta de advogado para promover a defesa do réu, cabe ao juiz designar defensor dativo para assegurar o patrocínio da causa (MENDES, 2012, p. 500). Essa mesma ideia se dá nos casos em que a defesa se mostra insuficiente (NERY JUNIOR, 2002, p. 137) ou desidiosa, para com o acusado, razão pela qual, não raras vezes, essa negligência ocasiona a anulação do feito, devendo-lhe ser, posteriormente, regularizada por meio da designação de um novo defensor ao acusado.

Parafraseando Aury Lopes Júnior, Fábio Motta Lopes (2009, p. 82), aduz ainda que o princípio do contraditório caracteriza-se, preliminarmente, por assegurar ao sujeito passivo o direito de ser informado sobre a acusação, com o objetivo de que possa oferecer, em um segundo instante, resistência à imputação. O autor ainda ressalta que *“com o contraditório, nasce para o sujeito passivo, após tomar conhecimento da existência e do teor da imputação (direito de informação), a possibilidade de resistência à pretensão investigatória e coercitiva estatal”*. Para Pedrosa (1986, p.18), essa resistência é tão somente a manifestação do princípio da isonomia, possibilitando-se, assim, a igualdade de condições em relação à acusação. Por outro lado, Cristiane da Rocha Corrêa (2006, p.228), fundamentada numa posição mais radical, entende que não basta somente garantir a audiência bilateral das partes, sendo necessário também assegurar às partes idênticas chances com relação à produção e utilização das provas e o mesmo acesso às informações que constem no processo, garantindo-se, assim, a paridade de armas.

Por essa razão é que Renato Brasileiro (2012, p.18) sustenta que o contraditório é formado, basicamente, pelos direitos à informação e à participação. O primeiro exige a necessidade de cientificar o acusado da existência da demanda ou dos argumentos da parte contrária. Por outro lado, o direito à participação no processo resta garantido pela possibilidade de a parte se manifestar e reagir contrariamente àquilo que está sendo imputado a ela.

Ainda que haja importantes posicionamentos sobre o tema, a maioria da doutrina e jurisprudência ainda entende que a observância do contraditório somente se mostra obrigatória, no processo penal, na fase processual, e não na fase investigatória. Essa posição se fundamenta no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal, o qual somente menciona a observância obrigatória do contraditório em processo judicial ou administrativo. Portanto, por inexistir menção expressa aos procedimentos administrativos, a doutrina majoritária entende que o contraditório não se mostra aplicável ao inquérito policial.

3.3. Inquérito Policial e o Princípio do Contraditório

Conforme mencionado ao longo desta elucidação, a doutrina é majoritária no sentido de que não há aplicação do princípio do contraditório durante o inquérito policial. Não obstante esse entendimento, a matéria é dura e controvertida, trazendo posições de inúmeros autores do mais alto gabarito doutrinário.

Segundo Paulo Rangel (2010, p.106), por se tratar de um procedimento administrativo com a finalidade de apurar a prática de um fato, em tese, dito como infração penal, não há razão para aplicação do princípio do contraditório, em razão de que não há qualquer acusação em detrimento do indiciado. Logo, o indivíduo é tão somente um objeto de investigação com todos os direitos previstos na Constituição. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2001, p. 41 *apud* LOPES, 2009, p. 91) complementa, dizendo que *“a regra constitucional que assegura o contraditório somente se aplica quando houver processo, não incidindo tal princípio durante o inquérito policial”*. José Néri Silveira (1996, p. 11), por sua vez, aduz que as investigações criminais não se submetem, em virtude da própria natureza, ao contraditório e à ampla defesa, postulados que são reservados aos acusados na fase judicial.

Em que pese inexistir partes na etapa pré-processual, é de convir que a aplicação do direito à informação configura, para muitos autores, o primeiro momento do contraditório na fase investigatória. Aury Lopes Jr. (2012, p. 366) sustenta que, *a prima facie*, há duas formas em que há possibilidade de o indiciado exercer o contraditório no inquérito policial:

1) A primeira delas se dá no interrogatório policial, onde o acusado tem a possibilidade de exercer autodefesa positiva (dando sua versão aos fatos) ou negativa (usando seu direito de silêncio);

2) Outra possibilidade ocorre nos casos em que o acusado se faz acompanhar de advogado (defesa técnica) que poderá agora intervir no final do interrogatório. O autor aduz ainda que a possibilidade aberta pelo art. 14 do CPP, que possibilita ao acusado postular diligências e juntar documentos, também configura uma hipótese de exercício do contraditório.

O professor Aury Lopes Jr. argui que o princípio do contraditório no inquérito policial se extrai da interpretação extensiva do art. 5º, LV, da Constituição Federal, uma vez que o texto constitucional é extremamente abrangente, motivo pelo qual tal interpretação deverá proteger os litigantes tanto em processo judicial como em procedimento administrativo. E continua: “*o direito de defesa é um direito-réplica, que nasce com a agressão que representa para o sujeito passivo a existência de uma imputação ou ser objeto de diligências e vigilância policial*” (2012, p. 368).

Para Paulo Cláudio Tovo (1999, p. 216-7 *apud* LOPES, 2009, p. 97), o direito ao contraditório e à ampla defesa deve vigor “mesmo antes de instaurado o processo penal”. De acordo com o autor, o dispositivo constitucional sob análise incide sobre o inquérito policial, a partir do indiciamento, não só porque se faz menção a acusados em geral, mas em razão, igualmente, do termo *litigantes*.

Diante do exposto, é possível observar que há litígios na fase policial, pois, de um lado estão as vítimas e familiares buscando provas, e de outro o investigado almejando outras para se eximir da culpa. Essas posições contrapostas, que iniciam desde a investigação preliminar, caracterizam conflitos de interesses (VARGAS, 1992, p. 115), portanto, deve-se garantir a defesa, ainda que por meio de um contraditório mínimo, consubstanciado no direito de informação, aos investigados que sejam apontados no inquérito como prováveis autores de infrações penais.

3.4. Inquérito Policial e o Movimento da Processualização dos Procedimentos

Nos últimos anos, principalmente com o destaque que a operação lava jato imprime a fase pré-processual, vem se destacando o movimento chamado de “processualização dos procedimentos”, cuja ideia se funda na aplicação dos princípios constitucionais aos procedimentos administrativos. Por conta desse fenômeno, o inquérito policial, que é procedimento administrativo, deveria sofrer um

abrandamento em relação a sua inquisitorialidade, isto é, passando-se a admitir a presença do contraditório.

Levando em consideração este movimento, podemos notar um ponto em comum na fala da grande maioria dos Políticos investigados na operação Lava Jato, é o fato de que “não tiveram acesso total as investigações”, “vão provar a sua inocência com as investigações” entre outras desculpas, pretendendo processualizar os procedimentos, ou seja, querem aplicar o princípio do contraditório no inquérito policial.

Os doutrinadores, que defendem a processualização, sustentam que a regra está contida no inciso LV, artigo 5º da Magna Carta, que dispõe “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados e, geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes*”.

Aury Lopes Jr. (2012, p. 366), corroborando este mesmo entendimento, afirma que a intenção do constituinte foi claramente protetora, o que significa dizer que a confusão terminológica entre processo administrativo e procedimento administrativo não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial. Além disso, sustenta o autor, que o próprio legislador ordinário cometeu outros enganos, tal como chamar, no próprio Código de Processo Penal, de processo comum, processo sumário etc., quando na verdade deveria dizer “procedimento”. A sua obra apresenta ainda outras expressões que, com o passar do tempo, passaram a ser utilizadas de forma ampliativa, como, por exemplo, o fato de a Constituição Federal mencionar acusados, e não indiciados, não ocasionando qualquer impedimento para sua aplicação na investigação criminal.

Também se filiam a essa corrente doutrinária, diversos outros autores, os quais sustentam que o momento jurídico reconhece ser o de “processualização dos procedimentos”, tendo, por conseguinte, a necessidade de reconhecimento do contraditório e do direito de defesa no inquérito policial. Dessa maneira, entendem ainda que atualmente os métodos de exercício de poder vêm sendo modulados com a previsão de respeito ao princípio do contraditório, de forma que seja garantida a aplicação horizontal dos direitos e garantias fundamentais, ainda quando se trate de procedimento administrativo.

Higor Vinicius Nogueira Jorge, afirma que:

“A processualização seria uma saída rumo ao fortalecimento do procedimento e ensejaria a não repetição em Juízo, das provas obtidas no procedimento investigatório”.

Por fim, é importante ressaltar, que tal aplicação não deverá ocorrer indistintamente e de forma desenfreada, tendo em vista a impossibilidade de contraditório pleno no inquérito policial. Isso se dá, em face da inexistência de relação jurídico-processual, não estando presente a estrutura dialética que caracteriza o processo. Para Aury Lopes Jr., “*não há o exercício de uma pretensão acusatória*” (2012, p.367), porém, conforme o procedimento investigatório for progredindo em sua tramitação, deverá o acusado ser cada vez mais titular ao seu direito à informação. O objetivo disso é que, na medida em que o inquérito policial chegue ao seu fim, este ganha especial relevância, tendo em vista que, posteriormente, o exercício de defesa deverá também ser fundamentado no mesmo procedimento investigatório submetido pelo acusado, qual seja: o próprio inquérito policial.

3.5. Do Direito de Defesa no Inquérito Policial

No que pese inexistir propriamente o contraditório no inquérito policial, é importante atentar a quase unânime aceitação de que há direito de defesa na fase investigatória, conforme se extrai do art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, dispondo que “*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado*”. Essa assistência técnica concedida desde a etapa preliminar permite que o acusado prepare adequadamente sua defesa em juízo, bem como fiscalize os atos que não se renovam durante o processo penal. De acordo com Gilmar Mendes (2012, p. 511), o direito do advogado a ter acesso aos autos antes da data designada para o seu interrogatório é direito do investigado,

No entanto, para que essa assistência se mostre eficaz, é necessário que o advogado esteja armado com diversas garantias, permitindo que atue de forma independente e autônoma em relação aos demais órgãos estatais. Uma dessas garantias é o amplo acesso ao inquérito policial, sendo inclusive assegurado o direito à extração de cópias e de fazer apontamentos (AURY, 2009, p. 321). Portanto, ainda que o procedimento investigatório seja classificado como sigiloso, essa sigilosidade também sofre limitações em prol da plena acessibilidade do advogado.

O Supremo Tribunal Federal, considerando esse direito do advogado editou o Enunciado n. 14 da Súmula Vinculante, segundo a qual “*é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgãos com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa*”. Com a edição do enunciado, passou-se a garantir ao defensor o seu devido acesso aos documentos já juntados aos autos que poderão ser contraditados pelo acusado, e ao mesmo tempo preservar o necessário sigilo dos atos de investigação ainda não realizados ou em andamento, como, por exemplo, a escuta telefônica em andamento ou um mandado de prisão ou busca e apreensão ainda não cumprido (AURY, 2012, p. 370).

É importante salientar que, ao garantir ao acusado uma defesa na fase pré-processual, não significa dizer que todos os direitos inerentes ao contraditório e à ampla defesa deverão ser concedidos. De outro lado, direitos inerentes a estes poderão ser analisados conforme a discricionariedade do delegado, tal como o direito de postular diligências e a de buscar elementos informativos em favor de sua defesa. Para Paulo Thadeu Gomes da Silva (2005, p.315), a limitação da defesa ao indiciado na etapa pré-processual pode trazer reflexos no processo penal, gerando prejuízos ao réu que possam resultar em sua condenação. Por essa razão, sustenta o autor, o cerceamento desse direito ao indiciado no inquérito policial é suficiente para que seja admitido o remédio constitucional do *habeas corpus*.

Como se verifica, o reconhecimento do direito de defesa ao acusado mitiga a inquisitorialidade do inquérito policial, não havendo qualquer incompatibilidade entre um e outro. Para muitos autores o direito de defesa inicia com o indiciamento, o qual contribui para a ampla defesa do investigado, que a partir de então passa a ter ciência do seu status dentro da persecução penal. Fazendo uma analogia com o auto de prisão em flagrante, podemos afirmar que o indiciamento funciona como uma espécie de nota de culpa (CABETTE, 2013). Disciplina o referido autor que:

em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez efetivado o formal indiciamento de um suspeito, cabe ao Delegado de Polícia lhe fornecer uma nota de culpa, onde constará o crime e os motivos pelo qual ele está sendo indiciado, além do nome da autoridade responsável por esta decisão.

E tem razão o autor, uma vez que agindo dessa forma a autoridade policial, as investigações preliminares não sofrem qualquer prejuízo, pelo contrário, com o cumprimento da formalidade, o acusado passa a ter o conhecimento exato de sua imputação, fortalecendo os elementos adquiridos pelo procedimento. O autor ainda conclui: *“da mesma forma e em obediência ao princípio da igualdade (paridade de armas), a Autoridade de Polícia Judiciária deve permitir a manifestação da vítima e do Ministério Público nos autos do Inquérito Policial. Tudo isso no intuito de melhor formar o seu convencimento”* (CABETTE, 2013).

4. Considerações Finais

De acordo com o que foi explorado no presente estudo, o inquérito policial, por se tratar de uma ferramenta estatal com o intuito de investigar as infrações penais, traz consigo grandes discussões sobre o instituto do contraditório, motivo pelo qual a doutrina, historicamente, o considera bastante polêmico.

Além do que, tendo sido inserido no Código de Processo Penal em meio a ditadura militar no Brasil, o inquérito policial se caracteriza precipuamente pela inquisitorialidade, sigilosidade e discricionariedade, o que, para muitos operadores do Direito, abre espaço para a prática de reiteradas arbitrariedades pela polícia.

Acontece que essa atribuição concedida ao delegado de polícia não é unilateral, de forma que apenas a acusação se beneficie de toda e qualquer diligência investigatória. Pois é exatamente neste ponto em que as discussões se acentuam. Isso porque a corrente amplamente majoritária não admite que haja contraditório no inquérito policial, pois, por ser um procedimento administrativo, e não processo, inexistente aplicação dos princípios constitucionais abrangidos pelo disposto no art. 5º, inciso LV, da CF.

Em que pese os respeitáveis argumentos que não reconhecem o contraditório no inquérito policial, outros autores por não vislumbrar efetiva diferença entre procedimento e processo, entendem que é garantido ao acusado o direito ao contraditório. Isso porque a Carta Magna deve ser interpretada ampliativamente, o que significa dizer que onde se lê processo administrativo, caberia também interpretação para os procedimentos administrativos.

No entanto, entendemos que somente deve caber o contraditório nos casos em que haja compatibilidade dos institutos, de modo que seja resguardado o interesse público pela aplicação da lei penal e punição de seus infratores, de modo a não procrastinar o procedimento e não prejudicar as investigações, que necessitam de rapidez para efetividade na colheita de elementos de informações.

Tendo em vista os diversos argumentos contra e a favor, acreditamos que a melhor solução encontrada se baseia na discricionariedade e no bom senso da autoridade policial, ou seja, ainda que não tenha expressamente o dever de conceder o contraditório, e amparado pela discricionariedade, pode realizar medidas para agregar substância ao procedimento. Portanto, é importante que a autoridade policial continue a conceder vista do inquérito policial ao advogado e autorize que o advogado acompanhe seu cliente nas diligências, entre outras medidas, a fim de garantir a lisura do procedimento, a fim de evitar possíveis defeitos que possam refletir na ações processuais futuras, aconselha-se que a autoridade policial deva também receber documentos e permitindo que o acusado se pronuncie acerca de algumas provas já documentadas pela acusação, sempre que qualquer desses atos não atrapalhe nem retarde o andamento das investigações.

Assim, sendo a autoridade policial mais diligente, haverá mais credibilidade para a polícia, evitando-se, com isso, a realização de inquéritos policiais despreparados e sem elementos de informação fidedignos, cujo, posteriormente, poderão ser facilmente desacreditados pela defesa ao longo do processo penal.

Portanto, cabe as autoridades policiais se valer da discricionariedade concedida pela lei para promover ainda que minimamente e no que for compatível a aplicação do contraditório dos investigados no inquérito policial.

Logo, não há como especificar o momento exato para que essa medida seja observada, tendo em vista que, deverá a autoridade policial, de acordo com sua discricionariedade, encontrar a melhor maneira e o melhor momento para assegurar os princípios constitucionais aos investigados, buscando sempre privilegiar, em primeiro lugar, pela melhor aplicação da Constituição Federal e, da norma infraconstitucional, tendo em vista que o Delegado de Polícia é o primeiro garantidor dos direitos humanos dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição Federal de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969, 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Princípios Fundamentais do Processo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7 ed. São Paulo: RT, 2002.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES, Fábio Motta. Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Processo Penal, o Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CORRÊA, Cristiane da Rocha. O princípio do contraditório e as provas irrepetíveis no inquérito policial. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, nº 60, jun. 2006, p. 228-9.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2. ed., Niterói: Impetus, 2012. v.1.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2001.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O papel do inquérito policial no sistema acusatório. O modelo brasileiro. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13037>. Acesso em: 2 abr. 2017.

JORGE, Higor Vinicius Nogueira. A processualização do inquérito policial. É possível o contraditório no inquérito?. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 471, 21 out. 2004. Disponível em: . Acesso em: 2 abr. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: RT, 2012.

SAAD, Marte. O direito de defesa no inquérito policial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

VARGAS, José Cirilo de. Processo Penal e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Inquérito policial e direito de defesa. Revista Brasileira de Ciências Criminais São Paulo, nº 54, maio-jun. 2005, p. 315.

SILVEIRA, José Néri. Aspectos do Inquérito Policial na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Revista da Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, São Paulo, nº 21, set. 1996, p. 11.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 11ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E A NECESSIDADE DE REFORMA CONSTITUCIONAL

ANDRÉ DIEGO DE LIMA LEITE: Advogado. Graduado pela Universidade de Fortaleza. Pós-graduando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza.

Resumo: O presente trabalho tem como foco principal analisar a tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro bem como a sua aceitação por alguns ministros da suprema corte brasileira e a necessidade de reforma constitucional para a sua implementação. Para tanto, será analisado o surgimento do controle difuso de constitucionalidade, bem como o seu tratamento pelo direito brasileiro. Ademais, será detalhado como os tribunais podem exercer o controle difuso de constitucionalidade e o respeito que devem ter à regra da reserva de plenário, indicada na Constituição Federal de 1988, bosquejando, posteriormente, exceções à regra encampadas pela doutrina e pela jurisprudência da Suprema Corte. Por fim, será analisada a tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, englobando seu significado e a impossibilidade de sua aplicação através de mera interpretação de mutação constitucional, sendo essencial, para que tal tese seja aplicada, que haja reforma constitucional, haja vista a necessidade de observância da cláusula pétrea de separação dos poderes indicadas na nossa carta maior.

Palavras-chave: Controle difuso; Abstrativização; Reserva de Plenário.

Abstract: The present work has as main focus to analyze the thesis of the abstractivization of the diffuse control of constitutionality in Brazilian law as well as its acceptance by some ministers of the supreme Brazilian court and the necessity of constitutional reform for its implementation. In order to do so, it will be analyzed the emergence of the diffuse control of constitutionality, as well as its treatment under Brazilian law. In addition, it will be detailed how the courts can exercise diffuse control of constitutionality and the respect that they should have to the reservation rule of the plenary, indicated in the Federal Constitution of 1988, later sketching exceptions to the rule prevailing by the doctrine and the jurisprudence of the Supreme Court. Finally, the thesis of the abstraction of the diffuse control of constitutionality, encompassing its meaning and the impossibility of its application through a mere

interpretation of constitutional mutation, will be analyzed, and it is essential, for such a thesis to be applied, that there be constitutional reform, in view of the Need to comply with the staleness clause of the powers indicated in our larger letter.

Keywords: Diffuse control; Abstractivization; Plenary reservation.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O surgimento do controle difuso e seu tratamento no direito brasileiro; 3 O papel dos tribunais no controle difuso de constitucionalidade; 4. A tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

O presente trabalho visa elucidar pontos acerca da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro, bem como a sua utilização e a necessidade de reforma constitucional para que tal tese seja efetivamente aceita.

O artigo foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, será abordado de forma sucinta o surgimento do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro, bem como o tratamento dado ao mesmo pela Constituição Federal de 1988. No segundo capítulo, será abordada a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade pelos tribunais, abarcando a necessidade da observância da cláusula de reserva de plenário bem como a jurisprudência da Suprema Corte sobre o assunto, cristalizada em súmula vinculante, além de exceções à regra da *full bench* previstas pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais superiores. Por fim, no terceiro capítulo, será abordado o tema da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e seu significado, indicando o papel do Senado Federal nos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a tendência doutrinária de interpretar o papel do Senado no sentido de dar meramente publicidade à decisão da suprema corte, indicando, ao final, a impossibilidade de mutação constitucional e de aderência à tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, salvo reforma constitucional.

2. O SURGIMENTO DO CONTROLE DIFUSO E SEU TRATAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO.

O controle de constitucionalidade é um mecanismo de controle das leis em conformidade com a Constituição Federal, que privilegia o princípio da supremacia da constituição federal. Para que seja possível a utilização de tal mecanismo de controle, é necessário que o país disponha de uma constituição rígida, bem como de um órgão capaz de exercer o controle. Conforme Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2016, p. 705):

Nos países dotados de Constituições escritas do tipo rígidas, a alteração do texto constitucional exige um procedimento especial, estabelecido pelo próprio constituinte originário, mais difícil do que o exigido para a produção do direito ordinário (subconstitucional). A primeira consequência - sobremaneira relevante - dessa exigência de formalidades especiais para a reforma da Carta Política é que nos ordenamentos de Constituição rígida vigora o princípio da supremacia formal da Constituição. Vale dizer, nesses sistemas jurídicos que adotam Constituição do tipo rígida, as normas elaboradas pelo poder constituinte originário são colocadas acima de todas as outras manifestações de direito.

Ademais, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2016, p. 706):

Esse ponto constitui a segunda consequência importante da rigidez constitucional (e mais diretamente do princípio da supremacia da Constituição): somente nos ordenamentos de Constituição escrita e rígida é possível a realização do controle de constitucionalidade das leis da forma como o conhecemos e estudamos. Unicamente nesses sistemas jurídicos podemos falar, propriamente, em normas infraconstitucionais que, como tais, devem respeitar a Constituição.

No direito brasileiro, o controle de constitucionalidade pode ser feito de modo concentrado ou difuso. Destarte, adota-se, no Brasil, um modelo misto de controle de constitucionalidade. Conforme Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 1063):

Ao final dos anos oitenta, conviviam no sistema de controle de constitucionalidade elementos do sistema difuso e

do sistema concentrado de constitucionalidade, ensejando-se um modelo híbrido ou misto de controle. Não obstante, o monopólio da ação direta exercido pelo Procurador-Geral da República, que, em grande medida, realizava a ideia de designação de um advogado da Constituição, defendida por Kelsen em 1928, não produziu alteração substancial em todo o sistema de controle. A ação direta subsistiu como elemento acidental no âmbito de um sistema difuso predominante.

Nesse mesmo sentido, Pedro Lenza (2016, p. 306-307):

O sistema de controle jurisdicional dos atos normativos é realizado pelo Poder Judiciário, tanto por um único órgão (controle concentrado) – no caso do direito brasileiro, pelo STF e pelo TJ – como por qualquer juiz ou tribunal (controle difuso), admitindo, naturalmente, o seu exercício por juízes, em estágio probatório, ou seja, sem terem sido vitaliciados, bem como por juízes dos juizados especiais. O Brasil adotou o sistema jurisdicional **misto**, porque realizado pelo Poder Judiciário – daí ser jurisdicional –, tanto de forma concentrada (controle concentrado) como por qualquer juiz ou tribunal (controle difuso).

O surgimento do controle difuso se deu no direito norte-americano, por intermédio do famoso caso envolvendo Willian Marbury e James Madison. Jhon Adams, então presidente dos Estados Unidos no início do século 19, foi derrotado nas eleições presidenciais por Thomas Jefferson, decidindo, antes da sua derrota, nomear diversas pessoas para o judiciário, haja vista ter perdido apoio no legislativo e no executivo. Tal evento, inclusive, ficou conhecido como *The Midnight Judges*.

Entre os nomeados para exercer o cargo de juiz, estava Willian Marbury, que, todavia, não conseguiu a nomeação, pois, no momento da posse de Thomas Jefferson, seu Secretário de Estado, James Madison, cassou as cartas de nomeação ainda não entregues, e, entre elas, a de Willian Marbury. Diante do ocorrido, Willian Marbury acionou a Suprema Corte americana, através de mandado de segurança, pedindo a sua nomeação. Jhon Marshall, que havia inclusive sido nomeado por ato de comissão de Jhon Adams, analisando o *mandamus* impetrado por Marbury, entendeu que a Suprema

Corte não tinha competência para analisar o mandado de segurança, declarando inconstitucional a seção 13 do Judiciary Act de 1789, que ampliava os poderes da Suprema Corte além dos previstos na Constituição. Conforme Pedro Lenza (2016, p. 314):

Pode-se, assim, afirmar que a noção e ideia de controle difuso de constitucionalidade, historicamente, deve-se ao famoso caso julgado pelo Juiz *Jhon Marshall da Su* prema Corte norte-americana, que, apreciando o caso *Marbury v. Madison*, em 1803, decidiu que, havendo conflito entre a aplicação de uma lei em um caso concreto e a Constituição, deve prevalecer a Constituição, por ser hierarquicamente superior.

Pode-se notar que, pela primeira vez, diante de um caso concreto envolvendo a nomeação de um juiz, um tribunal declarou, de maneira incidental, a inconstitucionalidade de uma lei, surgindo, por consequência, o controle difuso de constitucionalidade. Tal modelo de controle, ademais, foi adotado na Constituição Brasileira de 1891, conforme se pode observar nos artigos 59, §1º, a e b (2017, online):

Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

Ademais, conforme Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 1035):

Iniciada a República, desde a sua primeira Constituição (1891), o Brasil passou a adotar o modelo difuso de controle da constitucionalidade, buscando fundamentos no modelo norte-americano, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão

do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos locais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas (art. 59, §1º, *a e b*).

Atualmente, o controle difuso de constitucionalidade é o exercido por qualquer juiz ou tribunal, no qual, analisando um caso concreto, julga inconstitucional determinada norma. Nesse caso, os efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade se dá de maneira *inter partes e ex tunc*. Contudo, é possível que haja modulação dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade, a ser unicamente realizado pelo Supremo Tribunal Federal, momento no qual os efeitos do controle serão pro futuro. Conforme Pedro Lenza (2016, p. 322):

No momento que a sentença declara ser a lei inconstitucional (controle difuso

realizado incidentalmente), produz efeitos pretéritos, atingindo a lei desde a sua edição, tornando-a nula de pleno direito. Produz, portanto, efeitos retroativos. Assim, no controle difuso, para as partes os efeitos serão: *a) inter partes* e *b) ex tunc*. Cabe alertar que o STF já entendeu que, mesmo no controle difuso, poder-se-á dar efeito *ex nunc* ou *pro futuro*.

3. O PAPEL DOS TRIBUNAIS NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Com relação ao exercício do controle difuso nos tribunais, a Constituição de 1988 prevê uma importante regra, que deve ser observada por todos os tribunais ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma. Conforme o artigo 97 da CRFB (2017, online) “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Tal norma consagra a cláusula de reserva de plenário. Logo, sempre que o tribunal for declarar uma lei ou ato normativo inconstitucional, seja em controle

difuso ou controle concentrado, a declaração deverá se dar pelo pleno ou pelo órgão especial, e pelo voto da maioria absoluta dos membros.

Diante disso, não é possível um órgão fracionário, como uma turma ou câmara, declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, inclusive afastando a incidência da norma. Nesse sentido, a Súmula Vinculante 10 do Supremo Tribunal Federal nos ensina (2017, online) que “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.”.

Todavia, em alguns casos, a doutrina e a jurisprudência entendem que é possível o órgão fracionário declarar a inconstitucionalidade de uma norma. Conforme Pedro Lenza (2016, p. 317):

A mitigação da cláusula de reserva de plenário vem sendo observada em outras situações. Conveniente, portanto, esquematizar a matéria. Assim, não há a necessidade de se observar a regra do art. 97, CF/88: • na citada hipótese do art. 481 do CPC/73, acima (art. 949, parágrafo único, CPC/2015); • se Tribunal mantiver a constitucionalidade do ato normativo, ou seja, não afastar a sua presunção de validade (o art. 97 determina a observância do *full bench* para declarar a *inconstitucionalidade* de lei ou ato normativo do Poder Público); • nos casos de normas pré-constitucionais, porque a análise do direito editado no ordenamento jurídico anterior em relação à nova Constituição não se funda na teoria da inconstitucionalidade, mas, como já estudado, em sua recepção ou revogação;⁷⁵ • quando o Tribunal utilizar a técnica da interpretação conforme a Constituição, pois não haverá declaração de inconstitucionalidade;⁷⁶ . • nas hipóteses de decisão em sede de medida cautelar, já que não se trata de decisão definitiva."

Ademais, recentemente, o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que não violaria a cláusula de reserva de plenário à decisão do órgão fracionário

que declara inconstitucional decreto legislativo que se refira a uma situação individual e concreta. Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE PLENÁRIO. DECRETO LEGISLATIVO EDITADO POR ASSEMBLEIA LEGISLATIVA SUSTANDO AÇÃO PENAL CONTRA RÉU DEPUTADO ESTADUAL. OFENSA À SÚMULA VINCULANTE 10. INOCORRÊNCIA. 1. O princípio da reserva de plenário previsto no art. 97 da Constituição (e a que se refere a Súmula Vinculante n. 10) diz respeito à declaração de “inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. 2. Atos normativos têm como características essenciais a abstração, a generalidade e a impessoalidade dos comandos neles contidos. São, portanto, expedidos sem destinatários determinados e com finalidade normativa, alcançando todos os sujeitos que se encontram na mesma situação de fato abrangida por seus preceitos. 3. O decreto legislativo que estabelece a suspensão do andamento de uma certa ação penal movida contra determinado deputado estadual não possui qualquer predicado de ato normativo. O que se tem é ato individual e concreto, com todas as características de ato administrativo de efeitos subjetivos limitados a um destinatário determinado. Atos dessa natureza não se submetem, em princípio, à norma do art. 97 da CF/88, nem estão, portanto, subordinados à orientação da Súmula Vinculante 10. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

Desta feita, para que o tribunal declare inconstitucional uma lei ou ato normativo do poder público, é essencial o respeito à cláusula de reserva de plenário, sendo essa dispensada somente em situações pontuais, acima explicitadas, e nas que envolvam situações individuais e concretas, conforme bosquejado pela jurisprudência da Suprema Corte.

4. A TESE DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle difuso de constitucionalidade, conforme visto anteriormente, pode ser feito por qualquer juiz ou tribunal, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que somente a Suprema Corte poderá modular os efeitos da decisão em controle difuso no tocante ao aspecto temporal.

Quanto ao aspecto subjetivo, ou seja, aos sujeitos que serão afetados pela decisão da suprema corte em controle de constitucionalidade difuso, é cediço que os efeitos se darão somente entre as partes, não alcançando toda a coletividade. Conforme Nathália Masson (2016, p. 1080-1081):

Tendo em vista que o intuito do controle difuso é solucionar uma controvérsia concreta, que coloca em risco direitos subjetivos, sendo a questão de constitucionalidade um mero incidente processual ou mesmo o fundamento do pedido, deve-se reconhecer sua aptidão para produzir decisões cujos efeitos somente serão sentidos pelas partes que naquele processo estejam envolvidas. A decisão prolatada no controle difuso, portanto, opera efeitos inter partes, não atingindo terceiros que não participaram daquela específica relação processual. Vale destacar que mesmo que a decisão tenha sido proferida pelo STF em recurso extraordinário (ou no exercício de alguma competência originária) os efeitos se manterão adscritos

às partes.

Contudo, é possível, conforme disposto na Constituição Federal de 1988, a decisão do Supremo Tribunal Federal produzir efeitos *erga omnes*, alcançando, por consequência, toda a coletividade. Nesse sentido, o artigo 52, X da Constituição Federal nos diz que compete ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Ademais, conforme Nathália Masson (2016, p. 1081):

Há, contudo, uma especificidade no sistema brasileiro, decorrente da previsão constitucional inserida no art. 52, X,

CF/88, que autoriza o Senado Federal, por meio da edição de uma resolução, a suspender a execução da lei (ou de outro ato normativo) declarada definitivamente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso, o que ampliará os efeitos da decisão de modo a alcançar terceiros não integrantes da relação processual originária. Vê-se, pois, que a decisão de inconstitucionalidade, por força do comando judicial emanado do STF, só produzia efeitos meramente inter partes, mas, em virtude da participação do Senado, passará a produzir efeitos erga omnes.

Logo, somente por decisão do Senado Federal, suspendendo a execução da lei declara inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, seria possível que a decisão do Supremo Tribunal Federal em controle difuso alcançasse toda a coletividade, sendo tal decisão do Senado discricionária.

A tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade surgiu justamente para enfrentar o papel discricionário do Senado Federal no tocante à suspensão da lei e a consequente prospecção da decisão do Supremo Tribunal Federal. Os que defendem tal teoria, afirmam que o artigo 52, X da CRFB sofreu uma mutação constitucional, não sendo possível entender que o papel do Senado Federal seja discricionário, mas sim vinculado, possuindo a câmara alta apenas um papel de dar publicidade à decisão da Suprema Corte. Conforme Gilmar Ferreira Mendes (apud Nathalia Masson 2016, p. 1084):

A suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa Legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. (Grifo nosso).

Ademais, continuando o raciocínio supracitado, Nathalia Masson (2016,p. 1084) ensina:

Vê-se, pois, que segundo o Ministro Gilmar, a própria decisão do Supremo contém força normativa suficiente o bastante para suspender a execução da lei declarada

inconstitucional. A justificativa que permeia essa renovação interpretativa é a necessidade constante de adequação da Constituição às mudanças sociais, o que exige uma releitura do texto constitucional e esta releitura, na hipótese, indica ao Ministro Gilmar ter havido uma autêntica mutação constitucional do dispositivo em comento (art. 52, X, CF/88).

Somente o assunto em comento, Pedro Lenza dá importante contribuição ao mencionar (2016, p. 327):

Na doutrina, em importante estudo, Gilmar Mendes afirma ser " ... possível,

sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988.

Embora a tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade tenha muitos adeptos na doutrina e na jurisprudência, a mesma não merece prosperar. Pelo que se observa da leitura da Constituição Federal, em nenhum momento a nossa Carta Magna prevê, em seus dispositivos, a possibilidade de mudança de interpretação da própria competência do Senado Federal.

Admitir a interpretação pela Suprema Corte no sentido de o papel do Senado Federal ser meramente vinculado, de dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal, seria afrontar a separação dos poderes, cláusula pétrea prevista no artigo 60, §4º, III da Constituição Federal. Conforme Pedro Lenza (2016, p. 330):

Embora a tese da transcendência decorrente do controle difuso pareça bastante sedutora, relevante e eficaz, inclusive em termos de economia processual, de efetividade do processo, de celeridade processual (art. 5.º, LXXVIII - Reforma do Judiciário) e de implementação do princípio da força normativa da Constituição (Konrad Hesse), afigura-se faltar, ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras constitucionais, para a sua implementação (...) Admitir que o STF interprete no sentido de ter havido mutação do art.

52, X, e, assim, transformar o Senado Federal em órgão para simples publicidade da decisão concreta é sustentar inadmitida mutação inconstitucional. Ao STF, não foi dado o poder de reforma.

A única maneira possível de se admitir a tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade seria por meio de reforma na própria constituição, que alterasse o artigo 52, X da Constituição Federal, bem como o artigo 97. A reforma, nesse ponto, se daria pelo próprio parlamento, e não por uma interpretação da Suprema Corte. Nesse sentido, Pedro Lenza (2016, p. 332):

Reconhecemos e admitimos, retomando esse ponto, uma inegável expansividade das decisões mesmo quando tomadas em controvérsias individuais, bem como uma dita objetivação do processo subjetivo (nesse sentido, o voto do Min. Teori na *Rei 4.335* é bastante profundo). Contudo, a mudança pretendida em relação ao art. 52, X, que, aliás, parece ser uma tendência, necessariamente, depende de formal reforma constitucional.

5. Conclusão

Pelo exposto, percebe-se que o controle difuso de constitucionalidade teve seu surgimento no direito norte-americano, com o famoso caso envolvendo Willian Marbury e James Madison, vindo a se incorporar no direito brasileiro com a Constituição de 1891. Ademais, tal controle é previsto no ordenamento jurídico brasileiro, podendo, doravante, ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, sendo os seus efeitos *inter partes* e *ex tunc*, podendo, todavia, se exercido pelo STF, produzir efeitos *ex nunc* caso a Suprema Corte decida utilizar o instituto da modulação.

Quanto ao seu exercício pelo tribunal, ressalte-se a observância da cláusula de reserva de plenário, prevista o artigo 97 da CRFB, somente podendo ser uma norma declarada inconstitucional pelo tribunal se tal declaração for feita pelo pleno ou pelo órgão especial, e desde que haja quórum de maioria absoluta. Contudo, a doutrina e a jurisprudência excepcionam tal cláusula em alguns casos, entre eles o juízo de recepção da norma, bem como em casos envolvendo medida cautelar. Ademais, em se tratando

de ato normativo que se aplique a uma situação individual e concreta, não é óbice em sua declaração de inconstitucionalidade, conforme decidiu o STF sobre o assunto.

Por fim, para que a decisão em controle difuso possa produzir efeitos erga omnes, envolvendo toda a coletividade, é imprescindível a participação do Senado Federal, pois só este tem competência para suspender a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF em decisão definitiva, na forma do artigo 52, X da CRFB. Nesse diapasão, surge a teoria da abstrativização do controle difuso, pregando que a atividade do Senado Federal deveria ser interpretada como uma atividade meramente vinculada, de dar publicidade à decisão do STF, haja vista a regra contida no artigo 52, X da CRFB ter sofrido uma mutação constitucional.

Tal tese é defendida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, bem como por alguns juristas e doutrinadores. Contudo, não se pode concordar com a tese da mutação constitucional, pois tal possibilidade viola claramente a cláusula pétrea de separação dos poderes bem como seria uma indevida interpretação por parte da Suprema Corte.

Somente seria possível se falar na mudança da atividade do Senado Federal se houvesse, de fato, uma reforma na constituição, modificando o próprio artigo 52, X da CRFB.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 10**. 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. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MASSON, Nathália. Manual de direito constitucional. 4ª Ed. rev e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VICENTE Paulo, ALEXANDRINO Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**- 15. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forer.se; São Paulo: MÉTODO: 2016.

HATER E TROLL E O DEVER DE INDENIZAR DIANTE DOS COMENTÁRIOS NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES

PALLOMA KELLY DOCA SILVA:
Bacharela em Direito pela Universidade Paulista - SP.

Resumo: O presente artigo objetiva estudar os fenômenos de ódio propagados através da internet e sua repercussão no mundo jurídico. Aponta de forma breve os efeitos colaterais que as ferramentas tecnológicas ao lado do comportamento dos usuários, trouxeram para o ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Hater. Troll. Internet. Rede mundial de computadores. Meio digital. Dano. Indenização

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução da internet. 3. O fenômeno haters e trolls e seus conceitos 4. Conseqüências na seara criminal, 5. O dever de indenizar. 6. Entendimento jurisprudencial. 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O século passado foi um divisor de águas quando se fala em tecnologias. A cura de muitas doenças, vacinas, divulgação de diversos estudos científicos, a criação de drogas que em muito ajudaram a tratar ou controlar moléstias e sem sombra de dúvidas e a mais revolucionária: a entrada da era digital em nossas vidas. Surge então a rede mundial de computadores que impulsionou o crescimento tecnológico, a disseminação de conhecimento, comodidade e entretenimento para as pessoas. Era utópico imaginar a duas décadas atrás que seria possível realizar procedimentos cirúrgicos por videolaparoscopia, a propagação em tempo real de notícias, vídeos ou fotos para qualquer parte do mundo com apenas um clique. Guimarães cita em seu texto, pensamento que colabora com essas linhas iniciais:

“Com a difusão da internet e as mais variadas tecnologias, muitos dos nossos compromissos triviais são resolvidos através tela do computador ou smartphone. É a realidade do mundo globalizado, no qual a internet é forma de entretenimento e ferramenta de trabalho para as pessoas”.
(GUIMARÃES, 2017)

Com a expansão da internet surgiram os provedores e o envio de mensagens através dos e-mails, de modo que foi a primeira forma de rede social, pois possibilitava contato e envio de arquivos de forma rápida e para diversas áreas do mundo. Partindo deste novo método de comunicação através de e-mails, as redes sociais foram se desenvolvendo justamente para satisfazer o desejo dos indivíduos em interagir e dividir pensamentos e entretenimento com seus pares.

A troca de informações e a gama de recursos que a Internet propicia aos usuários trouxe muita praticidade e benesses a toda comunidade mundial. Entretanto, fez com que adviessem consequências não tão benéficas assim ao mundo virtual, uma vez que o surgimento de delinquentes, falsários ou golpistas eletrônicos, denominados como crackers, tornou-se cada vez mais corriqueiro.

2. EVOLUÇÃO DA INTERNET

A internet surgiu nos Estados Unidos após a segunda Guerra Mundial diante da bipolaridade da guerra fria. Foi utilizada como estratégia dos militares norte-americanos e inicialmente intitulada como ARPANET. Após algumas décadas e vários melhoramentos, emergiu a denominada rede mundial de computadores. Por meio dessa teia de redes, estão conectados diversos equipamentos de tecnologia da informação, desktops, tablets, smartphones que compartilham entre si diversos tipos de dados, sendo a maior fonte de comunicação contemporânea. Estima-se que dos 7 bilhões de habitantes no Mundo, metade deles já possuem acesso à internet. Apesar de seu surgimento ser um tanto quanto antigo, contando com aproximadamente 70 anos de existência, a internet somente pôde ser usufruída pela população em geral em meados da década de 90, quando os computadores passaram a fazer parte dos eletrônicos que compunham as residências.

De forma a conceituar o termo internet e relatar seu surgimento, explica Ana Lúcia Castilho:

“Internet

É o conjunto de redes de computadores interligados pelo mundo inteiro, que tem em comum um conjunto de protocolos e serviços, de forma que os usuários a ela conectados podem usufruir serviços de informação e comunicação de alcance mundial. Surgiu nos EUA, 1969,

como Arpanet, com o objetivo de conectar universidades e laboratórios” (2008, p.43).

Com o avanço tecnológico e da internet ao longo dos anos, emergiram diversas formas de comunicação, entre elas as redes sociais, que tiveram seu surgimento em meados do ano de 2006. Inicialmente essa interação social foi representada pela rede social, já extinta, Orkut, onde milhares de pessoas possuíam conta para criar seu perfil e compartilhar fotos, mensagens e entretenimento em geral. Seguindo o mesmo padrão de funcionalidade trazendo, porém, outras novidades, surgiram na sequência as demais redes sociais como Facebook, Twitter, Instagram, Whatsapp e Snapchat. Dessa forma, percebe-se que a internet ocupa boa parcela diária na vida das pessoas, sendo usada como forma de entretenimento, fonte informação e ensino.

A grande quantidade de informação veiculada por seu intermédio é também um local propício a prática de crimes de toda ordem, seja patrimonial como o furto de informações e dados bancários; o estelionato como a veiculação de informações falsas e contra a honra, como a prática de injúrias e calúnias por meio de comentários junto as redes sociais. Em se tratando da tutela da honra, seus meios de execução podem se dar por meio escrito, datilografado, impresso ou digital.

3. HATER E TROLLS

A liberdade de expressão é consagrada como direito fundamental disposto na Magna Carta de 88, sendo vedado o anonimato. Tal liberdade não poderá ser exercida de forma ilícita, uma vez que a sua prática eivada de más intenções acarretam violação de outros direitos encontrados no ordenamento jurídico brasileiro. Caluniar, difamar ou injuriar através da internet é mais comum do que se pensa, visto que seu cometimento pode se dar do conforto do lar uma vez que seu acesso é claro, descomplicado, rápido e barato.

Nesta seara, surge na atualidade internautas predispostos a práticas destes ilícitos, são estes denominados Haters e Trolls.

Hater é o termo utilizado para qualificar o grupo de usuários da internet, em sua grande maioria anônimos, que possuem uma forte ideologia, e buscam defendê-la de todas as formas a ponto de disseminar o ódio quando alguém apresenta opinião

diversa da que entende como correta em seu subconsciente. Através da internet os denominados haters, pregam a sua ideologia e quando contrariados ou encontram algo que dizem odiar, passam a efetuar posts com mensagem proliferando o sentimento odioso, visando atacar de forma intensa aqueles que são contrários às suas ideias ou aqueles por quem não possuem afeição.

Já expressão trolls surgiu em meados dos anos 80, partindo através da expressão “*trolling for sickers*”, que significa uma modalidade de pesca onde linhas são deixadas sobre a água e arrastadas até que um peixe a agarre para então ser capturado. O termo troll traduz basicamente isso, um determinado usuário da internet lança provocação em postagens ou em páginas da rede mundial de computadores, em sua grande maioria redes sociais, alimentando-a até que outro usuário atinja seu nível de irritação e então inicie a troca de farpas entre os internautas. O grupo denominado troll, traduz expressamente o antigo jargão “*plantar a discórdia*” utilizado pelos nossos ascendentes há muitos anos, para definir o indivíduo que objetiva iniciar uma discussão ou uma briga, pelo simples prazer de se divertir enquanto as provocações se desenvolvem.

Há ainda os denominados trolls que utilizam suas postagens para ridicularizar alguma postagem empregando humor e causando agitação no meio virtual, ensejando muitas vezes a prática do “cyberbulling”.

Observa-se, pois que trolls nada mais são que um grupo de internautas que objetivam divertir-se através de postagens exageradas de humor ou postagens de instigação ao desenvolvimento de discussões no cenário virtual. Com a expansão digital, nasce tal forma de divulgação satírica de forma rápida e com alto alcance, como por exemplo, as páginas de notícias humorísticas.

Os haters por sua vez, possuem uma ideologia contrária a determinada coisa, visam empregar suas ideias àqueles que encontram no mundo virtual, passando intenções sérias, que se não atendidas ou não aceitas por aquele que se encontra ao lado oposto, acarreta a fúria do componente do grupo, ensejando assim ataques por comentários odiosos, que por vezes podem atingir a honra e a integridade psicológica dos internautas que não aceitam tais ideologias. Justificam suas exposições de ódio baseados na liberdade de expressão, desrespeitando os limites da cordialidade e bom senso, não com a intenção de expor seu pensamento pelo diálogo ou crítica que possa

ser discutida de forma urbana, mas sim ofender e atacar posicionamentos contrários com o dolo de dano.

4. CONSEQUÊNCIAS NA SEARA CRIMINAL

Como já mencionado alhures, os harkes através de sua ideologia forte e seu discurso carregado de ódio, podem ensejar a praticas de condutas que são tipificadas nos moldes do Código Penal Brasileiro, gerando desta forma a provocação do *jus puniendi* estatal para que tal conduta seja proporcionalmente coibida com as penas previstas no diploma criminal.

O agente que comete crimes pelo meio virtual muitas vezes é aquele que se vale do anonimato ou também conhecido como “fake” e age de qualquer parte do globo, levando-lhe a acreditar que são inalcançáveis. No contexto aqui discutido, denotam-se mais os delitos contra a honra, como a calúnia, injúria e difamação.

Importante de introito conceituar que honra é um conjunto de princípios e comportamento do indivíduo, valores que o norteiam como a honestidade, dignidade, bom nome, valentia e tantas outras características de caráter virtuoso. Tais valores cada indivíduo constrói de si mesmo no decurso de uma vida e não pode ser ignorado, assim sendo o ato de violar a honra de alguém é um ato ilícito. É um direito individual fundamental consagrado na Constituição Federal, assim como a vida privada, a intimidade, e a imagem das pessoas. A dignidade da pessoa humana, fundamento da república, denota que o indivíduo tem o direito à vida, mas bem mais que isso, direito à vida de forma digna, sendo um princípio norteador de muitos outros direitos.

Neste sentido, Alexandre de Moraes (apud Nestor Sampaio Pentead Filho, 2011, p. 34) exterioriza a dignidade da pessoa humana:

“O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade apresenta-se em dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes ... A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito

romano: *honeste vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido)”

Para melhor explicar o termo honra que é o bem jurídico diretamente atingido na prática das condutas em meio digital, Maria Helena Diniz esmiúça:

“O bem jurídico que apresenta dois aspectos: a) um subjetivo, o qual designa o sentimento da própria dignidade moral, nascido da consciência de nossas virtudes ou de nosso valor moral, isto é, a honra em sentido estrito; b) um objetivo, representado pela estimacão que outrem faz de nossas qualidades morais e de nosso valor social, indicando a boa reputacão moral e profissional que pode ser afetada pela injúria, calúnia ou difamacão”. (DINIZ 1998, p. 738)

Pontuadas tais consideracões, inicia-se um breve estudo sobre as três condutas mais vislumbradas como desdobramento penal no tocante à honra que os Haters e Trolls cometem na rede mundial e notadamente nas redes sociais, tais como Facebook, Whatsapp e Twiter.

A Calúnia é a conduta mais grave dentre os crimes contra a honra e encontra previsão no código penal em seu artigo 138, em suma, é a conduta de imputar a falsamente a alguém fato definido como crime. O comando legal se referiu expressamente ao “crime”, logo a conduta típica não abrange as contravenções penais. É uma acusacão falaciosa e que seu desdobramento é a perda de credibilidade de quem é vitimado, afetando sua honra objetiva que justamente a boa reputacão no seu círculo social.

Já a Difamacão por seu turno encontra previsão no artigo 139 e na conduta de imputar a alguém fato ofensivo a sua reputacão. Possui uma semelhança com a calúnia no tocante a ofender a reputacão de alguém, afetando sua honra subjetiva. No entanto difamar é o fato verídico ou falacioso que agride a honra objetiva e que não encontra tipificacão criminal. Considera-se danoso mesmo que a imputacão feita ao ofendido seja verdadeira. Para sua consumacão se exige o conhecimento da imputacão por um terceiro, bastando uma única pessoa, além da vítima, tome conhecimento.

Ainda na esfera dos crimes contra a honra, a Injúria é tida como a menos gravosa dentre a tríade criminosa contra a honra. No entanto, acaso se refira à cor, raça, etnia, origem, religião ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, poderá se transformar na mais grave denominada como injúria preconceituosa. Tutelada no artigo 140 consiste em injuriar alguém lhe ofendendo a dignidade ou o decoro. É a ofensa consciente e que visa o dolo, com o fito de impactar a honra subjetiva de alguém, isto é, sua dignidade como pessoa que tem de si mesmo. Por isso é relevante e de suma importância demonstrar o “*animus injuriandi*” para que se chegue a uma possível condenação, demonstrando a sua intenção deliberada de atacar a honra de alguém.

Dentre as três condutas estudadas, a com maior incidência no mundo virtual, é a conduta de injuriar alguém lhe afetando a honra subjetiva.

Ocorrendo qualquer das condutas acima estudadas, as evidências necessitam ser amealhadas de pronto, assim que se dê conta das ofensas praticadas contra si ou procurar uma pessoa com habilidades técnicas para arquivar todas as mensagens, textos, fotos, conversas, visando fornecer um mínimo de conjunto probatório.

Devido ao mundo virtual ser volátil e propenso a alterações em questões de segundos seja por edição ou exclusão do que foi veiculado, o Novo Código de Processo Civil a fim de auxiliar na formação do conjunto probatório quando se fala em dados oriundos da rede mundial de computadores, criou a modalidade de prova denominada ata notarial, presente em seu artigo 384, no qual autoriza a confecção de documentação ou a elaboração de atestado de existência ou do modo de existir de algum fato, incluindo-se inclusive os dados representados em arquivos eletrônicos, conforme dispõe o parágrafo único do referido artigo. Salienta-se, entretanto que ainda que prevista no diploma processual civilista, a ata notarial é meio lícito capaz de instruir o conjunto probatório também na persecução penal.

5. DEVER DE INDENIZAR

O direito penal trata de situações graves e deve ser utilizado quando há grande lesão a direito, fazendo assim, justa e necessária punição a fim de assegurar a paz social. Seu caráter preconiza que deve ser a última adotada, não sendo aplicável comportamento de ínfima ofensividade, sem periculosidade, reduzido grau de reprovabilidade e inexpressividade da lesão. Por vezes a reparação cível denota o meio

mais que eficaz para punir e desestimular ódio e humor exacerbado cometidos pelas redes sociais ou qualquer outro meio eficaz que ofenda a dignidade de outrem.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso III dispõe que ninguém será submetido a tratamento degradante, bem como confere em seu inciso V, o direito a indenização por dano material, moral ou à imagem. Diante disso, observa-se que a própria Carta Maior autoriza aquele que for atingido por um dano o direito de ser reparado.

Nesse mesmo sinte o Código Civil, em seus artigos 186, 187 e 927 versam sobre o dever de indenizar:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Diante das disposições legais previstas também no diploma civilista, cristalino esta o direito de indenização àquele que for atingido por um ilícito e suportar danos, ainda que estes sejam exclusivamente morais.

Analisando os dispositivos supra mencionados e aproximando-os ao tema tratado por este artigo, as condutas praticadas pelos grupos que propagam ódio a fim de atingir o indivíduo de forma mais grave ou a aqueles que almejam a simples prática de humor exagerado através da rede mundial de computadores, em sua generalidade serão coibidas através de condenação na esfera civil, uma vez que a condenação criminal exige requisitos mais específicos e contundentes para configuração de crimes contra honra.

Entretanto, quando se fala no dever de indenizar por ofensas praticadas por meio eletrônico, na grande maioria das vezes o dano o qual deverá ser indenizado é o chamado dano moral, que Carlos Roberto Gonçalves conceitua da seguinte forma:

“Dano Moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III e 5º, V e X da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza vexame e humilhação”.
(2013, p. 384)

Ao longo dos anos e através de julgamentos reiterados de demandas pleiteando reparação por danos morais o Superior Tribunal de Justiça no Resp 750.735-Rj, 4ª turma, tendo como Relator o Ministro Aldir Passarinho Júnior, devidamente julgado em junho de 2009, apud Carlos Roberto Gonçalves, 2013, p. 386, dispõe que incômodos e dissabores limitados a indignação da pessoa, não tendo qualquer tipo de repercussão no mundo exterior não ensejam a configuração de dano moral, sendo assim pressuposto de configuração do referido dano a reprovabilidade social do ilícito e a sua repercussão no mundo externo, requisitos estes que passaram a ser exigidos a fim de se evitar a chamada “indústria do dano moral”.

No que pertine a prova deste dano, os tribunais pátrios têm dispensado a prova em concreto, uma vez que os danos atingem a esfera interior do ofendido, ou seja, seu subconsciente, salvo exceções em que o dano toma proporções extraordinárias atingindo também a imagem e a vida pública do ofendido. Contudo, como já pontuado alhures, o mundo virtual é muito volátil, podendo os inícios de prova que podem ali ser encontrados para eventual conjunto probatório, se perderem em questão de segundo. Assim para que assegure seu direito de se ver indenizado pelo dano sofrido, poderá o ofendido valer-se do instituto da ata notarial, para comprovação ou início de prova de eventual dano sofrido.

Pontua-se por fim, que em caso de ofensas praticadas por tais grupos e propagadas ou veiculadas por outros indivíduos através de compartilhamentos, serão estes responsabilizados da mesma forma que o autor do ilícito, conforme dispõe entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 105) “Havendo ofensa à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, podem ser

responsabilizados não somente os autores da ofensa como também os que contribuíram para a sua divulgação”.

6. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Para melhor ilustrar a forma como as condutas ofensivas praticadas em meio eletrônico, têm-se os seguintes julgados:

RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA QUE CONDENA UM DOS RÉUS A INDENIZAR DANOS MORAIS NO VALOR DE R\$ 1.000,00 EM RAZÃO DE OFENSAS PUBLICADAS EM REDE SOCIAL. INSURGÊNCIA RECURSAL. RECURSO INTERPOSTO PELOS RÉUS PARA AFASTAR O DEVER DE INDENIZAR, ALEGAÇÃO DE MEROS COMENTÁRIOS JÁ RETRATADOS E, QUANTUM EXCESSIVO. RECURSO INTERPOSTO PELA AUTORA PARA CONDENAR O CORRÉU E ELEVAR O QUANTUM DA CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA PARA CONDENAR AMBOS OS RÉUS SOLIDARIAMENTE E MAJORAR O QUANTUM ARBITRADO. PUBLICAÇÕES QUE ATACAM A HONRA E O NOME DA AUTORA, INDICANDO REPUGNÂNCIA E DESPREZO. OFENSA À PERSONALIDADE. RETRATAÇÃO QUE NÃO AFASTA O DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL MAJORADO PARA R\$ 3.000,00. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. RECURSOS CONHECIDOS. PROVIDO O RECURSO DA AUTORA E DESPROVIDO OS RECURSOS DOS RÉUS. (TJ-PR - Recurso inominado: 000364986201481600250 PR 0003649-86.2014.8.16.0025/0 PR, Relator: Vitor Toffoli, Data de Julgamento: 07/10/2014, Primeira Turma Recursal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/10/2014)

Como se pode observar do julgado retro mencionado o Tribunal de Justiça do estado do Paraná tem posição favorável a condenação ao pagamento de indenização por ofensas tecidas em redes sociais.

6. CONCLUSÃO

O surgimento da internet em muito facilitou a vida das pessoas, trazendo facilidade e agilidade em diversas atividades corriqueiras do dia-a-dia. Entretanto, pontos negativos podem ser encontrados no uso desenfreado das ferramentas tecnológicas.

As redes sociais em muito aproximou as pessoas, contudo, ao longo dos anos tornou-se em um ambiente propício a prática de determinados ilícitos penais e civis, ensejando desta forma condenações em ambas às esferas do direito. A sociedade deve exercer e utilizar-se dos direitos que possuem de forma livre e sem limitações, entretanto, devem recordar-se da premissa básica ensinada a todos em algum momento da vida, “o direito do outro começa, quando o meu termina”.

A prática dos ilícitos sejam eles civis ou penais no mundo virtual, poderão ensejar reparação de eventuais danos sofridos, podendo essa reparação ser determinada inclusive em sentença penal condenatória, que será devidamente executada na esfera cível.

Assim, apesar de ser algo extremamente necessário aos dias atuais, a internet deve ser utilizada com a devida prudência pelos internautas para que estes não sejam vítimas de condutas criminosas ou danos, tampouco autores de tais de tais condutas.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Tribunal de Justiça. **Recurso Inominado nº 000364986201481600250**. 1º Turma Recursal o Tribunal de Justiça do Paraná. 07 de outubro de 2014. Disponível em <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/147942669/processo-civil-e-do-trabalho-recursos-recurso-inominado-ri-364986201481600250-pr-0003649-8620148160025-0-acordao>. Acesso em 17 de maio de 2017 às 17h01 mim.

CASTILHO, Ana Lucia. **Informática para concursos: passo a passo: teoria e questões de concursos anteriores**. 1ª Edição. São Paulo: Policon Editora, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**, São Paulo: Saraiva, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4, responsabilidade civil**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUIMARÃES, Rafaelle Jhonathas de Sousa. **Novas frentes tecnológicas nas atividades da persecução penal**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 160, maio 2017.
<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18883&revista_caderno=22> Acesso em maio 2017.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Direitos Humanos, 13, coleção OAB nacional. Primeira Fase**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

PRADO, Ana. **O terrível mundo dos Comentários na Internet**. Revista Super Interessante. 27 de janeiro de 20158. Disponível em: <http://super.abril.com.br/comportamento/o-terrivel-mundo-dos-comentarios-na-internet/> Acesso em 07 de maio de 2017 às 17h52.

VADE MECUM ARMADOR, **Constituição Federal**, 2ª edição. Recife. Armador, 2016.

_____, **Código Civil**, 2ª edição. Recife. Armador, 2016.

*NOTA Modesto Agradecimento ao Policial Civil Rafaelle Jhonathas de Sousa Guimarães

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NO DIREITO TRABALHISTA BRASILEIRO

RAPHAEL RODRIGUES VALENÇA DE OLIVEIRA:

Graduado e Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Advogado. Autor de obras jurídicas.

RESUMO: O presente artigo possui o escopo de perquirir os reais contornos do princípio da proteção no Direito do Trabalho hodierno. Nessa seara, visa ilustrar a posição que o aludido instituto apresenta dentro da cultura jurídica trabalhista contemporânea, explanando a atual roupagem apresentada deste e elucidando a necessidade de um conhecimento daquele que é o princípio fundante do direito do trabalho. Ademais, pugna-se por analisar os fundamentos jurídicos que o envolvem e o caracterizam. Inicialmente, propõe-se refletir sobre o direito do trabalho de forma holística para concentrar-se, logo em seguida, na interação existente entre a teoria geral dos princípios do Direito Trabalho e seu princípio alicerce, delimitando seus fundamentos, técnicas e importância;

Palavras-Chave: Princípio da Proteção. Teoria geral dos princípios. Direito do Trabalho.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Do ponto de vista capitalista, o trabalho humano digno e a inserção máxima do trabalhador no processo de produção são vistos como valores sociais secundários e, até mesmo por alguns, como obstáculos à própria acumulação de riqueza, de modo que, inevitavelmente, a solidificação da teoria de que a proteção jurídico-social do trabalhador, nos moldes atuais – vide a tramitação do Projeto de Lei (PL) 6.787 de 2016, veiculador da polêmica reforma trabalhista no Congresso Nacional, demonstra incongruência aos postulados defendidos por este modelo econômico resta evidente.

Entretanto, faz-se imprescindível analisar a temática além da ótica construída pela camada economicamente mais favorecida pela estrutura predominante na sociedade, na qual impera a lógica da acumulação de riquezas por parte de poucos às custas da exploração de muitos, pois, se assim continuar, os direitos trabalhistas

representarão, se muito, esperança distante de um mundo onde a dignidade humana nunca será respeitada.

Nessa senda, os substratos fáticos representam atualmente um dos meios pelo qual o Direito do Trabalho exsurge, consolida-se e estabelece regras jurídicas. Aspectos históricos, ideológicos e sociológicos que outrora desfilavam incontestes, com a mudança de valores do círculo social, passam a ser questionados pelos costumes e regramento vigente.

A relação de trabalho que existia entre o empregado e o empregador caracterizava-se pela disparidade inquestionável, estando o operário em condição de sujeição e subordinação plurissignificativa em relação ao patrão. Sujeição essa proveniente da evolução histórica em que o obreiro aceitava trabalhar por salário e condições mínimas, propagadoras do estado de exploração, pois, em razão da situação, deter um labor já era algo a ser celebrado. Em virtude disso, via-se obrigado a suportar condições insalubres de trabalho, salários miseráveis, jornadas de trabalhos quase ininterruptas e serviços desgastantes.

As situações relatadas atacavam o princípio da dignidade da pessoa humana em sua essência, fato que, gradativamente, impulsionou manifestações sociais protagonizadas por aglomerados de operários, responsáveis por incutir nos representantes congressistas a necessidade de revisão das legislações trabalhistas, em especial, atinentes à proteção do trabalhador.

Essas novas normas ajudaram a construir a visão protecionista do trabalhador perante não somente aqueles que vivenciavam a realidade industrial, mas sim, de forma geral e irrestrita, à todos os atores envolvidos nas relações de simbiose laborativa, sob a batuta do princípio da igualdade material, substancial ou real, ao consubstanciar o tratamento igualitário aos desiguais.

Os princípios do Direito do Trabalho, assim como nos demais ramos jurídicos, informam os valores sociais existentes no íntimo da sociedade, em um dado intervalo temporal, transmitidos ao direito a fim de serem preservados e estimulados, através de comandos valorativos que deverão nortear as inter-relações de suas normas.

Assim ocorre com o princípio da proteção, que mais do que valor básico do Direito do Trabalho, apresenta-se como um valor social fundamental, tendo como

norte a preservação da dignidade do trabalhador, uma vez que este, o hipossuficiente das relações trabalhistas, é o representante legítimo de um dos valores primordiais e fundamentais da dinâmica social moderna: o trabalho.

Ao instrumentalizar a igualdade substancial das partes, alguns cuidados exsurtem para balizar a sua aplicação, posto que, a despeito de compreender seus contornos e efetivo cumprimento, situações indutivas de proteções exacerbadas podem confluír para estimular condutas oportunas e desnecessárias, prejudiciais não somente aos próprios trabalhadores, como aos empregadores e demais destinatários.

2 DIREITO DO TRABALHO – CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

As conceituações geralmente atribuídas ao Direito do Trabalho buscam regular todas as relações de trabalho, enfatizando os sujeitos das relações jurídicas reguladas por este ramo do direito, seja no aspecto da debilidade econômica dos trabalhadores como objetivo principal das normas deste ramo do Direito, seja posicionando a classe trabalhadora como objeto de suas conceituações. Para alguns doutrinadores, o Direito do Trabalho regula somente a relação de trabalho subordinado.

No sentido de conceituar o Direito do Trabalho, Maurício Godinho Delgado^[1] define o direito material do trabalho como um:

"complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas."

Sergio Pinto Martins^[2] diz que o direito do trabalho é:

“o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao

trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas."

Octavio Bueno Magano^[3] enuncia que o direito do trabalho é:

"o conjunto de princípios, normas e instituições, aplicáveis à relação de trabalho e situações equiparáveis, tendo em vista a melhoria da condição social do trabalhador, através de medidas protetoras e da modificação das estruturas sociais".

Assim, conclui-se que o Direito do Trabalho como ramo da ciência jurídica tem por objeto de estudo os princípios e normas que regulam as relações de trabalho, sejam elas: emprego, relações de trabalho temporário ou relações de trabalho avulso.

De acordo com Arnaldo Sussekind^[4], no Direito do Trabalho, os princípios e normas regulam as relações individuais de trabalho e de direito coletivo do trabalho, abrangendo este último a organização sindical, a negociação coletiva e a greve.

O direito do trabalho é um ramo relativamente novo, autônomo, independente da ciência jurídica comum e que se reveste de manifestações próprias que o singularizam e o destacam em relação às outras espécies do gênero único do direito^[5].

Dentre as características importantes do direito do trabalho, despontam: a tendência de ampliação crescente seja em extensão pessoal, ou em intensidade de direitos abrangidos; o fato de ser intuitivo; cosmopolita; e por ser um direito em constante transição. Essas características evidenciam a contínua transformação do direito trabalhista. Assim como o próprio Direito em si, que é uma ciência cultural, o direito do trabalho é "resultado da pressão de fatos sociais que, tensionados sob valores, resultam em normas jurídicas" ^[6].

3 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Os princípios são considerados como juízos fundamentais, que embasam e solidificam um conjunto de juízos, ordenado em um sistema de conceitos relativos a dada porção do mundo jurídico. Podendo ser comuns a todo o ordenamento jurídico, ou referir-se a um ou alguns de seus ramos particularizados, condição em que atuam como proposições gerais informadoras da noção, estrutura e dinâmica essencial do ramo jurídico ao qual se relaciona[7].

Celso Antonio Bandeira de Mello[8] define a importância do estudo dos princípios dentro do contexto do direito do trabalho:

“Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É do conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.”

Assim como Miguel Reale[9], que apresenta seu pensamento acerca de tal importância:

“Um edifício tem sempre suas vigas mestras, suas colunas primeiras, que são o ponto de referência e, ao mesmo tempo, elementos que dão unidade ao todo. Uma ciência é como um grande edifício que possui também colunas mestras. A tais elementos básicos, que servem de apoio lógico ao edifício científico, é que chamamos de princípios, havendo entre eles diferenças de distinção e de índices, na estrutura geral do conhecimento humano.”

Os princípios constitucionais trabalhistas são preceitos jurídicos de caráter geral e abstrato que balizam os contornos das soluções dos litígios judiciais laborais,

quer no âmbito do dissídio individual, quer no âmbito do dissídio coletivo. Assim, eles se voltam para o trabalhador, como indivíduo e como parte integrante de uma coletividade social e econômica específica.

Basicamente, os princípios do Direito do Trabalho são:

- Princípio da Proteção;
- Princípio da Irrenunciabilidade de Direitos;
- Princípio da Continuidade da Relação de Emprego;
- Princípio da Primazia da Realidade;
- Princípio da Inalterabilidade Contratual;
- Princípio da Intangibilidade Salarial.

Princípio da Irrenunciabilidade de Direitos

Afirma que, em regra, os direitos trabalhistas são irrenunciáveis pelo trabalhador.

Exemplificando: se o trabalhador, ao firmar seu contrato individual de trabalho, renuncia ao seu direito às férias anuais perante a empresa, esse seu ato não terá validade jurídica, podendo o obreiro posteriormente vir a reclamá-lo perante a Justiça do Trabalho.

A CLT contempla dois dispositivos que bem retratam esse princípio, ao prescrever que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos trabalhistas” (Art. 9º) e ao só permitir a alteração das condições de trabalho com o consentimento do empregado e, ainda assim, desde que não lhe acarrete prejuízos, sob pena de nulidade (Art. 468).

Esse princípio não é absoluto. É admissível, por exemplo, que em certos casos o empregado, em juízo, venha a transigir ou a renunciar a determinados direitos trabalhistas (há indisponibilidade relativa perante a Justiça do Trabalho).

Em verdade, o que se veda é a renúncia aos direitos na empresa, a fim de se evitar atos fraudulentos do empregador, destinados a reduzir as vantagens do trabalhador, praticados em razão do poder de coação natural que o patrão possui em relação ao empregado.

Princípio da Continuidade da Relação de Emprego

Esse princípio reza que, em regra, o contrato de trabalho terá validade por prazo indeterminado, isto é, a relação de emprego tem caráter de continuidade. Os contratos se presumem por prazo indeterminado; a situação contrária, ou seja, a determinação do prazo, precisa ser provada. Portanto, sempre que nada constar no contrato de trabalho a respeito de seu prazo de duração, considera-se que o trabalhador tenha sido contratado por prazo indeterminado.

Princípio da Primazia da Realidade

Tal princípio disciplina que, no âmbito do Direito do Trabalho, os fatos valem muito mais do que meros documentos, do que os ajustes formalmente celebrados.

Por exemplo, de nada adianta a celebração de um contrato entre o empregador e o empregado em que se rotule este de trabalhador doméstico se, de fato, o trabalhador desenvolve atividades comerciais.

Isto posto, prevalecerão os fatos sobre os documentos, sobre a mera formalidade.

Princípio da Inalterabilidade Contratual

Por este princípio, que se expressa no aforismo “os pactos devem ser cumpridos” (*pacta sunt servanda*), vedam-se as alterações contratuais desfavoráveis ao trabalhador, mesmo que essa inalterabilidade implique prejuízo à atividade da empresa.

Os riscos do negócio são do empregador, não havendo redução de suas responsabilidades em razão de dificuldades havidas no empreendimento.

Princípio da Intangibilidade Salarial

Este princípio assegura a irredutibilidade salarial, revelando-se como espécie do gênero da *inalterabilidade contratual lesiva*.

O conteúdo em si da proteção oferecida por tal princípio é garantir ao trabalhador perceber a contraprestação a que faz jus por seu trabalho, de maneira estável, não sujeita as oscilações da economia e às instabilidades do mercado e, por extensão, assegurar a satisfação de um conjunto, ainda que eventualmente mínimo, de suas necessidades, entre as quais a alimentação.

Há diversos dispositivos legais que asseguram tutela em relação aos salários:

“Art. 7º, da C.F.: - São direitos dos trabalhadores (...) além de outros: VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; X – proteção do salário na forma da Lei, constituindo crime a sua retenção dolosa. “

Exatamente por não ter qualquer possibilidade de auferir grandes vantagens de ordem econômica para si próprio, prerrogativa exclusiva do detentor dos meios de produção e/ou de capital, não pode o trabalhador participar dos riscos da atividade econômica, quer através da redução direta do valor nominal de seu salário (e, ampliativamente, de sua remuneração); quer através da redução de jornada de trabalho, tarefa ou alteração de critério na apuração de valores de composição de sua remuneração.

4 O MEGAPRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Ao reconhecer a inicial posição de desvantagem em que se encontra o trabalhador quando celebra um contrato subordinativo, para exercer sua função social, o direito do trabalho equilibra as posições econômicas dos respectivos sujeitos por meio da concessão de garantias ao mais fraco, com o intuito não de protegê-lo, mas de realizar o ideal de justiça. Repugna ao ideal de justiça a proteção de um dos sujeitos de certa relação social. O ideal de justiça se realiza quando o direito compensa desigualdades iniciais pela outorga de garantias aptas a igualar as posições [10]. Uma boa interpretação pra isso é ver que o direito do trabalho não pode "proteger" o empregado, e sim, regular a relação de trabalho para realizar o ideal de justiça mediante a previsão de garantias que compensem a inicial desigualdade social e econômica entre os sujeitos da relação jurídica.

Dentre os vários princípios do Direito do Trabalho, vislumbra-se o Princípio da Proteção como, senão o mais importante, um dos princípios estruturantes do Direito Trabalhista. Muitos consideram que o Princípio da Proteção é um princípio

maior dentro do Direito do Trabalho, diante de sua finalidade de proteger-equiparar o trabalhador, visto com inferioridade diante do empregador.

O princípio da proteção sintetiza a lógica do Direito do Trabalho, representando a quase totalidade das suas normas, motivo pelo qual este princípio, por vezes, é tratado como um mega-princípio, que acaba por fundamentar os demais. Sua aplicação no âmbito do Direito do trabalho, não reflete quebra da isonomia dos contratantes, mas, traduz-se, em perfeita aplicação da *igualdade substancial* das partes, já que não basta a igualdade jurídica para assegurar a paridade da partes.

Arnaldo Sussekind^[11] afirma que:

"O princípio da proteção do trabalhador resulta das normas imperativas e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a instituição básica do Estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade". A seguir, citando Deveali, afirma o autor ser o Direito do Trabalho "(...) um direito especial, que se distingue do direito comum, especialmente porque, enquanto [este] supõe a igualdade das partes, [o Direito do Trabalho] pressupõe uma situação de desigualdade que ele tende a corrigir com outras desigualdades".

Ponto relevante consiste no fato de que este princípio não precisa estar diretamente positivado. Ele faz parte do ordenamento jurídico como um todo, uma vez que o inspira. Vislumbra-se nas leis e normas trabalhistas a presença do espírito protetor ao empregado. Esse princípio pode ser positivado: de *forma substantiva*: consistindo em incorporar à carta magna do país ou a uma lei pragmática, princípio genérico de proteção ao trabalhador ou que princípio que faça com que o trabalho se ponha sob proteção do Estado; e de *forma instrumental*: significando adicionar leis protetoras que disponham sobre interpretação das normas trabalhistas.

O princípio da proteção possui inúmeras formas de atuação no universo do direito laboral, seja por técnicas ou por regras, possibilitando a afirmação de que o Direito do Trabalho é um conjunto de garantias mínimas para o trabalhador, que podem ser ultrapassados em seu benefício. Assim, de acordo com o jurista Pinho

Pedreira^[12], os meios de atuação objetivando a proteção do trabalhador, denominados por ele como "técnicas de proteção", podem ser:

- a intervenção do Estado nas Relações de trabalho, através da edição de normas e da adoção de outras providências tendente ao amparo do trabalhador;
- a negociação coletiva, consistente em procedimentos destinados à celebração da convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo;
- e a auto tutela, que é a defesa dos interesses do grupo ou do indivíduo mediante o apelo à ação direta.

O Princípio da Proteção se subdivide em outros três: o princípio *in dubio, pro operário*, o princípio da aplicação da norma mais favorável e o princípio da condição mais favorável, conforme se elucidará adiante. No momento, a título de exemplificação da aplicação de tal princípio, cabível é o julgado da 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho:

“RECURSO DE REVISTA. PLANO DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. QUITAÇÃO PLENA DO CONTRATO DE TRABALHO. A transação é negócio jurídico causal, somente manejável quando houver dúvida ou já tenha sido instaurado o litígio entre as partes. Inocorrendo qualquer dessas hipóteses tratar-se-á, quando muito, de mero acordo ou conciliação. E por óbvio, sem produzir o efeito da coisa julgada. Também não há falar em quitação, pois se o próprio direito comum limita a quitação ao valor e à espécie da dívida quitada (novo Código Civil, art. 320), “a fortiori” o direito do trabalho, cujo princípio da proteção, concretizado, dentre outras, na regra do § 2º, do art. 477, da CLT autoriza o interessado a demandar judicialmente por títulos e valores cujo pagamento lhe tenha sido sonogado. Violação legal não caracterizada. Afronta à Constituição Federal não prequestionada. Divergência superada por iterativa, notória e atual jurisprudência do TST. Aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 270 da SBDI-I, do Enunciado nº 333 desta Corte e do artigo 896, § 4º da CLT. Recurso de revista não conhecido.

ABONO INDENIZATÓRIO. O trânsito regular do recurso de revista está subordinado à adoção, pelo Tribunal Regional, de tese a respeito dos temas objeto do inconformismo, sob pena de não-conhecimento por ausência de prequestionamento. Inteligência do Enunciado n.º 297 do TST. Recurso de revista não conhecido.

HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS. Basta a simples afirmação do declarante ou de seu advogado, na petição inicial, para se considerar configurada a situação econômica. Aplicação da Orientação Jurisprudencial n.º 304 da c. SBDI-I, do Enunciado n.º 333 desta Corte e do artigo 896, § 4º da CLT. Recurso não conhecido.” [13]

De acordo com Hueck e Nipperdey[14], a proteção especial que se dá ao trabalhador parte de dois fundamentos, o de que o sinal distintivo do trabalhador é sua dependência as ordens, que afeta a pessoa do trabalhador; e a dependência econômica, “pois em geral somente coloca sua força de trabalho a serviço de outro quem se vê obrigado a isso para obtenção de seus meios de vida”.

Já, de acordo com o doutrinador Luiz de Pinho Pedreira da Silva[15] quatro são os fundamentos do princípio da proteção no Direito do Trabalho. O primeiro é a subordinação jurídica, pois no contrato de trabalho há "a singularidade de ser, entre os contratos, o único em que há entre as partes uma relação de poder, a supremacia de uma delas (o empregador) sobre a outra (o empregado)." O segundo elemento refere-se à dependência econômica, que surge da necessidade que o trabalhador tem de vender a sua força a outrem.

O terceiro fundamento relaciona-se com o comprometimento pessoal do trabalhador na execução das tarefas, expondo-se a perigos de incolumidade moral e física (tais como doenças do trabalho, assédio sexual, dano moral etc.). Por fim, o quarto fundamento advém da incultura do trabalhador, em que o trabalhador não tem conhecimento, nem tão pouco informação sobre direitos e obrigações no plano jurídico do contrato de trabalho.

O Princípio da Proteção no Direito do Trabalho, que deveria ser interpretado como condição de igualdade entre empregado e empregador, passa a ser

visto por alguns como uma lacuna deixada pelo legislador para demandas trabalhistas desnecessárias. Ao passo que o empregado continua, em geral, sendo a parte mais fraca da relação de emprego, há de ver-se que nem todas as empresas estão em condições de superioridade.

Não se questiona a existência do princípio, a qual é reconhecida por todos, mas quanto a sua aplicação existem controvérsias. Não se verifica posicionamento doutrinário, nem jurisprudencial que pregue a abolição deste princípio, mas nem todos entendem que sua aplicação deve ser e continuar como ocorria no início do direito do trabalho. Entendendo-se ser mais conveniente dosar o Princípio da Proteção a ponto de se obter uma condição isonômica entre as partes, devendo a aplicação da proteção, ser sensata buscando o equilíbrio.

Ao mesmo tempo em que o Direito do Trabalho foi norteado pelas diretrizes da idéia de protecionismo necessário, esse Princípio dentro do direito, como instrumento apaziguador de relações, deve ser visto com o impulsionador de um dos lados dessa relação, que estando em desvantagem econômica e cultural, torna-se equiparado juridicamente por meio de alguma garantia, equilibrando os dois pólos, permitindo-se assim que com igualdade de condições se faça justiça. As relações trabalhistas devem ser pautadas pela isonomia, para que, então, obtenha-se uma relação harmoniosa de direitos e deveres e obrigações, tanto no aspecto contratual, como também no âmbito do direito material e processual.

4.1 O Sub-princípio *in dubio, pro operário*

No que pertine à regra do *in dubio pro operário*, também modernamente denominada de *in dubio pro misero*, esta constitui-se em desdobramento do princípio da proteção atinente a interpretação jurídica, o qual determina que entre várias interpretações que comporta uma norma, deve ser preferida a mais favorável ao trabalhador, ou como melhor definiu Montoya Melgar, "uma regra de hermenêutica jurídica-laboral."

Na mesma esteira de pensamento manifesta-se Ana Virginia Moreira Gomes:

A regra *in dubio pro operario* constitui um critério de interpretação jurídica, conforme o qual, diante de mais de um sentido possível e razoável para a norma, o aplicador do Direito deve escolher o que seja condizente com o

abrandamento da desigualdade material que caracteriza a relação de emprego.^[16]

Antonio Vasquez afirma que em todos os ramos do Direito existe um critério para vencer a escolha da dúvida que oferece a interpretação de uma norma, assim como também a aplicação da norma a outro caso, sendo que esta norma não é clara ao integrar um ordenamento jurídico. Tal concepção exemplifica-se em relação ao direito comum, com a regra *pro debitor* que normalmente é a parte mais débil da relação. No Direito Penal aplica-se o critério *in dubio pro reo*, bem como no direito financeiro vige o critério *in dubio contra fiscum*.

Ademais, em que pese à peculiaridade do Direito do Trabalho, deve se ter bem presente que em todos os ramos do direito a proteção é sempre em benefício da parte mais fraca da relação, ou seja, na relação trabalhista o trabalhador é protegido em face do empregador, na relação do direito comum o devedor em relação ao credor do direito comum, e assim sucessivamente.

4.1.2 Condições e diretrizes na aplicação da regra *in dubio pro operario*

Deveali apresenta como condições de aplicação da regra *in dubio pro operario* a existência de dúvida acerca do alcance da norma legal, e também, não ocorrer desacordo com a vontade do legislador.

O critério *in dubio pro operario* não é para corrigir a norma ou integrá-la, mas determinar o verdadeiro sentido dentro dos vários possíveis, ou seja, é imperativa a existência de uma norma.

Esta concepção também é defendida pela doutrina, através do eminentemente doutrinador Mario De La Cueva, na seguinte passagem:

Fala-se do princípio em caso de dúvida deve resolver-se a controvérsia em favor do trabalhador, posto que o Direito do Trabalho é eminentemente protecionista; o princípio é exato, mas sempre que exista verdadeira dúvida acerca do valor de uma cláusula de contrato individual ou coletivo ou da lei, mas não deve ser aplicado pelas autoridades judiciais para criar novas instituições.^[17]

Em relação às diretrizes de aplicação da regra é possível localizar as seguintes: vejamos. A primeira é de que a regra *in dubio pro operario* aplica-se tanto para estender benefício como para diminuir prejuízo. A segunda diretriz determina a moderação na aplicação da regra, para que os tribunais não caiam no subjetivismo perigoso. A terceira diretriz determina a variação do brocardo em face da fonte de que provenha a norma interpretada, sendo arrematada pelo conceito de Vasquez que

recomenda especial atenção as partes em relação a sua categoria e a situação especial em concreto.

Esta última regra pode levar à conclusão no caso concreto de que um jogador de futebol "estrela" não mereceria a regra *in dubio pro operari*, mas, em realidade, a grande maioria não possui este quilate, estando, muitas vezes, a serviço de clubes sem capacidade para remunerá-los, sendo que com certa freqüência, têm o pagamento dos seus salários atrasados, conforme temos notícia da realidade brasileira.

4.2 O Sub-princípio da aplicação da norma mais favorável

Segundo o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, havendo duas ou mais normas, estatais ou não estatais, sobre a mesma matéria, deverá ser aplicada, no caso concreto, a mais benéfica para o trabalhador.

Percebe-se, assim, que o Direito do Trabalho não adota o sistema clássico da hierarquia das normas, aplicável ao direito comum, mas sim um modelo de hierarquia dinâmica das normas, consistente na aplicação prioritária de uma “norma fundamental”, que sempre será a mais favorável ao trabalhador, salvo disposições estatais proibitivas ou de ordem pública.

Como corolário desse princípio, a Constituição permite, salvo as disposições expressas em seu texto, que normas e condições de trabalho mais vantajosas para os trabalhadores, conferindo direitos acima dos constitucionalmente previstos, venham a ser criadas pelas normas inferiores do escalonamento jurídico. Em regra, as condições mais benéficas ao trabalhador serão sempre preservadas, ainda que norma jurídica posterior estabeleça condições menos favoráveis.

Se a lei ordinária garante férias de trinta dias e a convenção coletiva assegura férias de sessenta dias, esta última será a “norma fundamental” a ser aplicada à categoria profissional a que se refira a convenção. Se, de acordo com os usos e costumes, o aviso prévio é de sessenta dias e a lei fixar a duração do aviso em trinta dias, prevalecem os usos e costumes, de caráter mais vantajoso. Se a Constituição dispõe que o descanso semanal remunerado será preferivelmente aos domingos e o regulamento da empresa dispuser que o repouso será aos sábados e domingos, esta última norma será a “fundamental” para os trabalhadores daquela empresa. Se o contrato individual de trabalho garantir a remuneração das horas extras com adicional

de 100% sobre a hora normal e a Constituição assegurar acréscimos de apenas 50%, o contrato individual será a norma aplicável.

Outra função do princípio da norma mais favorável ao trabalhador é quanto à interpretação das normas jurídicas. Assim, em face de obscuridade quanto ao significado de um dispositivo, há que se optar pela interpretação que assegure a prevalência do sentido mais favorável ao trabalhador, identificando-se com a predominante natureza social do Direito do Trabalho.

Tal princípio admite exceções, posto não ser absoluto. A primeira diz respeito às leis governamentais proibitivas, uma vez que o Estado, mediante lei, pode vedar que por meio de outras normas jurídicas seja dispensado um tratamento mais benéfico para o trabalhador. Nesse caso, uma cláusula de convenção ou acordo coletivo que favoreça o trabalhador, em desrespeito à lei, será inaplicável.

A segunda diz respeito às chamadas leis de ordem pública, as quais, ainda que não expressamente proibitivas, não podem ser contrariadas, em razão de sua função de garantia maior da sociedade.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE HORAS EXTRAS - PERCENTUAL 100%. FERIADOS TRABALHADOS. COMPENSAÇÃO. Acórdão proferido em recurso ordinário a traduzir, quanto ao adicional de horas extras, a aplicação do princípio da norma mais favorável, derivação do mega princípio da proteção que informa o Direito do Trabalho. Ademais, o exame das razões esgrimidas na revista exigiria revisita ao conjunto fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 126/TST. Revista desfundamentada, quanto à compensação requerida, à luz do art. 896 da CLT, a inviabilizar por qualquer ângulo o seu trânsito.

Agravo de instrumento conhecido e não-provido.” [18]

4.3 Princípio da Condição mais Favorável

Esta norma tem relação com a da norma mais favorável, porém pressupõe a existência de uma outra, anterior, concreta e reconhecida, que deve continuar sendo aplicada, caso seja a mais benéfica.

Não se pode confundir esta regra com as anteriores estudadas, pois em relação ao princípio *in dubio pro operario*, ela tem caráter mais amplo, geral e, além disso, tem formulação jurídico-positiva expressa. Em relação a regra da norma mais favorável, o princípio da condição mais benéfica diz respeito a uma norma pré-existente, que foi substituída por outra nova e que traz condições menos favoráveis aos trabalhadores. Não existe um confronto de normas. Ocorre apenas, que uma norma, em regra, não pode retirar direitos do trabalhador. Daí prevalecer a condição anterior que, por sua vez, era mais benéfica ao empregado.

Apesar de distintos, os três sub-princípios estão interligados. Tanto é assim que, muitas vezes, para se aplicar a condição mais benéfica pode-se recair nas teorias do conjunto e da acumulação utilizadas para a aplicação de normas no caso da regra da norma mais favorável.

Esta regra pretende solucionar os problemas que surgiram da criação de novas normas do Direito do Trabalho, devendo ocorrer sua aplicação quando essa nova norma beneficiar menos os trabalhadores, do que a norma anterior, ou seja, quando uma norma mais recente diminui direitos dados aos empregados. Com esta regra, garante-se o respeito às garantias e direitos já alcançados pelos empregados, impedindo eventual e possível prejuízo.

As condições de trabalho devem ser analisadas em seu sentido amplo, abrangendo, caso haja, as gratificações, as condições do alojamento, a alimentação oferecida e as demais condições concedidas aos trabalhadores. Segundo, a norma anterior, sendo mais benéfica, deve ter surtido efeito sobre o contrato de trabalho e, além disso, a nova norma deve ter surgido durante a vigência deste contrato. Assim, Um trabalhador que inicia seu trabalho após o advento da norma recém criada não pode invocar a regra da condição mais benéfica, pois dela não se aproveitou. Ele não conhecia da norma anterior, por isso, não pode invocá-la. Terceiro, o trabalhador deve ter sido efetivamente beneficiado com a condição anterior. Os direitos anteriores à nova norma devem ter sido reconhecidos pelo trabalhador. Se o empregado não se valia de uma determinada faculdade ou se esta for indiferente para ele, não resultará em supressão ao seu direito revogar a norma.

Observe-se que uma regra que beneficie o trabalhador não precisa, necessariamente ser positivada ou expressa. Registre-se que, entretanto, caso o legislador queira estabelecer uma condição diversa da geral, ou seja, caso venha a estabelecer normas que restrinjam o direito dos trabalhadores, assim deve fazer de forma expressa e, de preferência, através de uma norma hierarquicamente superior, para evitar conflitos normativos, assim como ocorre na regra da norma mais favorável

No que se refere à aplicação desta norma outra ressalva que se faz necessária diz respeito a normas de caráter provisório. Apesar da possibilidade de haver posicionamento em contrário, a norma ou condição provisória que beneficia o trabalhador não tem condição de gerar os efeitos da condição mais benéfica, até mesmo porque, se assim fosse, a norma deixaria de ter seus efeitos provisórios (o que não seria da vontade do legislador), para ter caráter permanente até que outra norma a substitua.

5 CONCLUSÃO

O Direito Trabalhista é, consoante exposto, o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições trabalhistas e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas. Sendo um ramo autônomo do Direito, apresenta desenvolvimento didático próprio, autonomia legislativa, doutrinária e jurisdicional.

O mestre Amauri Mascaro define Direito do Trabalho:

“[...] como o ramo da ciência do direito que tem por objeto as normas, as instituições jurídicas e os princípios que disciplinam as relações de trabalho subordinado, determinam os seus sujeitos e as organizações destinadas à proteção desse trabalho em sua estrutura e atividade.” [\[19\]](#)

A partir destas colocações, percebe-se que não é função do direito do trabalho proteger o empregado, e, sim, regular as relações entre empregado e empregador.

Os princípios do Direito do Trabalho revelam não apenas o conteúdo básico da estrutura interna do ordenamento jurídico laboral, mas também os valores sociais que o informam. Assim, o princípio da proteção absorve em si um conteúdo tão contraditório quanto é o próprio sistema capitalista, meio no qual está inserido o Direito do Trabalho.

Ainda seguindo o pensamento de Mascaro Nascimento, no sentido de observar que no direito do trabalho existe um princípio maior, que é o da proteção jurídica do trabalhador, compensadora da inferioridade em que se encontra no contrato de trabalho, pela sua posição econômica de dependência ao empregador e de subordinação às suas ordens de serviço. De maneira que, nesta perspectiva, o direito do trabalho é um direito conferido ao trabalhador como meio de dar equilíbrio entre os sujeitos do contrato de trabalho, diante da natural desigualdade que os separa e favorece uma das partes do vínculo jurídico, a patronal.

O princípio ora discutido, portanto, foi construído para servir como fundamento para a criação de leis e, por consequência, como diretriz para a interpretação do direito, seja em sua acepção judicial, autêntica ou doutrinária. Não podendo o juiz valer-se deste para agir de forma discricionária, sobretudo devido à existência de uma grande quantidade de normas que tutelam o empregado.

Dessarte, a proteção do trabalhador deve coexistir com a segurança jurídica e demais princípios, porquanto, como demonstrado, um princípio não pode ser interpretado de forma apartada do resto do ordenamento, devendo o Princípio da Proteção ser aplicado com bom senso e tecnicismo, dissociado de abusos desmedidos a favor do hipossuficiente obreiro e tentativas de enquadramento como substitutivo do legislador, sob pena de ofensa direta aos ideais de justiça, igualdade material e juridicidade.

REFERÊNCIAS

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2003.

_____. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. Parte geral, 4 ed. São Paulo: LTr, 1991.

MARTINS, Sergio Pinto. **Curso de direito do trabalho**. 4 ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MORAES FILHO, Evaristo e MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao direito do trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 1995.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 33 ed. São Paulo: LTr, 2007.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 1999.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SUSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio e VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. 14 ed. São Paulo: LTr, 1993.

NOTAS:

[1] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2003. p. 54.

[2] MARTINS, Sergio Pinto. **Curso de direito do trabalho**. 4ª ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 17.

[3] MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. Parte geral, 4ª ed. São Paulo: LTR, 1991. p. 59.

[4] SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 83.

[5] De acordo com o pensamento de Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes. In: Introdução ao direito do trabalho. 7ª ed. São Paulo: LTR, 1995. p. 59.

[6] Nascimento, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 33º ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 60.

[7] DELGADO, Mauricio Godinho. Princípios de direito individual e coletivo do trabalho, 2001, p.16.

[8] Celso Antônio Bandeira de Mello apud SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. Principiologia do Direito do Trabalho, 1999, p.12.

[9] REALE, Miguel. Filosofia do Direito, 1975, p.57.

[10] De acordo com o pensamento de Amauri Mascaro Nascimento. In: Iniciação ao Direito do Trabalho. 33º ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 59.

[11] SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio e VIANNA, Segadas. Instituições de Direito do Trabalho. 14. ed. São Paulo: LTr, 1993. v. I, p. 128.

[12] SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. Principiologia do Direito do Trabalho, 1999, p.30

[13] RR - 228400-24.1999.5.19.0001 , Relator Juiz Convocado: Luiz Carlos Gomes Godoi, Data de Julgamento: 27/10/2004, 2ª Turma, Data de Publicação: 26/11/2004

[14] HUECK E NIPPERDEY apud RODRIGUES, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho, 2000, p.88.

[15] SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. Principiologia do Direito do Trabalho, 1999, p.26.

[16] GOMES, Ana Virginia Moreira. **A aplicação do princípio protetor no Direito do Trabalho.** 2001, p.46.

[17] DE LA CUEVA, Mario *apud* RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho,** 2000, p.112.

[18] AIRR - 27700-76.2002.5.03.0064 , Relatora Ministra: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Data de Julgamento: 21/05/2008, 3ª Turma, Data de Publicação: 13/06/2008.

[19] Nascimento, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 33º ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 58.

DA INDICAÇÃO DE MARCA EM EDITAL DE LICITAÇÃO

TARCISIO VIEIRA GONÇALVES: Advogado sócio do escritório João Carlos de Paiva Advogados Associados; Pós-graduando em Direito Civil e Direito Empresarial pelo Damásio Educacional S/A; Pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera-Uniderp/LFG; Graduado em Direito pela Faculdade Cenecista de Varginha (FACECA)

Questão intrigante sobre licitações é a que se refere à indicação de marca no instrumento convocatório. Como se sabe de lição basilar, a sistemática das licitações é regida pela principiologia positivada no art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/1993.

E toda vez que se trata da indicação de marca no edital, surge a polêmica acerca de eventuais direcionamentos, que fulminam a ampla competitividade e a isonomia, além de não cumprirem com a finalidade do certame, que é a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Ademais, não é muito relembrar a máxima de que o edital é a lei da licitação, ou seja, todo o procedimento licitatório será regido dentro dos contornos do instrumento convocatório, que vincula tanto os licitantes quanto a Administração.

Além disso, o princípio do julgamento objetivo também clama pelo óbvio afastamento das subjetividades, e a indicação de marca como critério para a escolha da proposta vencedora suscita o tema da falta de objetividade na seleção.

Por esses motivos, a Lei nº 8.666/1993 tomou o cuidado de tratar da indicação de marca, e em até mais de uma oportunidade. Dispondo sobre as obras e serviços, a Lei de Licitações estabeleceu:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

[...]

§ 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

Mais adiante, ao cuidar das compras, novamente enfocou o tema, pois que o art. 14 exige a descrição objetiva dos itens que serão comprados, mas o inciso I, do § 7º, do art. 15 manda que isso seja feito sem indicação de marca. Veja-se:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

[...]

§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca.

Diante desses dispositivos, e em uma leitura apressada, poder-se-ia concluir que a Lei nº 8.666/1993 veda a indicação de marca no instrumento convocatório. Todavia, esta não é interpretação correta.

O assunto tem sido amplamente estudado. E, como não poderia deixar de ser, já está consolidado o entendimento de que a indicação de marca nos editais é constitucional e legal, desde que observados certos requisitos. É à análise desses requisitos que ora se dedica, com base na doutrina e na jurisprudência, sobretudo dos tribunais de contas.

De proêmio, um primeiro argumento, de ordem estritamente prática, que leva à aceitação da indicação de marca em edital, é o fato de que muitas vezes a Administração acaba adquirindo produtos, serviços ou obras de muito baixa qualidade.

Contudo, além desse e de outros fundamentos fáticos, existem fundamentos jurídicos pelos quais se deve considerar aceitável a indicação de marca em editais.

Ora, muitas vezes a marca é apontada por uma questão de objetividade, como nas situações em que o mercado oferece um determinado bem cuja qualidade ou economia seguramente se reportam a uma marca.

Nesses casos, não se está a limitar a competitividade e ferir a isonomia. Trata-se, na verdade, de uma alternativa da Administração para selecionar um objeto que atenda de modo escorreito às suas necessidades. Partindo dessa premissa, Marçal Justen Filho assim analisa o tema:

Não é necessário reiterar a ausência de confusão entre os conceitos de padronização e preferência por marca. A padronização pode resultar na seleção de um produto identificável por meio de uma marca. Logo, o resultado será a escolha pela Administração de uma “marca” determinada, a qual será utilizada posteriormente para identificar os objetos que serão contratados. Isso não se traduz em qualquer tipo de atuação reprovável, não infringe à Constituição nem viola a

Lei nº 8.666. O que se veda é a preferência subjetiva e arbitrária por um produto, fundada exclusivamente na marca. Não há infringência quando se elege um produto (serviço etc.) em virtude de qualidades específicas, utilizando-se sua marca apenas como instrumento de identificação. No caso, não há preferência pela marca, mas pelo objeto. A marca é, tão-somente, o meio pelo qual se individualiza o objeto que se escolheu (JUSTEN FILHO, 2011, p. 186-187).

De outro lado, cumpre destacar que o Tribunal de Contas de União já decidiu por reiteradas vezes pela possibilidade de indicação de marca no edital de licitação. Contudo, o TCU confere caráter de excepcionalidade à citada conduta. Assim, a orientação é no sentido de que há necessidade de apresentação, em uma decisão prévia e fundamentada do gestor público, de elementos técnicos e/ou econômicos que justifiquem a indicação da marca. Nesse sentido, confira-se o seguinte aresto:

Esta Corte de Contas, em diversos julgados, tem se manifestado pela possibilidade excepcional de indicação de marca em licitações, desde que fundadas em razões de ordem técnica ou econômica, devidamente justificadas pelo gestor, hipóteses nas quais não há ofensa ao princípio da isonomia, nem tampouco restrições ao caráter competitivo do certame (Decisão n. 664/2001 - Plenário; Acórdão n. 1.010/2005 - Plenário e Acórdão n. 1.685/2004 - 2ª Câmara). (TCU, Acórdão 1.122/2010, Primeira Câmara, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, j. 09/03/2010).

Além disso, a indicação de marca somente é lícita quando a aquisição do bem daquela marca significar, pelas mencionadas razões técnicas e/ou econômicas, uma vantagem para a Administração, conforme também já decidiu o TCU:

A indicação de marca na especificação de produtos de informática pode ser aceita frente ao princípio da padronização previsto no art. 15, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, desde que a decisão administrativa que venha a identificar o produto pela sua marca seja circunstanciadamente motivada e demonstre ser essa opção, em termos técnicos e econômicos, mais vantajosa para a administração. (TCU, Acórdão nº 2.376/2006, Plenário, Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, j. 06/12/2006).

É necessário que, além da marca indicada no instrumento convocatório, este também preveja a aceitação de objetos de outras marcas, desde que estes outros objetos tenham qualidade igual ou superior ao da marca indicada. Cita-se, em exemplo, o seguinte acórdão do TCU:

REPRESENTAÇÃO. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA REALIZAÇÃO DE PREGÃO ELETRÔNICO. ESPECIFICAÇÃO DE MARCA. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS À ANULAÇÃO DO CERTAME. DETERMINAÇÕES.

1. É ilegal a indicação de marcas, nos termos do § 7º do art. 15 da Lei 8.666/93, salvo quando devidamente justificada por critérios técnicos ou expressamente indicativa da qualidade do material a ser adquirido.

2. Quando necessária a indicação de marca como referência de qualidade ou facilitação da descrição do objeto, deve esta ser seguida das expressões “ou equivalente”, “ou similar” e “ou de melhor qualidade”, devendo, nesse caso, o produto ser aceito de fato e sem restrições pela Administração.

3. Pode, ainda, a administração inserir em seus editais cláusula prevendo a necessidade de a empresa participante do certame demonstrar, por meio de laudo expedido por laboratório ou instituto idôneo, o desempenho, qualidade e produtividade compatível com o produto similar ou equivalente à marca referência mencionada no edital. (TCU, Acórdão 2.300/2007, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, j. 31/10/2007).

Diante dessas reiteradas decisões convergentes, o Tribunal de Contas da União acabou por editar o enunciado nº 270 da súmula da sua jurisprudência dominante, vazado nos seguintes termos: “Em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificação”.

O verbete nº 270 é do ano de 2012 e tem como fundamento legal exatamente o inciso I, do art. 15, da Lei nº 8.666/1993, o qual prevê expressamente o princípio da padronização:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas.

Como se observa da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a indicação de marca é admitida para fins de padronização, devendo ser assegurado o caráter competitivo do certame.

A doutrina cuidou de conceituar, de modo científico, a padronização, conforme se observa do magistério de Marçal Justen Filho:

A padronização é regra. No caso, a Administração deverá ter em vista aquisições passadas e futuras. A padronização aplica-se não apenas a uma compra específica, especialmente quando se trate de bem de vida útil continuada. Ao selecionar o fornecedor para produtos não consumíveis, a Administração deverá ter em vista produtos semelhantes que já integram o patrimônio público, como também deverá prever eventuais futuras aquisições. Somente assim a padronização produzirá os efeitos desejados, consistentes na redução de custos de manutenção, simplificação de mão-de-obra etc (JUSTEN FILHO, 2011, p. 184).

Por sua vez, Jessé Torres Pereira Júnior contribui de maneira singular ao estabelecer os requisitos para a padronização, sendo:

a - a padronização depende de estudo técnico que sustente, fundamentadamente, ser a solução correta para aquisição de determinado produto (...); b - padronização não pode ser, toda evidência, o disfarce de um capricho do administrador (...), c - (...) estudos, lançados em relatórios técnico-científicos, constituem requisito da padronização (PEREIRA JÚNIOR, 2003, p. 177).

Nessa senda, José dos Santos Carvalho Filho sintetiza o que, para ele, são as hipóteses em que se pode admitir a escolha pela marca:

Desse modo, parece correta a observação de que a escolha de determinada marca só pode dar-se em três hipóteses:

1. continuidade da utilização de marca já adotada no órgão;
2. para a utilização de nova marca mais conveniente; e
3. para o fim de padronização de marca no serviço público, todas evidentemente justificadas pela necessidade da Administração (CARVALHO FILHO, 2013, p. 271).

Pelo que se observa, a marca pode ser indicada quando representar vantagens para a Administração, a qual, empregando bens de uma mesma linha produtiva, observará redução de custos e aumento de qualidade.

Trata-se, na verdade, de uma necessidade da Administração de se organizar para atuar melhor, prestar serviços públicos mais eficientes, objetivando sempre a tutela do interesse público. Destarte, é um meio para a consecução do princípio da boa administração.

Interessante frisar que, quando há indicação de marca, o objeto licitado passa a ser restrito ao produtor. Assim, quando faltar o pressuposto lógico da licitação, qual seja, a pluralidade de ofertantes, pois que somente um, o detentor de certa marca, é que produz o bem da vida que a Administração quer adquirir, é evidente que a licitação é inviável, isto é, é inexigível. Logo, pode ser formalizada a contratação direta, conforme autoriza o inciso I, do art. 25, da Lei nº 8.666/93:

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

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

Hely Lopes Meirelles, porém, faz importante distinção entre o produtor exclusivo – caso em que a licitação é mesmo inexigível – e o vendedor exclusivo – quando pode haver regular competição. Veja-se:

Há que distinguir, todavia, a exclusividade *industrial* da exclusividade *comercial*. Aquela é a do produtor privativo no País; esta é a dos vendedores e representantes na praça. Quando se trata de *produtor* não há dúvida possível: se só ele

produz um determinado material, equipamento ou gênero, só dele a Administração pode adquirir tais coisas. Quando se trata de *vendedor* ou *representante comercial* já ocorre a possibilidade de existirem vários no País, e, nesse caso, considera-se a *exclusividade na praça de comércio* que abranja a localidade da licitação. O conceito de exclusividade comercial está, pois, relacionado com a área privativa do vendedor ou do representante do produtor (MEIRELLES, 2004, p. 277, grifo do autor).

Da interpretação sistemática e teleológica da Lei nº 8.666/1993, pode-se concluir, de modo científico e com amparo na jurisprudência do TCU e na mais abalizada doutrina, que a opção por uma marca nem sempre vulnera o instituto da licitação.

Assim, desde que para fins de padronização, é lícito indicar marca no instrumento convocatório, quando isso se prestar à identificação do objeto do certame e representar vantagem para a Administração. Para tanto, exige-se do gestor público prévia e devida justificativa, que aponte razões de ordem técnica e/ou econômica, as quais devem ser aptas a fundamentar a escolha pela marca. Ademais, o edital deve consignar, além da marca, a aceitação de outros objetos similares, equivalentes ou de igual ou melhor qualidade.

Bibliografia

BRASIL. Lei n. 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:

. Acesso em 07 mai. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.376/2006, Plenário, Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça. Julgamento em: 06 dez. 2006. Disponível em: . Acesso em 05 mai. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.300/2007, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz. Julgamento em 31 out. 2007. Disponível em: . Acesso em 05 mai. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.122/2010, Primeira Câmara, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa. Julgamento em 09 mar. 2010. Disponível em: . Acesso em: 04 mai. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. 1266 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010. 991 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29 ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2004. 798 p.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 6ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 1239 p.

REFLEXÕES SOBRE O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 788.889 EM PROL DA ISONOMIA EM SEDE DE DIREITOS TRABALHISTAS: MÍNIMO EXISTENCIAL SOCIAL E A LICENÇA ADOTANTE

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

Resumo: Em ressonância com o preceito de necessidades humanas básicas, na perspectiva das presentes e futuras gerações, é colocada, como ponto robusto, para reflexão a exigência de um patamar mínimo de qualidade e segurança social, sem o qual o preceito de dignidade humana restaria violentado em seu núcleo essencial. A seara de proteção do direito à vida, quando confrontado com o quadro de riscos sociais contemporâneos, para atender o padrão de dignidade alçado constitucionalmente, reclama ampliação a fim de abarcar a dimensão no seu quadrante normativo, sobretudo no que toca à superação dos argumentos e obstáculos erigidos pela Administração Pública no que se relaciona à reserva do possível para sua implementação. Insta salientar, ainda, que a vida se apresenta como condição elementar para o pleno e irrestrito exercício da dignidade humana, conquanto esta não se limite àquela, porquanto a dignidade não se resume a questões existenciais de natureza essencialmente biológica ou física, todavia carece a proteção da existência humana de forma mais ampla. Desta maneira, é imprescindível que subsista a promoção dos direitos sociais para identificação dos patamares necessários de tutela da dignidade humana, a fim de promover o reconhecimento de um direito-garantia do mínimo existencial social. Neste passo, o escopo do presente reside em analisar a proeminência assumida pelo Recurso Extraordinário nº 788.889 em prol da efetivação dos direitos trabalhistas e, por via de consequência, ao mínimo existencial social, por meio da impressão de isonomia entre a licença gestante e a licença adotante.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais Trabalhistas. Mínimo Existencial Social. Dignidade da Pessoa Humana. Licença Adotante.

Sumário: 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna; 3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade; 4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade; 5 A Construção do Mínimo Existencial Social: O reconhecimento dos Direitos Sociais como indissociáveis da Dignidade da Pessoa Humana; 6 Reflexões sobre o Recurso Extraordinário nº 788.889 em prol da isonomia em sede de Direitos Sociais: Mínimo Existencial Social e a Licença Adotante

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

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

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o “*prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém*”^[1]. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação

consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental N.º. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*” [2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

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

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

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

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

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

moradia, justiça, habitação adequada, segurança contra os perturbadores, saúde e paz[6].

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, “*pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana*”[7], consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo. Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens[8], cuja aceção, na visão adotada, excluía aqueles. “*É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida*”[9].

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

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta Libertati* (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato[11]. A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo

direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito[12], devido processo legal[13], acesso à Justiça[14], liberdade de locomoção[15] e livre entrada e saída do país[16].

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

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

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

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

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

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

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política[28]. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos, explorada em fábricas,

morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

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

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade^[30], da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Ao lado disso, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio da legalidade^[31], da reserva legal^[32] e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência^[33], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento^[34].

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. “*Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade*

têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade”[35], aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

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

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado na exploração do proletariado. O contingente de trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças, os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram submetidos a cargas horárias extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas subjugou a maioria[36]. A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

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

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

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

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

proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

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

5 A Construção do Mínimo Existencial Social: O reconhecimento dos Direitos Sociais como indissociáveis da Dignidade da Pessoa Humana

Em ressonância com o preceito de necessidades humanas básicas, na perspectiva das presentes e futuras gerações, é colocada, como ponto robusto, para reflexão a exigência de um patamar mínimo de qualidade e segurança social, sem o qual o preceito de dignidade humana restaria violentado em seu núcleo essencial. A seara de proteção do direito à vida, quando confrontado com o quadro de riscos sociais contemporâneos, para atender o padrão de dignidade alçado constitucionalmente, reclama ampliação a fim de abarcar a dimensão no seu quadrante normativo, sobretudo no que toca à superação dos argumentos e obstáculos erigidos pela Administração Pública no que se relaciona à reserva do possível para sua implementação. Insta salientar, ainda, que a vida se apresenta como condição elementar para o pleno e irrestrito exercício da dignidade humana, conquanto esta não se limite àquela, porquanto a dignidade não se resume a questões existenciais de natureza essencialmente biológica ou física, todavia carece a proteção da existência humana de forma mais ampla. Desta maneira, é imprescindível que subsista a promoção dos direitos sociais para identificação dos patamares necessários de tutela da dignidade humana, a fim de promover o reconhecimento de um direito-garantia do mínimo existencial social.

A exemplo do que ocorre com o conteúdo do superprincípio da dignidade humana, o qual não encontra pontos limítrofes ao direito à vida, em uma acepção restritiva, o conceito de mínimo existencial não pode ser limitado ao direito à simples sobrevivência na sua dimensão estritamente natural ou biológica, ao reverso, exige concepção mais ampla, eis que almeja justamente a realização da vida em patamares dignos, considerando, nesse viés, a incorporação da qualidade social como novo conteúdo alcançado por seu âmbito de proteção. Arrimado em tais corolários, o conteúdo do mínimo existencial não pode ser confundido com o denominado “mínimo vital” ou mesmo com o “mínimo de sobrevivência”, na proporção em que este último tem seu sentido atrelado à garantia da vida humana, sem necessariamente compreender as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida dotada de certa qualidade.

Nesta senda de exposição, ainda, o conteúdo normativo ventilado pelo direito ao mínimo existencial deve receber modulação à luz das circunstâncias históricas e culturais concretas da comunidade estatal, inclusive numa perspectiva evolutiva e cumulativa. Destarte, é natural que novos elementos, decorrentes das relações sociais contemporâneas e das novas necessidades existenciais apresentadas, sejam, de maneira paulatina, incorporados ao seu conteúdo, eis que o escopo primordial está assentado em salvaguardar a dignidade da pessoa humana, sendo indispensável o equilíbrio e a segurança ambiental. Nesta esteira, com o escopo de promover a conformação do conteúdo do superprincípio da dignidade da pessoa humana, é imperioso o alargamento do rol dos direitos fundamentais, os quais guardam ressonância com a concepção histórica dos direitos humanos, porquanto a tendência é sempre a ampliação do universo dos direitos fundamentais, de maneira a garantir um nível cada vez maior de tutela e promoção da pessoa, tanto em uma órbita individual como em aspectos coletivos.

Ademais, cuida anotar que o processo histórico-constitucional de afirmação de direitos fundamentais e da proteção da pessoa viabilizou a inserção dos direitos sociais no rol dos direitos fundamentais. Nessa premissa, cuida reconhecer que o mínimo existencial social se desdobra como uma das múltiplas e indissociáveis órbitas vinculadas ao superprincípio da dignidade da pessoa humana, em especial no que atina à realização de suas potencialidades, sobremaneira no que se relaciona aos direitos. Recentemente, o rol do artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil sofreu considerável alargamento, passando a abarcar uma plêiade de direitos

sociais como fundamentais ao indivíduo: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”^[44]. De maneira reiterada, o Supremo Tribunal Federal reconhece que os direitos sociais materializam um agir positivo do Estado, devendo, portanto, ser adimplido em favor do cidadão.

Ementa: Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. Educação de deficientes auditivos. Professores especializados em Libras. 3. Inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional. Intervenção excepcional do Judiciário. Possibilidade. Precedentes. 4. Cláusula da reserva do possível. Inoponibilidade. Núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais. 5. Constitucionalidade e convencionalidade das políticas públicas de inserção dos portadores de necessidades especiais na sociedade. Precedentes. 6. Ausência de argumentos suficientes a infirmar a decisão recorrida. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma/ ARE 860.979 AgR/ Relator: Ministro Gilmar Mendes/ Julgado em 14 abr. 2015/ Publicado no DJe em 06 mai. 2015).

Ementa: Recurso Extraordinário com Agravo (Lei nº 12.322/2010) – Manutenção de rede de assistência da criança e do adolescente – Deve estatal resultante da norma constitucional – Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão estatal (RTJ 183/818-819) – Comportamento que transgredir a autoridade da Lei Fundamental da República (RTJ 185/794-796) – A questão da reserva do possível. Reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público – A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade

de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Poder Público – A teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) – Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusiva daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, arts. 6º, 196 e 197) – A questão das “escolhas trágicas” – A colmatação de omissões constitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos Juízes e Tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do Direito – Controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Poder Público: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição do retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – Doutrina – Precedentes do Supremo Tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na Constituição da República (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – Existência, no caso em exame, de relevante interesse social – Recurso de Agravo Improvido. (Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma/ ARE 745.745 AgR/ Relator: Ministro Celso de Mello/ Julgado em 02 dez. 2014/ Publicado no DJe em 19 dez. 2014).

Ementa: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Administrativo e Processual Civil. Repercussão geral presumida. Sistema Público de saúde local. Poder Judiciário. Determinação de adoção de medidas para a melhoria do sistema. Possibilidade. Princípios da separação dos poderes e da reserva do possível. Violação. Inocorrência. Agravo Regimental a que se nega provimento. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou

a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (Supremo Tribunal Federal – Primeira Turma/ RE 642.536 AgR/ Relator: Ministro Luiz Fux/ Julgado em 05 fev. 2013/ Publicado no DJe em 27 fev. 2013).

Ora, denota-se que a implementação do mínimo existencial social pressupõe, com claros contornos, a estruturação de políticas públicas pelo Poder Público, sobretudo no que concerne ao núcleo duro que sustenta os direitos sociais, dentre o direito à educação e o direito à saúde recebem especial atenção. É preciso sublinhar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa. Assim sendo, a intervenção jurisdicional, por vezes, encontra justificativa pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à educação e à saúde, precipuamente, tornar-se-á plenamente legítima, sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesse e de valores em conflito, a necessidade de prevalência da decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e proteção aos direitos sociais.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às

possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Ao lado do exposto, tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção dos direitos sociais, de maneira geral, tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial.

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais – que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica –, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição. Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito, em especial a plêiade que compõe o mínimo existencial social. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente

respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

6 Reflexões sobre o Recurso Extraordinário nº 788.889 em prol da isonomia em sede de Direitos Trabalhistas: Mínimo Existencial Social e a Licença Adotante

À luz dos argumentos expendidos até o momento, é imperioso analisar o desdobramento advindo do julgamento do Recurso Extraordinário nº 788.889, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, que, fulcrado em um sucedâneo axiológico decidiu que inexistente sedimento constitucional autorizador para o estabelecimento de distinção entre a genitora gestante e a genitora adotante, logo, não seria crível prosperar a tese de que haveria distinção nos prazos das respectivas licenças. Em que pese o argumento basilar se respaldar em temáticas vinculadas ao Direito de Família, cuida reconhecer, igualmente, que a interpretação conferida impacta diretamente nos denominados direitos trabalhistas, estendendo à adotante o direito ao lapso temporal de licença da gestante. Para tanto, colaciona-se a ementa do paradigmático recurso extraordinário:

Ementa: Direito Constitucional. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Equiparação do prazo da licença-adotante ao prazo de licença-gestante. 1. A licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor. 2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à

proteção deficiente. 3. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a dificuldade de viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas. 5. Mutação constitucional. Alteração da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF. 6. Declaração da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei n  8.112/1990 e dos parágrafos 1  e 2  do artigo 3  da Resolução CJF n  30/2008. 7. Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir   recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruic o do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7 , XVIII,CF, acrescidos de 60 dias de prorrogação, tal como estabelecido pela legislação em favor da mãe gestante. 8. Tese da repercussão geral: “Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não   possível fixar prazos diversos em função da idade da crianç a

adotada” (Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno/ RE 788.889/ Relator: Ministro Luís Roberto Barroso/ Julgado em 10.03.2016).

No início do seu voto, o ministro Luís Roberto Barroso, relator do recurso, fez um apanhado quanto às mudanças na legislação pertinente ao tema nos últimos anos. Destacou, entre outros pontos, a plena igualdade entre os filhos estabelecida no artigo 227, parágrafo 6º, e o direito à licença-maternidade de 120 dias à gestante, disposto no artigo 7º, inciso XVIII, da Carta da República. Na evolução da legislação, o ministro salientou que, ao contrário da administração pública, a iniciativa privada, por previsão na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), prevê o mesmo tempo de licença-maternidade para mães biológicas e adotantes. “No serviço público hoje se discrimina entre mãe gestante e mãe adotante e em razão da idade da criança adotada”^[45], disse. O ministro apresentou ainda resultado de pesquisas quanto ao quadro do sistema de adoção que afirmam que as crianças mais velhas são rejeitadas pela maioria dos casais que desejam adotar. Destacou ainda que quanto maior o tempo de internação, mais difícil é a adaptação das crianças à família adotiva, o que faz, nesses casos, ainda mais necessária a dedicação e disponibilidade dos pais adotivos. “Portanto, nada na realidade das adoções e muito menos na realidade das adoções tardias indica que crianças mais velhas precisem de menos cuidados ou de menos atenção do que bebês. É justamente o contrário”^[46].

Para Barroso, o tratamento mais gravoso dado ao adotado de mais idade viola o princípio da proporcionalidade na medida em que cria mais dificuldade a quem mais precisa. “Se quanto maior é a idade maior é a dificuldade de adaptação da criança à nova família e se o fator mais determinante da adaptação é a disponibilidade de tempo dos pais para a criança, não é possível conferir uma licença maternidade menor para o caso de adoção de crianças mais velhas”^[47], afirmou. O ministro votou pelo provimento do recurso para reconhecer, no caso concreto, o direito da recorrente ao prazo remanescente da licença, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já usufruído, seja de 180 dias de serviço remunerado (os 120 dias previstos no artigo 7º da CF acrescidos dos 60 dias de prorrogação previstos na Lei 11.770/2008). Em seu voto, foi fixada a seguinte tese, para fins de aplicação da repercussão geral: “Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores ao prazo da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à

licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”[48]. Em complemento, ainda, o Ministro Relator explicitou que:

Diante do exposto e em resposta às questões de direito postas pelo presente caso, concluo que: (i) a lei não pode instituir prazos diferenciados de licença gestante e adotante ou de suas prorrogações; e (ii) a lei não pode estipular prazo de licença adotante inferior, nos casos de adoções tardias. Entendimento diverso contrariaria a proteção constitucional à maternidade (CF, art. 6º e 7º, XIII), a prioridade do superior interesse da criança, a doutrina da proteção integral (CF, arts. 226 e 227), o direito dos filhos adotados à igualdade de tratamento com filhos biológicos (CF, art. 227, § 6º), o direito da mulher adotante à dignidade, à igualdade e à autonomia (CF, art. 5º, caput e inc. III) e o princípio da proporcionalidade em sua vertente de proibição à proteção deficiente (CF, art. 5º, LV)[49].

Cuida, portanto, reconhecer que a decisão exarada no Recurso Extraordinário nº 788.889 apresenta-se como importante marco interpretativo e conformador jurisprudencial para a igualização dos direitos fundamentais, sobretudo no que concerne à vedação de tratamento distintivo, em uma conotação negativa, entre situações que não guardam distinção. Ora, ao se admitir que a genitora adotante encontra-se em inferioridade em relação à genitora gestante, conforme entendimento explicitado pelo próprio Supremo Tribunal Federal[50], ao julgar o Recurso Extraordinário 197.807. Assim, ao se admitir a continuidade da tese jurídica assentada em 2000, diante do fortalecimento dos vínculos socioafetivos como elementos estruturantes das famílias contemporâneas, seria uma interpretação equivocada e descompassada do Texto Constitucional, empregando-lhe como instrumento desagregador e não inclusivo, capaz de reconhecer e conferir dignidade a todo indivíduo, em especial aqueles que tem a família pautada no afeto.

Denota-se, ainda, ao reconhecer o direito à fruição do lapso temporal da licença gestante também à adotante, o Recurso Extraordinário nº n 788.889 produziu efeitos diretamente nos direitos trabalhistas. Para tanto, de maneira cristalina, o entendimento colocou fim à interpretação distintiva que era adotada pela Suprema Corte Federal, bem como reconheceu que o acesso ao prazo concernente à licença

sobredita configura elemento integrante do mínimo existencial social, em especial no que toca à concreção dos direitos trabalhistas. Assim, ao promover uma interpretação do inciso VIII do artigo 7º da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal objetivou, de maneira clara, conferir substância ao papel desempenhado, no que toca à atividade contramajoritária interpretativa e à promoção da dignidade da pessoa humana por meio do princípio da unidade da Constituição.

REFERÊNCIAS:

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: . Acesso em 27 fev. 2017.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 27 fev. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em 27 fev. 2017.

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

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: . Acesso em 27 fev. 2017.

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

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

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

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

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

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 8, n. 157, 10 dez. 2003](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: . Acesso em 27 fev. 2017.

_____. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: . Acesso em 27 fev. 2017.

_____. Magna Carta (1.215). Disponível em: . Acesso em 27 fev. 2017.

_____. Petição de Direito (1.628). Disponível em: . Acesso em 27 fev. 2017.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: . Acesso em 27 fev. 2017.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 27 fev. 2017.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 27 fev. 2017.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil.

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589297>

Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: . Acesso em 27 fev. 2017.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: . Acesso em 27 fev. 2017.

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

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: . Acesso em 27 fev. 2017, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009, s.p.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: . Acesso em 27 fev. 2017.

[10] MORAES, 2011, p. 06.

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

[12] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: . Acesso em 27 fev. 2017: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito”.

[13] *Ibid.* “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

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

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

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

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

[18] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Petição de Direito (1.628). Disponível em: . Acesso em 27 fev. 2017: “ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou *benevolence* e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas”.

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

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

[21] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: . Acesso em 27 fev. 2017: “Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”.

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

[23] COMPARATO, 2003, p. 49.

[24] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: . Acesso em 27 fev. 2017: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

[25] SILVA, 2004, p.155.

[26] *Ibid.*

[27] MORAES, 2003, p. 28.

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

[29] SILVA, 2004, p. 157.

[30] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: . Acesso em 27 fev. 2017: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

[31] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: . Acesso em 27 fev. 2017: “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

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

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

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

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

[36] COTRIM, 2010, p. 160.

[37] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

[38] MORAES, 2011, p. 11.

[39] SANTOS, 2003, s.p.

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

[41] SANTOS, 2003, s.p.

[42] BONAVIDES, 2007, p. 564.

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

[44] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 27 fev. 2017.

[45] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em 27 fev. 2017d.

[46] Ibid.

[47] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em 27 fev. 2017d.

[48] Ibid.

[49] Ibid.

[50] Ibid. Acórdão proferido em Recurso Extraordinário 197.807. Não se estende à mãe adotiva o direito à licença, instituído em favor da empregada gestante pelo inciso XVIII do art. 7º, da Constituição Federal, ficando sujeito ao legislador ordinário o tratamento da matéria. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgado em 30.05.2000. Publicado no DJ em 18.08.2000. Disponível em: . Acesso em 27 fev. 2017d.

CRIMES LICITATÓRIOS: ASPECTOS E APLICABILIDADE

GILDETE RODRIGUES DE OLIVEIRA:
Bacharelado no curso de Direito da Universidade Brasil
(Unicastelo).

Thalita Toffoli Páez(Orientadora)[1]

RESUMO: Em que pese dizer sobre os crimes licitatórios é tratar de tema bem atual, pois com tantas notícias em nossa mídia, vem descobrindo e pondo mais a vista da população, tento em conta que em nosso país é sustentado por princípios fortes e que são de extrema importância no meio de viver, já como deixando a entender que condutas diversas da que são corretas a serem praticadas, sendo como agentes que figuram como representantes do Estado na relação de prestação de serviço comentem certas condutas consideradas como imoral, fora do dever, ou em curtas palavras, condutas criminosas, assim incidindo num rol de crimes que se baseiam principalmente nos crimes licitatórios. Percebe que tem legislação punitiva pra coibir os agentes que prestam atividade ou participam no polo passivo da situação, mas que todos tem sua parcela de culpa e devem ser punidos, pois é de grande imoralidade facilitar ou prejudicar um participante para a prestação de serviços em função de outro, ora não tornando a modalidade justa que certamente em base de princípio da licitação é fundamental que tenha igualdade entre os licitantes, juntamente sigilo de suas propostas e que adjudiquem compulsoriamente o vencedor da modalidade escolhida da licitação.

Palavras – chave: Licitação. Crimes. Procedimento. Fraude.

ABSTRACT: In spite of what is said about the bidding crimes, it is a very current issue, because with so much news in our media, it has been discovering and putting more the view of the population, I take into account that in our country it is sustained by strong principles and that they are of extreme Importance in the midst of living, or as implying that conduct other than that which is correct to be practiced, and as agents who appear as representatives of the State in the service relationship comment on certain conduct considered immoral, out of duty, or Short words, criminal conduct, thus focusing on a list of crimes that are based mainly on the crime of bidding. It perceives that it has punitive legislation to restrain agents who are active or participate in the passive field of the situation, but that all have their share of guilt and should be punished, as it is of great immorality to facilitate or prejudice a participant to provide

services in function On the other, sometimes not making the fair modality that certainly on the basis of bidding principle it is fundamental that there is equality between bidders, together secrecy of their proposals and that compulsorily award the winner of the chosen modality of bidding.

Keywords: Bidding. Crimes. Procedure. Fraud.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, é preciso analisar o real motivo de se constituir regras penais em meio a uma legislação de cunho administrativo, tal qual é a Lei nº 8.666/93, que regulamenta os procedimentos de licitação e contratos administrativos, no âmbito das contratações do Poder Público federal, estadual, municipal e no Distrito Federal nas administrações diretas e indiretas (BRASIL, 1993).

Recordar-se que a matéria já havia recebido o tratamento especial na legislação penal. A maioria das condutas malfeitoras dos agentes públicos e/ou privados contra a Administração Pública, o que inclui aqueles que participam do procedimento licitatório e posteriormente das contratações com a Administração, já haviam sido tipificadas no Código Penal, em especial no título XI (Dos Crimes Contra a Administração Pública), único e exclusivo para condutas delituosas. Mas ocorre que, com o aumento da participação de interessados nos processos licitatórios na Administração Pública Brasileira passou estabelecer maior reparação na direção desses processos de contratação. Não mais conseguindo tutelar, de modo satisfatório, as propensões que se almejava resguardarem com a direção dos processos licitatórios, o Código Penal passou a pouco abranger sobre assunto, donde em diante necessitou de norma específica.

A partir disso, feita uma análise jurisprudencial dos crimes previstos na Lei de Licitações, trazendo a sua descrição geral, especificamente dos crimes dos artigos 89 e 90 da Lei de Licitações.

O presente trabalho tem como objetivo investigar a luz das legislações da doutrina, os crimes previstos na Lei de Licitações, nº. 8.666/93, com intuito que esgotar toda e qualquer dúvida gerida por lei indispensável.

Interesse dado pelo tema abordado deu-se em razão de sua atualidade, diversidade e pela amplitude que vem sendo abordado no contexto nacional.

A aludida Lei 8.666/93 descreve entre os artigos 89 a 98 os tipos penais que abrange. Todos constituem infrações penais contra a licitação e, possuem como sujeitos ativos os licitantes, servidores públicos e pessoas a eles vinculadas.

O intuito deste artigo é estudar a aplicação e tecer breves questionamentos sobre os Crimes Licitatórios, mais precisamente no que se refere à Lei Federal 8.666/93, mas trazendo ao estudo uma abordagem no Direito Comparado, como é tratado, juridicamente, em outros países, o instituto das licitações. Comprova-se que os usos desviantes e fraudulentos nos procedimentos de licitações criam a possibilidade de inúmeros comportamentos corruptivos.

1 LICITAÇÕES: PRINCIPAIS ASPECTOS COM RELAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, XXI, trata da licitação, mas deixa para a lei complementar o estabelecimento dos aspectos específicos. Sendo assim, a Lei de Licitações veio regulamentar o artigo constitucional supracitado, o qual determina que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure similitude de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estipulem obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei (BRASIL, 1988).

Os princípios da licitação estão previstos no art. 3º, caput, da Lei Federal n.º 8.666/93, explicitando, pois, preocupação específica quanto à regularidade dos procedimentos de contratação pública no país. Como pondera Hely Lopes Meirelles, o referido artigo dá proeminência aos princípios mais específicos da licitação, podendo ser os demais princípios constitucionais aplicados ao instituto (MEIRELLES, H. L., 2010).

Seus princípios podem ser resumidos pelos seguintes preceitos:

(i) procedimento formal²: que é a vinculação da licitação às prescrições legais que regem todos os seus atos ou fases, não decorrendo só da lei, mas do próprio regulamento, do caderno de obrigações, do edital ou convite;

(ii) publicidade de seus atos: abrangendo todos os atos do processo licitatório, em decorrência deste princípio que é imposto a abertura dos envelopes da documentação e propostas em público³;

(iii) igualdade entre os licitantes: não pode haver discriminação entre os participantes, seja através de cláusulas que favoreçam uns em detrimento a outros ou mediante julgamento parcial, porém o estabelecimento de requisitos mínimos de participação não atenta contra este princípio;

(iiii) sigilo na apresentação das propostas: tal princípio é consequência do princípio da igualdade, pois estaria em vantagem o licitante que tem o conhecimento da proposta do outro licitante antes da apresentação da sua;

(iiiii) vinculação ao edital: é princípio básico de toda a licitação, sendo o edital a lei interna da licitação, vinculando tanto a administração como os licitantes;

(iiiiiii) julgamento objetivo: obriga os julgadores aterem-se em critérios prefixados pela Administração, reduzindo e delimitando a margem de valoração subjetiva;

(iiiiiii) proibidade administrativa: é dever de todo administrador público, possuindo previsão constitucional no art. 37, § 4º;

(iiiiiii) adjudicação compulsória ao vencedor: não pode a Administração, depois de concluído o processo licitatório, atribuir seu objeto a outrem que não seja o legítimo vencedor do certame.

Como pondera Celso Antônio Bandeira de Mello, caso não haja a observância aos ditames desses preceitos relevantes, a validade do processo de licitação fica comprometida, tornando-o vulnerável à sua desconstituição por razões de juridicidade pela autoridade administrativa ou judicial competente (MELLO, C. A. B. de., 2012).

2. DIREITO COMPARADO

Para o grande doutrinador Hely Lopes Meirelles os sistemas licitatórios que mais se assemelham ao brasileiro são os de Portugal, Espanha, Argentina e Uruguai, porém com sensíveis diferenças no sistema. Deve-se ter o cuidado de notar que o sistema de licitação no Brasil não corresponde ao de outro país, pois, existe uma variedade termológica, conceitual e de modalidades de licitação entre os países. Quando se tratar de contratos administrativos, a doutrina já é mais assemelhada e uniforme. Hely traz a França como exemplo da diferença entre os sistemas, onde, “[...] licitação é *adjudication*, adjudicação é *attributione concurren* não é a nossa concorrência, mas, sim a participação em qualquer licitação.”. (MEIRELLES, 2010, p. 279).

Pode-se fazer o seguinte paralelo a partir da obra de Meirelles (2010):

(A) Direito Francês: *adjudication publique ouverte*, corresponde a nossa concorrência, e *adjudication restreinte*, sendo que possui duas modalidades: *réglementation des conditions d’admission*, assemelhada a nossa tomada de preço, e *procédure des admissions individuelles*, que equivale ao convite. Nossa adjudicação é *attribution*; homologação é a *approbatione* concorrência é *concurrence*, mas com o significado de participação em qualquer modalidade de licitação (*adjudication*).

(B) Direito Alemão: a licitação (*Ausschreibung*) possui três modalidades, a saber: concorrência pública (*öffentliches Ausschreibungsverfahren*), concorrência restrita (*beschränktes Ausschreibungsverfahren*) e convite (*Ausschreibung*).

(C) Direito Italiano: *asta pubblica*, equivalente à nossa concorrência; a *licitazione privata*, equivalente à nossa tomada de preços; a *trattativa privata*, que é escolha direta do contratante; e o *appalto concorso*, assemelhado ao nosso concurso de projetos.

(D) Direito Espanhol: a licitação (*licitación*) compreende o concurso subasta, o concurso e a subasta (assemelhada à nossa concorrência).

(E) Direito Argentino: a *subasta*, a *licitación pública*, a *licitación privada*, o *concurso público*, o *concurso público-subasta*, o *concurso de precios* e a *cotización de precios*.

(F) Direito Uruguaio: a *licitación pública*, equivalente a nossa concorrência, e a *licitación* 91 *Barbarói, Santa Cruz do Sul, Edição Especial n.42, p.<88-102>, jul./dez. 2014 restringida*, assemelhada à tomada de preços, havendo, ainda, a *licitación de precios*, a *licitación sobre muestrase a licitación – concurso*, sem símile no nosso Direito.

(G) Direito Português: *ajuste direto e concurso* (pode ser público ou limitado, o primeiro equivalendo à concorrência e o segundo assemelhado à tomada de preço). Há a *licitação sobre amostras*, na qual os licitantes devem apresentar as amostras e as propostas; escolhida a amostra, sobre ela os ofertantes disputam o preço.

3. LICITAÇÕES E GARGALOS CORRUPATIVOS

Um dos temas mais comuns citados ou até o único citado em determinados jornais, mídias locais ou meios de comunicação, sendo de alto alcance o poder corruptivo que conforme passa vem crescendo cada vez mais, e não obstante, pessoas se unindo, acumulando esforços e até energias internacionais para sua implementação ou aumento.

Observa Delmanto que passados mais de 200 anos desde a vinda da família real portuguesa, a história da transformação da colônia no enorme País que vivemos hoje, superadas duas ditaduras (a de Getúlio Vargas e Militar) e tornando-se o Brasil a 6ª economia do mundo, com cerca de 200 milhões de habitantes, é manchada pela “corrupção desenfreada”, que sempre acompanhou a história do Brasil, mas que nunca esteve tão presente. Sendo as licitações públicas um grande palco para a corrupção no Brasil, com origens históricas que mostram sua instalação aqui antes mesmo de o Brasil se tornar independente de Portugal, sendo um verdadeiro “câncer” nacional.(DELMANTO, 2014).

Neste sentido, também observa Fábio Medina Osório:

Lamentavelmente, os processos licitatórios têm se prestado ao perverso papel de veículos de corrupção e de fraudes no setor público, na medida em que as informações privilegiada parecem constituir o principal instrumento de trabalho de empresas especializadas em assessorar terceiros que competem em certames licitatórios. Estes, por sua vez, passam a cumprir tarefas de blindagem formal de responsabilidades. Não precisamos lembrar as dívidas de campanha ou das alianças eleitorais na base de licitações fraudulentas, formalmente corretas substancialmente viciadas por favorecimentos indevidos. Nem seria necessário recordar dos editais

que direcionam vantagens e fecham o certame a determinados atores. (OSÓRIO, 2013, p. 288).

Da mesma forma que está enraizada na cultura brasileira, em parcela a sociedade que defende “o se dar bem” à custa do dinheiro do contribuinte, até mesmo personalidades públicas que são comprovadamente corruptas continuam circular pelos Governos, e o que é pior, encontram apoio na sociedade, que repete o famigerado jargão: “ele rouba, mas faz”! (DELAMANTO, 2014).

4 CRIMES PREVISTOS NA LEI DE LICITAÇÕES – DESCRIÇÃO GERAL E ELENCADE POR ARTIGOS

Conforme a melhor doutrina abordar a licitação é estudar um instituto de direito público que está na convivência da sociedade brasileira há mais de cento e trinta anos. Observa-se que ela teve a sua introdução em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 2.926 de 14 de maio de 1962. Após outras codificações, referente a este ponto, chega-se, finalmente a lei 8.666/93. Esta lei disciplina a matéria licitatória em cento e vinte e seis artigos, seguindo os moldes estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, especificamente em seu artigo 37. (FREITAS, 2010).

Apresentaremos as infrações penais constantes do art. 89 a 98 da Lei nº 8.666/93 e o art. 99 que a eles é correlato.

Art.89 – Dispensa ou inexigibilidade ilegais de licitação.

Dispõe o art. 89 da Lei 8.666/93:

“Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público”.

Como é de sabido conhecimento, a licitação é um procedimento administrativo prévio, obrigatório, exercido toda vez que a Administração Pública deseja contratar obras, serviços, compras, alienações e locações com terceiros.

Apenas em dois casos a licitação não é realizada: na hipótese de ser dispensada e na eventualidade de ser inexigível.

A licitação dispensada ocorre nos casos em que não é acontecida a licitação por razões de interesse público devidamente justificado, mesmo que haja possibilidade de competição entre os fornecedores. As suas hipóteses estão indiscutivelmente dispostas na Lei de Licitações e Contratos administrativos, no art. 24 (BRASIL, 1993).

A licitação inexigível realiza-se nos casos em que não existe possibilidade de competição entre os fornecedores, vez que existe apenas um objeto ou uma pessoa que o forneça. A Lei 8666/93 apenas elenca os casos mais genéricos, mas não os taxa como faz nos casos de licitação dispensável.

Bem, o dispositivo refere que aquele dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de atentar as formalidades convenientes à dispensa ou à inexigibilidade, incorre em crime.

Este é o mais comum dos crimes de licitação. Possui como sujeito ativo o(s) servidor(es) público(s) responsável(is) pela licitação e/ou terceiro que tenha disputado para a perpetrado da ilegalidade e que tenha se usufruído com esta.

A pena é de detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 90 – Frustrar ou fraudar competição em licitação.

A infração penal disposta no art. 90 da Lei 8.666/93 viola de maneira frontal a finalidade da licitação, protegendo a igualdade de oportunidades em competição entre terceiros para contratar com a Administração Pública, evitando apadrinhamentos, favoritismos, perseguições e favorecimento.

Portanto, aquele que frustra ou fraudar, por meio de ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter opositor do procedimento licitatório, com o propósito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do

objeto da licitação, pratica crime e está sujeito à pena de detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 91 – Patrocínio de interesse privado.

Conforme determina o art. 91 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, constitui infração *penal*: "Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário" (BRASIL, 1993).

Pensou por bem, o legislador em tipificar como crime com pena de detenção, de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, e multa.

Todavia, para que se configure o crime, deve ter havido a dissolução da licitação ou do contrato administrativo pelo Poder Judiciário, o que impossibilita bastante a imposição desta pena.

Artigo 92 - Modificação ou vantagem contratual na fase executória.

O artigo 92 determina que constitui infração penal:

"Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:"

Para tal crime a pena é de detenção de 02(dois) a 04(quatro) anos, e multa.

Como se sabe, após a adjudicação (ato de atribuição ao vencedor do objeto da licitação) e durante a realização dos contratos, não pode haver qualquer alteração, a não ser nas hipóteses previstas em lei, edital ou em prévias cláusulas contratuais.

Por isso, qualquer afronto a esta deliberação é crime.

O legislador entendeu por bem, ainda, acrescentar um parágrafo a este dispositivo para o caso de corrupção. Vejamos:

Parágrafo único, artigo 92: Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

Art. 93 – Atentar contra ato do procedimento licitatório.

Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório também configura crime, com pena de detenção, de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, e multa.

Lembre-se que todos os que participam do procedimento licitatório tem o direito público subjetivo à fiel observância deste procedimento e que qualquer cidadão pode acompanhar o seu regular desenvolvimento (art. 4º da Lei 8.666/93).

Artigo 94 - Devassar o sigilo de proposta.

Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.

O sigilo das propostas anunciados pelos licitantes até a análise destas para a verificação de viabilidade e/ou execução da contratação é ponto substancial para que haja similitude entre os licitantes. Qualquer desconsideração a este sigilo é crime, pois atinge frontalmente o princípio da isonomia, gerando favoritismos entre os participantes.

Artigo 95 - Afastar ou tentar afastar licitante por meios ilegais.

A infração penal determinada no artigo 95 da Lei 8.666/93 provoca os princípios licitatórios, pois deixa predominar as perseguições e corrupção tão presentes neste meio atualmente.

Sendo assim, configura crime afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo, com pena de detenção que varia de 02(dois) a 04(quatro) anos, além de multa e da pena equivalente à violência.

Importa ainda consignar que aquele que se abstém ou desiste de licitar porque lhe foi oferecida vantagem, incorre na mesma pena.

Artigo 96 - Fraude à licitação

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

A realização de qualquer um destes atos consiste à fraude à licitação e são explicitamente atos que atentam contra o interesse público.

Artigo 97 - Licitação com quem não possui idoneidade.

Reconhecer à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo, também é crime definido no art. 97 da lei em comento. E mais, a empresa ou profissional declarado inidôneo que contrate com o Poder Público também pratica crime e incide na mesma pena daquele que o admite, ou seja, em detenção, de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, e multa.

Artigo 98 - Frustrar a participação em licitação.

Veja como o delito disposto no art. 98 afronta a finalidade da licitação de possibilitar a todos a contratação com a Administração Pública:

"Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito."

Por isso, quem pratica este crime deve ser punido com detenção, de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, e multa.

Artigo 99 - A multa.

Todos os crimes descritos pela Lei nº 8.666/93 são apenados com detenção e multa. A pena de multa compreende no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base deve equivaler ao valor da vantagem verdadeiramente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.

CONCLUSÃO

O tema é contemporâneo e tem grande significância, pois, já faz parte do cotidiano da sociedade brasileira, acompanhar através da imprensa como TV, Jornais, Internet, etc., escândalos incluindo agentes públicos em desvio de verbas e infelizmente não vemos esses agentes sofrerem punições satisfatória, demonstrando que os fatos de algumas práticas criminosas, previstas na lei, não estão respeitando aos anseios de justiça da sociedade.

Em face do exposto, conclui-se que a regra no ordenamento jurídico para contratação é a licitação, mas existe a dispensa e inexigibilidade de licitação que são exceções nos contratos administrativos, que exclusivamente ocorre em casos específicos elencados na lei.

Desta maneira, a Administração Pública resguardando o interesse da coletividade, passou a utilizar de contratos administrativos, recebendo produtos e serviços de terceiros, que são na maioria preexistida por meio de licitação pública. A Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993, foi criada pelo nosso ordenamento jurídico brasileiro para dar uma maior amparo a esse procedimento de licitações públicas.

As Fraudes de licitações se destacam entre outras regras Constitucionais e Administrativas descumpridas pelos entes da federação, trazendo assim uma enorme perda ao erário, lesando direitos da coletividade. A falta de publicidade e superfaturamento, cobrança de preços superiores de mercado, e a inexigibilidade de alguns procedimentos licitatórios são os meios fraudulentos mais utilizados para dissimular licitações.

Com intuito de impedir esses atos fraudulentos o legislador tipificou determinado atos como crimes, nos quais o sujeito ativo é o Ministério, de acordo com artigo 100, da lei 8.666/93. Não obstante, qualquer cidadão poderá provocar o representante do Ministério Público, demonstrando informações dos fatos e autoria para que seja proposta a ação. Caso o agente público contrate fora das hipóteses que a lei prevê, não mostrando atenção as formalidades exigidas pelos procedimentos, sua conduta poderá ser punidas.

Portanto, infelizmente nota-se que muitos administradores públicos aproveitam da situação de poder que estão, por “brechas” na lei, desviando verbas, facilitando serviços sem observa o procedimento licitatório, fazendo que fique mais frágil o interesse da coletividade.

REFERENCIAS

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. **Lei de Licitações**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 10 maio 2017.

_____. **Constituição Federal** de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 maio 2017.

DELMANTO,R.; DELMANTO Jr.,R.; DELMANTO,F. M. de A. Leis Especiais Comentadas. 2ª Ed. 2014.

MEIRELLES, H. L. Direito Administrativo Brasileiro. 36ª Ed. São Paulo: 2010.

MELLO, C. A. B. de. Curso de Direito Administrativo. 36ª Ed. Editora Malheiros. 2012.

Notas:

[1] <http://lattes.cnpq.br/6818329387936409>

ADICIONAL DE FRONTEIRA DA LEI 12.855/2013: IMPOSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO DIANTE DA MORA DO EXECUTIVO

JONITAS MATOS DOS SANTOS DUARTE:

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Funcionário Público desde 2011, Analista Técnico Jurídico do Ministério Público do Estado da Bahia

RESUMO: O presente artigo científico tem por objetivo analisar a jurisprudência acerca das ações que foram propostas por diversos servidores públicos federais, ocupantes de cargo efetivo das carreiras ou planos especiais de cargos, previstos no art. 1º, §1º da Lei n.º 12.855/2013, objetivando à indenização conhecida como “adicional de fronteira”, por estar vinculada à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços, em detrimento da ausência de norma regulamentadora.

Palavras-chave: jurisprudência, adicional de fronteira, ausência de norma regulamentadora, servidor público.

ABSTRACT: The present paper aims to analyze the case law about the actions that were proposed by a number of federal civil servants, occupants of Office effective careers or special offices, set out in art. 1 paragraph 1 of law No. 12,855/2013, aiming to the settlement known as "additional border", to be linked to the prevention, control, surveillance and prosecution of cross-border offences, to the detriment of the absence of regulatory standard.

Keywords: jurisprudence, additional border, absence of regulatory standard, public server.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1. DA AUSÊNCIA DA NORMA REGULAMENTADORA EXIGIDA PELA LEI Nº 12.855/2013 2. DA IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE VANTAGEM PECUNIÁRIA SEM PRÉVIA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E AUTORIZAÇÃO ESPECÍFICA NA LDO CONCLUSÃO REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Diversas ações foram propostas por servidores públicos, ocupantes de cargo efetivo das carreiras ou planos especiais de cargos, previstos no art. 1º, §1º da Lei n.º 12.855/2013, objetivando à indenização prevista no art. 1º da mencionada Lei, conhecida também como “adicional de fronteira”, por estar vinculada à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços.

Pleiteiam a condenação da União à implantação em folha de pagamento da indenização, fixada em R\$ 91,00 (noventa e um reais) por dia de efetivo trabalho, argumentando, dentre outros, que a mora do Administrador em regulamentar o art. 1º, §2º, da referida lei, não pode prejudicar aqueles servidores vinculados à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços, em exercício nos municípios localizados em região de fronteira e com dificuldade de fixação de efetivo, devendo a mora do Poder Executivo ser sanada pelo Poder Judiciário.

1. DA AUSÊNCIA DA NORMA REGULAMENTADORA EXIGIDA PELA

LEI N° 12.855/2013.

É preciso destacar que a Lei 12.855/2013 não é autoexecutável, uma vez que ela exige sua regulamentação para que comece a operar efeitos. Não é por outra razão que o saudoso Hely Lopes Meirelles dispõe que: “*Em tal caso, o regulamento opera como condição suspensiva da execução da norma legal, deixando seus efeitos pendentes até a expedição do ato do executivo.*”

Não se trata de torpeza ou omissão do Poder Público, mas da confluência de inúmeros fatores que permitam a sua regulamentação de acordo com a conveniência e oportunidade, atribuída ao Administrador, pelo Poder Legislativo.

Se assim não quisesse o legislador, a própria Lei traria os requisitos para implantação das despesas. Nada obstante, quis o legislador, em 2013, que restasse à esfera de decisão da Administração, segundo os estudos e a peculiaridade de cada órgão, os critérios, a forma e o momento propício para regulamentar a norma, a fim de que esta possa surtir efeitos.

Ora, é necessária a regulamentação da matéria pelo Poder Público, mormente, para qualificar quais seriam as áreas estratégicas no combate à criminalidade transbordante para outros países, o que requer estudo e planejamento

global que extrapolam a esfera do judiciário no exercício de sua função típica. Nesse diapasão, ainda que se concluisse pela omissão da Administração em regulamentar a norma, não caberia ao Poder Judiciário fazê-lo, atribuindo efeitos pretéritos, o que compete exclusivamente ao Poder Executivo, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da CF/88.

Nesse contexto, é preciso asseverar que a Lei nº 12.855/2013 institui a indenização devida a ocupante de cargo efetivo das Carreiras e Planos Especiais de Cargos que especifica, em exercício nas unidades situadas em localidades estratégicas vinculadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos fronteiriços. Confira-se:

“Art. 1º É instituída indenização a ser concedida ao servidor público federal regido pela Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990, em exercício de atividade nas delegacias e postos do Departamento de Polícia Federal e do Departamento de Polícia Rodoviária Federal e em unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Ministério do Trabalho e Emprego situadas em localidades estratégicas, vinculadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços.”

§ 1º A indenização de que trata o caput será concedida ao servidor ocupante de cargo efetivo das seguintes Carreiras ou Planos Especiais de Cargos:

I - Carreira Policial Federal, de que trata a Lei no 9.266, de 15 de março de 1996;

II - Carreira de Policial Rodoviário Federal, de que trata a Lei no 9.654, de 2 de junho de 1998;

III - Carreira Auditoria da Receita Federal (ARF), de que trata a Lei no 10.593, de 6 de dezembro de 2002;

IV - Plano Especial de Cargos do Departamento de Polícia Federal, de que trata a Lei no 10.682, de 28 de maio de 2003;

V - Plano Especial de Cargos do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, de que trata a Lei no 11.095, de 13 de janeiro de 2005;

VI - Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda, de que trata a Lei no 11.907, de 2 de fevereiro de 2009;

VII - Carreira de Fiscal Federal Agropecuário, de que trata a Lei no 10.883, de 16 de junho de 2004; e

VIII - Carreira Auditoria-Fiscal do Trabalho, de que trata a Lei no 10.593, de 2002.

§ 2º As localidades estratégicas de que trata o caput serão definidas em ato do Poder Executivo, por Município, considerados os seguintes critérios:

I - Municípios localizados em região de fronteira;

II - (VETADO);

III - (VETADO);

IV - dificuldade de fixação de efetivo. (grifei)

Do texto legal, é possível concluir que são dois os requisitos para a implementação da indenização requerida pelo autor. O primeiro critério é objetivo e, portanto, independe de regulamentação, de modo que somente farão jus à indenização aquelas carreiras arroladas no §1º do art. 1º. O segundo critério é de natureza subjetiva, uma vez que limita o pagamento do adicional aos servidores, ocupantes daqueles cargos, que estejam em exercício nas unidades situadas em localidades estratégicas vinculadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços.

Além disso, cumpre destacar que, de acordo com o texto, não basta estar lotado em unidades de fronteira do país. Faz-se necessário que a unidade integre o rol das localidades consideradas estratégicas no combate à criminalidade transbordante para os países vizinhos, o que, obviamente, depende de regulamentação.

Vale salientar que, conforme dispõem os incisos do §2º do art. 1º, as localidades estratégicas serão definidas a partir dos seguintes critérios: (1) municípios localizados em região de fronteira e (2) dificuldade de fixação de efetivo.

Perceba que a lei traz critérios a serem observados como balizas pelo Poder Executivo quando da definição das localidades estratégicas, mas isso não

implica dizer que houve o estabelecimento dos requisitos necessários para percepção da indenização.

Exemplo disso é o conceito “fronteira”, previsto na Lei nº 12.855/2013, o qual não se confunde com o definido na Constituição Federal de 1988, uma vez que aquele não se limita à faixa de 150 km da divisa transnacional, desde que a respectiva unidade seja considerada, na norma decorrente do poder regulamentar, estratégica para os objetivos definidos naquela lei.

O pagamento da indenização, portanto, não se restringe a simples análise da localidade, mas sim a uma política de Estado, a ser regulamentada por meio de Decreto Presidencial, nos termos do art. 84, IV, da CF/88.

Nesse diapasão, tem-se que o papel do Poder Judiciário como intérprete da Constituição e das leis não pode, evidentemente, suprimir a política nem as funções dos demais poderes. A decisão a respeito das políticas públicas, como é o caso em debate neste processo, compete somente àqueles que foram eleitos democraticamente para concretizar o Direito, ou seja, ao Poder Executivo.

Isso porque o pagamento da indenização, prevista pela Lei n.º 12.855/2013, além da análise obrigatória a respeito de quais municípios integrarão o rol previsto na lei mencionada, exige uma análise do impacto orçamentário da inclusão de tais valores em folha de pagamento.

Por isso, além de afrontar os aspectos já destacados, a procedência da presente demanda seria um evidente exemplo do que a doutrinadora Ana Paula Barcellos chama de microjustiça.

O julgador pensa estar realizando justiça no caso concreto, porém, não dispõe das informações, do tempo e, até mesmo, do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de serviços públicos como bem destaca o Ministro Luis Roberto Barroso.

Ressalte-se, ainda, ser plenamente aplicável, ao caso dos autos, a Súmula Vinculante 37, a qual anota de modo categórico que “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento da isonomia”.

Não resta dúvida, portanto, de que somente o Poder Executivo poderá definir, após a análise da necessidade e da viabilidade, quais as unidades serão consideradas prioritárias para as operações transfronteiriças e apresentam elevado nível de dificuldade para a fixação de pessoal.

Esse é o entendimento consagrado pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região em acórdão publicado no dia 13/04/2016:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ADICIONAL DE LOCALIDADES ESTRATÉGICAS. LEI N. 12.855, DE 2013. REGULAMENTAÇÃO INEXISTENTE. IMPOSSIBILIDADE DE SUA IMPLEMENTAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. SÚMULA VINCULANTE N. 37. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA INDEVIDA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO.

1. A Lei n. 12.855, de 2013, ao instituir a indenização devida aos ocupantes dos cargos que menciona pelo exercício nas unidades situadas em localidades estratégicas, vinculadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços, determinou que as localidades estratégicas de que trata o caput serão definidas em ato do Poder Executivo, por Município, considerando-se a localização do município em região de fronteira e a dificuldade de fixação de efetivo, cf. art. 2º e inciso.

2. A Constituição de 1988 dispõe sobre o poder regulamentar em seu art. 84, inciso IV, conferindo ao Presidente da República a competência privativa para sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

3. As leis que trazem a recomendação de serem regulamentadas não são exequíveis antes da expedição do decreto regulamentar, porque esse ato é condicio juris da atuação normativa da lei. Em tal caso, o regulamento opera como condição suspensiva da execução da norma legal, deixando seus efeitos pendentes até a expedição do ato do Executivo. (Direito Administrativo Brasileiro, RT, 14ª ed., 1989, p. 108)

4. Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia (Súmula Vinculante n. 37, na mesma dicção da Súmula 339).

5. Sem a regulamentação, o adicional de que trata a Lei n. 12.855, de 2013, é indevido.

6. No que concerne à reposição do que se recebeu por força de antecipação de tutela, é de ver-se que a jurisdição contenciosa é exercida pelo Estado mediante provocação do interessado, eis que nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais (art. 2º do Código de Processo Civil). Os provimentos judiciais liminares ou de antecipação de tutela trazem em si mesmos a possibilidade de revogação, restaurando-se o status quo ante, daí que são vedados quando houver impossibilidade de reversão ao estado anterior (§ 2º do art. 273 do Código de Processo Civil) e se pode exigir do interessado garantia para integral ressarcimento ao requerido (art. 804 do Código de Processo Civil, e art. 7º, inc. III, da Lei do Mandado de Segurança).

7. É impositiva a devolução pelo servidor do quanto recebido por força de antecipação de tutela.

8. Parte autora condenada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais). Suspensa a cobrança na forma do art. 12 da Lei n. 1.060, de 1950.

9. Apelação e remessa oficial providas.

(AC 0000885-34.2015.4.01.4200 / RR, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA, PRIMEIRA TURMA: Publicação: 13/04/2016, e-DJF1: 18/11/2015). Grifou-se.

Em demanda semelhante, referente ao adicional de atividade penosa, prevista nos arts. 71 e 72 da Lei 8.112/90, com *ratio decidendi* facilmente aplicável a indenização ora pleiteada, a Turma Nacional de Uniformização, no PEDILEF

0000740-70.2012.4.01.3201, de relatoria do Juiz Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá, julgado em 12/11/2014, firmou o entendimento de que, *diante da ausência de regulamentação, bem como em razão da Súmula Vinculante n.º 37, não é possível ao poder judiciário conceder o adicional requerido.*

No mesmo sentido, é o entendimento dos Tribunais Regionais Federais:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ADICIONAL DE FRONTEIRA. ART. 71, LEI 8.112/90. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO. PORTARIA PGR/MPU 633/2010. IMPOSSIBILIDADE DE APLICABILIDADE, DURANTE O VÁCUO NORMATIVO. SÚMULA VINCULANTE 37. PRECEDENTE.

1. A teor do art. 71, da Lei n. 8.112, de 1991, o adicional de atividade penosa será devido aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, nos termos, condições e limites fixados em regulamento.

2. A Constituição de 1988 confere ao Presidente da República a competência privativa para sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução (art. 84, inciso IV).

3. Em razão do princípio da separação dos poderes, não cabe ao Poder Judiciário aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia (Súmula Vinculante n. 37, na mesma dicção da Súmula 339).

4. Apelação desprovida.

(AC 0002977-98.2012.4.01.3000 / AC; Relator DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS AUGUSTO PIRES BRANDÃO, PRIMEIRA TURMA, Publicação: 13/04/2016 e-DJF1, Data Decisão: 16/03/2016). Grifou-se.

De resalte, ainda, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ART. 535, II, DO CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211 DO STJ. SERVIDOR PÚBLICO DO PODER JUDICIÁRIO. ADICIONAL DE ATIVIDADE PENOSA. ZONA DE FRONTEIRA. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO. PRECEDENTE.

1. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal a quo julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

2. A indicada afronta do art. 17 da Lei 8.270/1991; do art. 2º do Decreto 226/1996; do art. 26 do Decreto 678/1992 e do art. 2º da Lei 9.527/1997 não pode ser analisada, pois o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre esse dispositivo legal. O Superior Tribunal de Justiça entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por violados não foram apreciados pelo Tribunal a quo, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ.

3. O TRF decidiu em consonância com o entendimento do STJ no sentido de que a norma de eficácia condicionada à prévia regulamentação não pode obrigar a União a conceder a vantagem pleiteada pelos autores, porquanto não existem parâmetros para a sua percepção. Dessa forma, não cabe aos recorrentes, Servidores Públicos da Justiça Federal da Subseção Judiciária de Foz do Iguaçu, o recebimento do adicional de atividade penosa. REsp 1495287/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 7/5/2015).

4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 1550710 / PR, Relator(a): Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento: 22/09/2015, DJe 03/02/2016). Grifou-se.

Repita-se que embora as demandas não se confundam, a *ratio decidendi* é a mesma, de maneira que é descabido o requerimento de implementação pela via judicial da referida indenização em razão da inexistência de norma regulamentadora.

2. DA IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE VANTAGEM PECUNIÁRIA SEM PRÉVIA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E AUTORIZAÇÃO ESPECÍFICA NA LDO

Nos mais dicersos casos, a parte autora pretende obter acréscimo de vencimentos, o que, conforme assinalado alhures, carece de possibilidade e juridicidade.

Isso porque o pedido de aumento/acrécimo nos vencimentos é juridicamente impossível porque previamente excluído do ordenamento jurídico. E tal exclusão decorre da própria Constituição da República que, em seu artigo 167, veda “a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais”. Assim, a União não pode efetuar qualquer pagamento que exceda os créditos orçamentários.

Não é possível, portanto, a condenação pretendida nestas ações, considerando-se que qualquer despesa que a UNIÃO realize deve limitar-se aos créditos orçamentários, assim como a concessão de aumento ou vantagem aos funcionários públicos deve ter previsão no orçamento e na lei de diretrizes orçamentárias.

Nesse diapasão, a Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais no Estado do Acre já sublinhou que “a premissa aqui estabelecida sobre pertencer a discricionariedade do administrador a oportunidade de regulamentar o adicional pleiteado, não é somente obra de doutrinadores. O art. 169, § 1º, I e II, da CF determina que a concessão de qualquer vantagem só poderá ser feita: i) se houver prévia dotação orçamentária, e ii) se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, leis estas que, como se sabe, são de iniciativa exclusiva do Presidente da República (art. 165, CF), trazendo ampla discricionariedade para o momento que julgar oportuno encaminhar o projeto de lei” (Processo n. 0013441-84.2012.4.01.3000, Rel. Juíza Federal Ana Carolina Campos Aguiar, julgado em 18.10.13).

É princípio basilar do direito financeiro que todas as despesas devem se aos créditos orçamentários, assim como a concessão de aumento ou vantagem aos

funcionários públicos devem ter previsão no orçamento e na lei de diretrizes orçamentárias.

Logo, a interferência do Poder Judiciário no poder regulamentar da Presidência da República representaria clara violação dos dispositivos constitucionais destacados, bem como da Súmula Vinculante 37.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, diante de uma norma de eficácia condicionada à prévia regulamentação, a Administração Pública não pode ser obrigada a conceder a vantagem ou adicional ainda não disciplinadas por ato próprio do Poder Executivo. A norma instituidora deixou a cargo da Administração Pública os parâmetros para a sua percepção. Dessa forma, não cabe ao Poder Judiciário suplantar a vontade do legislativo, condenando a União ao pagamento desses adicionais.

Ademais, é sabido que todas as despesas devem ter seu correspondente crédito orçamentário previsto nas leis orçamentárias. Logo, a interferência do Poder Judiciário no poder regulamentar da Presidência da República representaria clara violação dos dispositivos constitucionais destacados, bem como da Súmula Vinculante 37, que disciplina vedação ao aumento de vantagem a servidores públicos, com base no princípio da isonomia.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, A.P. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, I.W.; TIMM, L.B. (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.

Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Lei nº 12.855, de 2 de setembro de 2013. Institui a indenização devida a ocupante de cargo efetivo das Carreiras e Planos Especiais de Cargos que especifica, em exercício nas unidades situadas em localidades estratégicas vinculadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12855.htm.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AC 0000885-34.2015.4.01.4200 / RR, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA, PRIMEIRA TURMA: Publicação: 13/04/2016, e-DJF1: 18/11/2015

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AC 0002977-98.2012.4.01.3000 / AC; Relator DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS AUGUSTO PIRES BRANDÃO, PRIMEIRA TURMA, Publicação: 13/04/2016 e-DJF1, Data Decisão: 16/03/2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1550710 / PR, Relator(a): Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento: 22/09/2015, DJe 03/02/2016

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

DA POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DE REGISTRO CIVIL DE PESSOA TRANSEXUAL, COM MODIFICAÇÃO DE NOME E SEXO, INDEPENDENTEMENTE DA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO

NAIRA RAVENA ANDRADE ARAUJO:
Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

RESUMO: O presente artigo analisa, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, a possibilidade de alteração de registro civil de pessoa transexual, com modificação de nome e sexo, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização, destacando, ao final, a recente decisão do STJ sobre o tema.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana; pessoa transexual; alteração registral; estado de pessoa; transgenitalização; Lei nº 6.015/77; RESP 1.626.739/RS.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Da pessoa transexual. 2. Da relevância do direito ao nome. 3. Da saúde enquanto direito fundamental. 4. Dos valores envolvidos. 5. Da louvável decisão do STJ. Conclusão.

Introdução

O objetivo do presente trabalho é analisar, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, a possibilidade de alteração de registro civil de pessoa transexual, com modificação de nome e sexo, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização.

Inicialmente, se abordará brevemente noções acerca do conceito de pessoa transexual.

Em seguida, tratar-se-á do nome enquanto direito da personalidade, direito fundamental e direito humano, de sua imutabilidade relativa e de sua regulamentação pela Lei nº 6.015/73.

Posteriormente, será abordado o direito à saúde, física e psíquica do transexual.

De forma subsequente, se discutirá a viabilidade da mudança de estado e consequente mudança registral, baseada em valores como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a autodeterminação, a intimidade, a busca pela felicidade, dentre outros.

Ademais, será feito sucinto estudo sobre o tema no âmbito internacional.

Por fim, virá à baila a análise da recente decisão jurisprudencial do STJ no julgamento do RESP 1.626.739/RS.

1. Da pessoa transexual

A pessoa transexual nega o seu sexo biológico, identificando-se com o gênero do sexo oposto, que não condiz com seu sexo anatômico.

Assim, embora apresentando genitália externa e interna que qualificam um determinado sexo físico, a pessoa transexual possui sexo psicológico diverso e predominante.

Não se desconhece que o Código Internacional de Doenças cataloga a transexualidade como uma enfermidade, atribuindo-lhe o CID 10. F.64.0 e denominando-lhe “transexualismo”^[1]. Contudo, no presente trabalho, adotar-se-á o termo transexualidade, visto que, além de não ser seu objetivo a discussão do tema sob o ponto de vista estritamente médico, não se podem ignorar as já existentes manifestações do movimento LGBTTTI rechaçando o emprego do sufixo “ismo” para identificar questões de gênero.

Por fim, as questões de gênero não se confundem com as questões de orientação sexual. Numa explicação simplificada, nota-se que a identidade de gênero se refere ao modo como o sujeito se identifica, com sua percepção de pertencimento ao masculino ou ao feminino ou mesmo uma combinação de ambos, o que pode condizer ou não com seu sexo anatômico.

A orientação sexual, por sua vez, refere-se à atração afetiva e/ou sexual ao qual o indivíduo se inclina, ou seja, existe com relação não à sua identidade, mas com relação a como se sente quanto aos demais, podendo variar entre a heterossexualidade, a homossexualidade^[2], a bissexualidade, dentre outros modelos.

2. Da relevância do direito ao nome

O art. 16 do Código Civil determina: “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”.

De igual modo, o art. 18 da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê: “Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário”.

De fato, na esmagadora maioria dos casos, as pessoas têm seus nomes atribuídos na ocasião do nascimento e com eles prosseguem por toda a vida. Contudo, o direito ao nome possui imutabilidade relativa, de modo que a própria Lei de Registros Públicos excepciona diversas situações em que possível sua alteração, a exemplo do que disciplinam os arts. 56 e 57.

Ademais, conforme o art. 55, p. único da Lei nº 6.015/73, o nome que possa expor seu portador ao ridículo não merece proteção.

Especificamente no que concerne à pessoa transexual, o nome, importantíssimo direito da personalidade, direito fundamental e direito humano, ter o poder de excluir ou incluir seu portador, de rebaixá-lo ou reafirmá-lo, de proteger-lhe ou expor-lhe a sérios constrangimentos.

Afinal, o nome de batismo da pessoa transexual não condiz com sua realidade psíquica, gerando um real sofrimento a apresentação de documentos que devassam sua intimidade e a constrangem.

Se de um lado argumenta-se que a Lei de Registros Públicos, datada de 1973, não regula especificamente o tema da alteração de nome, e, conseqüentemente, alteração de sexo (visto que de nada adiantaria permitir, por exemplo, a adoção isolada de um nome feminino, se mantido documentalmente o sexo masculino), de outro, é possível a utilização analógica do art. 58 da referida lei, visto que é comum a utilização de nomes sociais por transexuais.^[3]

Além disso, ainda que se considere inexistente qualquer norma específica disciplinadora do tema, incabível que o formalismo e o legalismo se sobreponham aos direitos mais fundamentais, sendo adequado o ativismo judicial, sob a ótica do

neoconstitucionalismo para garantir que a pessoa seja o centro do ordenamento jurídico.

3. Da saúde enquanto direito fundamental

É preciso observar ainda que a transexualidade, mesmo se não considerada como enfermidade, está apta a gerar, diante de confrontos sociais, sérios problemas de saúde.

No que toca ao aspecto físico, a autonomia privada da pessoa transexual deve ser respeitada, não devendo o Estado – ou quem quer que seja - imiscuir-se em sua esfera privada, sendo, portanto, sua e somente sua a decisão de submeter-se ou não a qualquer procedimento cirúrgico e/ou hormonal.

Afinal, a pessoa transgênero tem direito à integridade física e à disponibilidade do próprio corpo, não podendo ser obrigada a fazer ou deixar de fazer qualquer cirurgia, submetendo-se a riscos, conforme art. 5º, II da CRFB/88 e art. 15 do CC/02, para exercer os justos direitos à autodeterminação de gênero, sexual e ao nome.

Já que que concerne à saúde psíquica, destaca-se que a realidade anatômica não pode sobrepor-se ao aspecto psicológico e à real identidade da pessoa humana. Não há motivação idônea para submeter a pessoa transexual a portar por toda a vida documentação que atraia tratamento degradante (art. 5º, III da CRFB/88).

4. Dos valores envolvidos

A alteração registral do nome e do sexo constitui-se verdadeira modificação no estado de pessoa e configura direito fundamental do(a) transexual.

A favor deste entendimento, militam o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB/88); o direito à liberdade, inclusive de identidade de gênero (art. 5º, caput, CRFB/88); o direito à intimidade (art. 5º, X da CRFB/88), o direito à isonomia (art. 5º, caput, CRFB/88), já que, mesmo que se busque realizar a cirurgia para fins de alteração registral, a fila do SUS é longa e nem todos possuem recursos para utilizar o modelo particular; à autodeterminação e, especialmente, o direito à busca pela felicidade.

Note-se que, em diversos outros países, a exemplo da Espanha, Argentina, Reino Unido e Portugal, já garante-se a alteração registral, tanto de nome quanto de sexo, independentemente da realização de transgenitalização.

Importante destacar ainda que, nos termos dos Princípios de Yogyakarta,^[4] documento internacional “soft law” extremamente representativo, resta expresso que “nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero”. Sendo assim, patente o direito de a pessoa transexual exercer todas as suas faculdades legais independentemente de qualquer procedimento médico.

5. Da louvável decisão do STJ.

É sabido que já existiam diversas decisões esparsas em tribunais estaduais atestando a possibilidade de alteração registral, de nome e de sexo, sem necessidade de realização cirúrgica.^[5]

De igual modo, já restava pacificada, na jurisprudência, e especificamente no Superior Tribunal de Justiça (conforme RESP 737.993-MG, veiculado no informativo 415), a possibilidade de alteração do nome de pessoas transexuais já transgenitalizadas.^[6]

Contudo, apenas recentemente, no dia 09 de maio de 2017, durante o julgamento do RESP 1.626.739/RS, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se sobre a alteração registral de transexuais não operados, decidindo que possuem o direito à alteração do registro civil sem realização de cirurgia.^[7]

No voto do relator, Ministro Luís Felipe Salomão, que se sagrou vencedor, constaram o direito à identidade, o direito à não discriminação e o direito fundamental à felicidade. Houve a preocupação de destacar firmemente que de nada adiantaria permitir a alteração de nome da pessoa transexual desacompanhada da alteração registral do sexo, visto que haveria séria incongruência atentatória aos direitos existenciais inerentes à personalidade.

Assim, malgrado o STF ainda não tenha se posicionado sobre o tema, resta evidente o avanço por parte do STJ, que, de forma louvável, garantiu os direitos fundamentais mais básicos das pessoas transexuais.

Conclusão

Apesar de as conclusões acerca do presente estudo já terem sido extraídas da leitura de cada um dos capítulos que compõem esse artigo, merecido se faz, neste momento, trazê-las à baila, de forma mais sucinta.

É certo que a pessoa transexual nega o seu sexo biológico, identificando-se com o gênero do sexo oposto, que não condiz com seu sexo anatômico, o que, entre outras coisas, desperta uma série de questões com relação ao seu registro de nascimento, visto que seu nome e sexo originariamente documentados não condizem com sua realidade psíquica, o que lhe gera real sofrimento.

Assim, observados os direitos ao nome e à saúde, bem como considerando o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade, o direito à intimidade, o direito à isonomia, o direito à autodeterminação, o direito à busca pela felicidade, e as preciosas lições dos Princípios de Yogyakarta, imperioso perceber que a alteração registral configura verdadeiro direito fundamental, da personalidade e humano do(a) transexual.

Por fim, analisada a recente decisão proferida no julgamento do RESP 1.626.739/RS, malgrado o STF ainda não tenha se posicionado sobre o tema, resta evidente o louvável avanço jurisprudencial a fim de garantir os direitos mais básicos das pessoas transexuais.

REFERÊNCIAS

BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de personalidade e autonomia privada. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANTALI, Fernanda Borghetti. Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia priva e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JABUR, G. H. Liberdade de pensamento e direito à vida privada. Conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Editora ecista dos Tribunais Ltda, 2000.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, A. Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2011.

SOLEY- BELTRAN, P. Transexualidad y transgênero: uma perspectiva bioética. Revista de Bioetica y Derecho. Num 30, enero 2014, p.21-39.

SZANIAWSKI, E. Limites e possibilidade do direito de redesignação do estado sexual. Estudos sobre o transexualismo – aspectos médicos e jurídicos. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998.

VIEIRA, T.R. Nome e sexo: mudanças no Registro Civil. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2008.

NOTAS:

[1] www.cid10.com.br e <http://cid10.bancodesaude.com.br/cid-10-f/f640/transexualismo>

[2] Reitere-se a opção pela não utilização do sufixo “ismo” para identificar, por trazer uma carga semântica de conotação negativa, que caracteriza doença ou distúrbio. Destaque-se que o Catálogo Internacional de Doenças (CID) não inclui a homossexualidade desde 1993.

[3] Vide Decreto nº 8.727/2016, que trata sobre o nome de uso social.

[4] www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf

[5] A título de exemplo: TJ-SP - APL 00139343120118260037 SP 0013934-31.2011.8.26.0037 e TJ-PR - AC 3509695 PR 0350969-5.

[6] www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0415.rtf

[7] http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Transexuais-t%C3%AAm-direito-%C3%A0-altera%C3%A7%C3%A3o-do-registro-civil-sem-realiza%C3%A7%C3%A3o-de-cirurgia

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA OMISSÃO

ANDRÉ DIEGO DE LIMA LEITE: Advogado. Graduado pela Universidade de Fortaleza. Pós-graduando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza.

Resumo: O presente trabalho tem como foco analisar a responsabilidade civil do Estado, com ênfase nos seus elementos constitutivos, bem como na teoria que a fundamenta, aceita pela maioria da doutrina brasileira. Para tanto, será detalhado os elementos que devem estar presentes para que o Estado seja condenado a indenizar, bem como se é possível invocar excludentes de responsabilidade. Por fim, Detalharemos a responsabilidade do Estado na omissão, abrangendo a posição da doutrina e do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, foi feito um estudo da legislação vigente bem como da doutrina administrativa, o que resultou em conclusões como a possibilidade de o Estado responder seja em condutas comissivas como omissivas, apesar de, nesse último caso, ser necessário a comprovação de mais elementos do que os tipicamente previstos em condutas comissivas.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado. Indenização. Omissão.

Abstract: *The present work focuses on analyzing the civil liability of the State, with emphasis on its constituent elements, as well as the theory that underlies, accepted by the majority of the Brazilian doctrine. For both, will be detailed elements that must be present for the State to be convicted to compensate, as well as if it is not possible to claim exclusive responsibility. Finally, the tags are the responsibility of the State in default, covering the position of doctrine and the Federal Supreme Court. To that end, we made a study of current legislation as well as the administrative doctrine, which resulted in conclusions and the possibility of the State meet is in conduits comissivas as omissivas, although, in the latter case, be required to prove more elements than the typically laid in comissivis conduits.*

Keywords: *Civil liability. State. Compensation. omission.*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Evolução da responsabilidade Civil do Estado; 3 A responsabilidade do Estado na ação e na omissão; 4. Referências

1. Introdução

O presente trabalho tem como avaliar a responsabilidade civil do Estado diante de condutas omissivas, analisando quais os elementos que devem estar presentes para que, nesse caso, se caracterize o dever de indenizar.

O artigo foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, será abordado de forma sucinta a evolução da responsabilidade do Estado, com ênfase, ao final, no disposto na Constituição Federal de 1988. No segundo capítulo, será abordado os elementos configuradores da responsabilidade objetiva do Estado e a teoria que a fundamenta, onde será feita um comparativo entre a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral e em que hipóteses é possível a utilização desta última. Por fim, no terceiro capítulo, será abordado o tema da responsabilidade civil do Estado diante da omissão, analisando os requisitos configuradores, bem como a necessidade de comprovação da culpa do serviço. Ademais, será analisada a jurisprudência recente da suprema corte sobre a matéria, que, conforme será visto, tem se aproximado dos direitos humanos e da sua defesa.

2. A Evolução da responsabilidade civil do Estado

A responsabilidade civil do Estado passou por um grande período de evolução até o modelo que conhecemos atualmente.

Para que possamos compreender acerca da evolução da responsabilidade civil do Estado, precisamos entender a sua evolução no direito brasileiro e como esta é encarada atualmente.

Em primeiro momento, vigorava no direito administrativo comparado a figura da irresponsabilidade do Estado, baseado na premissa de que o rei não errava. Diante disso, o Estado não tinha qualquer responsabilidade por condutas comissivas ou omissivas praticadas por seus agentes. Conforme Matheus Carvalho (2016, p. 322):

Em um primeiro momento, o dirigente público era quem determinava o que era certo ou errado. A premissa de que "o rei nunca errava" (*the king can do not wrong*) embasa a primeira fase da responsabilidade civil que é justamente a fase da irresponsabilidade. As monarquias absolutistas se fundavam numa ideia de soberania, enquanto autoridade, sem abrir possibilidade ao súdito de contestação. O Estado não respondia por seus atos, era sujeito irresponsável. Já que

o monarca ditava as leis, o Estado não admitia falhas. Era o que se costumava chamar de personificação divina do chefe de Estado.

Contudo, a visão de irresponsabilidade estatal diante das condutas de seus agentes não perdurou por longo prazo, dando lugar à teoria da responsabilidade do Estado desde que houvesse previsão legal. Tal situação se deu em virtude do conhecido caso “Blanco”, no qual uma garota foi atropelada por um vagão de um trem, e o Estado se viu compelido a modificar o seu entendimento e adotar a responsabilidade esboçada em previsão legal. Conforme Matheus Carvalho (2016, p.322):

O primeiro caso de responsabilidade do Estado (*feeding case*) se deu na França e ficou conhecido como caso "Blanco". Ocorreu que uma garota foi atropelada por um vagão de ferroviária e, comovendo a sociedade francesa, embasou a responsabilização do ente público pelo dano causado. O Estado, que, até então, agia irresponsavelmente, passou a ser responsável, em casos pontuais, sempre que houvesse previsão legal específica para responsabilidade. Eram situações muito restritas.

Após a teoria da responsabilidade por previsão legal, a evolução doutrinária e jurisprudencial permitiu chegar a um novo modelo de responsabilidade estatal, no qual o Estado respondia desde que fosse comprovada o dolo ou a culpa do agente público. Embora tenha havido uma mudança e uma evolução na forma de encarar a responsabilidade civil do Estado, a mesma sofria críticas da doutrina à época, pois mesmo que houvesse a responsabilização seria ainda demasiado complicado responsabilizar o Estado.

Novamente a teoria a responsabilidade civil do Estado passou por uma nova mudança, dando azo à responsabilidade subjetiva baseada na culpa do serviço. Segundo tal teoria, conforme José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 573):

“A teoria foi consagrada pela clássica doutrina de PAUL DUEZ, segundo a qual o lesado não precisaria identificar o agente estatal causador do dano. Bastava-lhe comprovar o

mau funcionamento do serviço público, mesmo que fosse impossível apontar o agente que o provocou”.

Segundo tal modelo de responsabilidade, a vítima não precisaria comprovar dolo ou culpa do agente, bastando que se comprovasse que o serviço público havia sido mal prestado para que fosse imposto o dever de indenizar.

Por fim, a responsabilidade civil do Estado sofreu a sua última evolução, para o atual modelo que conhecemos, de responsabilidade objetiva. Nesta, basta a comprovação do dano, do nexo causal e da conduta do agente público para que o Estado tenha o dever de indenizar. . Conforme Matheus Carvalho (2016, p. 324):

Com efeito, para que haja responsabilidade objetiva, nos moldes do texto constitucional, basta que se comprovem três elementos, quais sejam: a conduta de um agente público, o dano causado a terceiro (usuário ou não do serviço) e o nexo de causalidade entre o fato lesivo e o dano. Nota-se que não há necessidade de comprovação do requisito subjetivo, ou seja, o dolo ou a culpa do agente público causador do dano ou até mesmo a culpa do serviço, pela demonstração de serviço mal prestado como ensejador do dano. Se o agente público comprovar que agiu com diligência, prudência e perícia e que não teve a intenção de causar qualquer espécie de dano, ele estará isento de responsabilização pessoal perante o Estado, mas não influencia na responsabilidade do ente público.

Portanto, atualmente, o modelo de responsabilidade do Estado é, em regra, objetivo, bastando, para se configurar, que sejam comprovados pela vítima do dano a conduta do agente, o dano e o nexo causal entre a conduta e o dano.

No Brasil, conforme entende a doutrina majoritária, nunca existiu um modelo de irresponsabilidade, e a figura da responsabilidade objetiva é prevista no direito brasileiro desde a Constituição de 1946. Conforme Celso Antonio Bandeira de Melo (2010, p. 1025), “No Brasil jamais foi aceita a tese da irresponsabilidade do Estado”.

Ademais, conforme Matheus Carvalho (2017, p. 340):

Por fim, cumpre ressaltar que a responsabilidade do Estado, no Brasil, configura-se objetiva, desde a Constituição de 1946, sendo que a Carta Magna de 1988 não inovou o ordenamento jurídico, já que, a partir de 1946, em todas as constituições seguintes, o texto somente era aperfeiçoado para chegar ao texto hoje expresso.

Diante disso, podemos chegar à conclusão de que a responsabilidade no direito brasileiro é, desde a Constituição de 1946, de cunho objetivo, bastando a presença dos elementos ensejadores para que haja o dever de indenizar do Estado.

3. Elementos configuradores do dever de indenizar

Para que o Estado seja obrigado a indenizar a vítima do evento danoso, é essencial a presença de três elementos indispensáveis. São eles o dano, a conduta e o nexo causal.

A conduta significa a atuação ou omissão dos agente públicos, da qual tenha resultado o dano. Ressalte-se que é imprescindível a presença da conduta para que haja o dever de indenizar do Estado. Conforme Rafael Rezende de Oliveira (2017, online):

A conduta administrativa (fato administrativo) é o primeiro elemento necessário à responsabilização estatal. O Estado somente pode ser responsabilizado pela atuação ou omissão de seus agentes públicos. É preciso, portanto, demonstrar que o dano tem relação direta com o exercício da função pública ou a omissão relevante dos agentes públicos. Conforme assinalado anteriormente, não apenas a conduta administrativa ilícita, mas também a conduta lícita causadora de danos desproporcionais, acarreta a responsabilidade do Estado.

O dano, por sua vez, significa que a conduta do agente, seja comissiva ou omissiva, resultou em dano a bem jurídico da vítima. Tal dano, ademais, pode ser subdividido em dano material, o qual abarca o dano emergente e o lucro cessante, bem como em dano moral, sendo plenamente possível a cumulação de danos morais e materiais oriundos do mesmo fato. Conforme a Súmula 37 do Superior Tribunal de

Justiça “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Por fim, o nexo causal significa a relação de causa-efeito entre a conduta e o dano da vítima. Conforme Rafael Rezende Oliveira (2017, online) “terceiro pressuposto da responsabilidade civil do Estado é o nexo de causalidade, que significa a relação de causa e efeito entre a conduta estatal e o dano suportado pela vítima.”

É interessante observar que, uma vez comprovado a presença dos três elementos supracitados, se torna imperativo o dever de indenizar do Estado, não sendo possível discussão acerca de elementos subjetivos, tendo em vista que a responsabilidade do Estado é de cunho objetivo.

Ademais, tal modelo de responsabilização estatal está pautada na teoria do risco administrativo que significa que, como a atividade do Estado é arriscada, ele deve responder por eventuais danos que surjam de tal atividade.

4. A responsabilidade do Estado na omissão

Conforme visto anteriormente, a responsabilidade do Estado necessita, para sua configuração, de três elementos, quais sejam a conduta do agente, o dano, e o nexo de causalidade.

Uma vez comprovados tais elementos, o dever de indenizar do Estado é imperioso, posto que a responsabilidade do mesmo seria objetiva. Veja-se o dispositivo constitucional que assegura tal direito à vítima:

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: § 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 de dolo ou culpa.

Conforme o dispositivo supracitado, tanto as pessoas jurídicas de direito público como as de direito privado que prestam serviços públicos deverão indenizar os danos que seus agentes públicos cometerem a terceiros. Tal responsabilidade é de cunho objetivo, baseado na teoria do risco administrativo.

Diante disso, dúvida surgiu na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade de aplicação desse instituto tanto em condutas comissivas do Estado como omissivas.

Alguns doutrinadores alegam que o Estado deve responder objetivamente tanto diante de condutas comissivas como omissivas, uma vez que o dispositivo supracitado em nenhum momento distinguiu as condutas. Contudo, deve prevalecer o entendimento majoritário apontado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 1016):

É corretíssima, portanto, a posição sempre e de há muitos lustros sustentada pelo Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello – que serviu de fundamento e de norte para os desenvolvimentos contidos neste trabalho –, segundo quem a responsabilidade do Estado é objetiva no caso de comportamento danoso comissivo e subjetiva no caso de comportamento omissivo.

Diante de tal entendimento, pode-se perceber que o Estado deverá responder objetivamente nos casos de ação e subjetivamente nos casos de omissão. A responsabilidade subjetiva nos casos de omissão é baseada na teoria da culpa do serviço ou culpa anônima, ou seja, para que o Estado responda nas omissões, é necessário que se comprove que a prestação do serviço foi ineficiente.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento recente, se posicionou de um modo diverso no tocante à responsabilidade por omissão, devendo a mesma ser encarada como objetiva, desde que haja um dever legal do Estado em realizar determinado serviço. Vejamos:

(ARE 897890 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 22/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 16-10-2015 PUBLIC 19-10-2015) EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Responsabilidade civil do Estado.

Juiz de Paz. Remuneração. Ausência de regulamentação. Danos materiais. Elementos da responsabilidade civil estatal não demonstrados na origem. **Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes.** 1. **A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público. (grifou-se)** 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. O Plenário da Corte, no exame da ADI nº 1.051/SC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, entendeu que a remuneração dos Juízes de Paz somente pode ser fixada em lei de iniciativa exclusiva do Tribunal de Justiça do Estado-membro. 4. Agravo regimental não provido.) .

Diante do entendimento esboçado pelo Supremo Tribunal Federal, embora a doutrina majoritária e o Superior Tribunal de Justiça possuam entendimento no sentido de que o Estado deve responder de modo objetivo nas ações e subjetivo nas omissões, o Pretório Excelso possui entendimento no sentido que a responsabilidade deve ser objetiva em ambos os casos.

Contudo, é necessário destacar que a Suprema Corte entende desta maneira desde que haja um dever legal de proteção pelo Estado, ou seja, apenas de houver um dever jurídico previsto em lei para a proteção, e, nesse sentido, o Estado não atuar, ele deverá responder objetivamente em situações omissivas. Todavia, quando o Estado se depara com um dever genérico, inexistindo dever legal, a sua responsabilidade nas omissões deve ser orientada pela teoria subjetiva da culpa do serviço. Nesse sentido, Márcio André Lopes Cavalcante, (2017, online), menciona:

Deve-se fazer, no entanto, uma advertência: para o STF, o Estado responde de forma objetiva pelas suas omissões. No entanto, o nexo de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos particulares só restará caracterizado

quando o Poder Público tinha o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso e mesmo assim não cumpriu essa obrigação legal. Assim, o Estado responde de forma objetiva pelas suas omissões, desde que ele tivesse obrigação legal específica de agir para impedir que o resultado danoso ocorresse. A isso se chama de "omissão específica" do Estado. Dessa forma, para que haja responsabilidade civil no caso de omissão, deverá haver uma omissão específica do Poder Público (STF. Plenário. RE 677139 AgR-EDv-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 22/10/2015).

5. Conclusão

Pelo exposto, percebe-se que a responsabilidade civil do Estado passou por uma grande evolução, inclusive no direito brasileiro, para o atual modelo de responsabilidade que temos atualmente, no qual o Estado responde objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, cometerem, sendo assegurado o direito de regresso em casos de dolo ou culpa.

Quanto aos elementos necessários para que haja o dever de indenizar do Estado, é necessário a presença de três elementos, quais sejam a conduta, o dano e o nexo causal entre a conduta e o dano. Não havendo a presença de tais elementos, não será possível pleitear indenização ao Estado.

Por fim, quanto à conduta, a mesma pode ser omissiva ou comissiva, sendo certo de que, conforme a doutrina majoritária e o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade do Estado na omissão será de cunho subjetivo, sendo necessária a comprovação da culpa do serviço. Todavia, para o Supremo Tribunal Federal, a responsabilidade do Estado, inclusive na omissão, será objetiva, desde que haja uma violação de dever legal de proteção, ou seja, uma obrigação legal de garantia de proteção de determinado bem jurídico que foi descumprido pelo Estado.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 27^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 37**. Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública.

Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_037.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4 ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 340.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

REZENDE OLIVEIRA, Rafael Carvalho. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo; Método, 2017.

TUTELA JURÍDICA DA PROPRIEDADE

JOSE VILLAS BOAS NETO: Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil Campus Fernandópolis.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar o direito de propriedade, analisando os meios de proteção do proprietário, os motivos que geram a perda do bem tanto móvel quanto imóvel, as mudanças que o Novo Código Civil trouxe para o direito de propriedade. Buscando discorrer sobre os princípios da função social da propriedade, com enfoque na Constituição Federal que deve ser assegurado por todos com o intuito de proteger em nome da coletividade o patrimônio privado. A pesquisa fora realizada por meio de bibliografias, encontradas em doutrinas, revistas, periódicos, códigos, leis específicas e artigos científicos.

PALAVRAS CHAVES: Direito de Propriedade; Constituição Federal; Direito Real

ABSTRACT: The present work has the objective of analyzing the property right, analyzing the means of protection of the owner, which means that they generate the loss of both movable and immovable property, such as changes that the New Civil Code brought to the right of ownership. Seeking to discuss the principles of the social function of property, focusing on the Federal Constitution that must be ensured by all with the intention of protecting the private equity in the name of the collectivity.

A research carried out through bibliographies, found in doctrines, journals, periodicals, codes, specific laws and scientific authors.

KEY WORDS: Property Rights; Federal Constitution; Real Right

SÚMARIO: INTRODUÇÃO. 1.CONCEITO. 1.1. EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE NO BRASIL. 2.PROPRIEDADE, POSSE E DETENÇÃO. 3.CARACTERÍSTICAS DA PROPRIEDADE. 4.PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA PROPRIEDADE. 5.PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE. 6.MODOS DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL. 7.DIREITO HEREDITÁRIO. 8.MODOS DE AQUISIÇÃO DE PROPRIEDADE MÓVEL. 9.DA CONFUSÃO, DA COMISTÃO E DA ADJUNÇÃO. 10.DA PERDA DA PROPRIEDADE. 11.CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

Propriedade, perante o ponto de vista jurídico, é o direito de usar, gozar e possuir bens e dispor deles da maneira como quiser. O direito de propriedade não se restringe somente a bens imóveis, mas também a bens materiais. Para a Declaração de Direitos do homem e do cidadão, a propriedade é um direito inviolável e sagrado, isto é, ninguém pode ser dela privado a não ser quando uma necessidade pública, legalmente constatada, exige-la de modo claro e sob condição de uma indenização justa.

A importância da propriedade é muito grande na nossa vida, afinal nosso principal interesse na vida é o ajuntamento de bens, na formação de um patrimônio.

A propriedade é o único direito real sobre a coisa própria, sendo o mais relevante e complexo, tendo efeitos erga omnes, contendo todas as características que configura os direitos reais e por ter o proprietário todas as faculdades inerentes.

1. CONCEITO

O direito de propriedade é o direito mais complexo e importante que temos no Direito Civil. É o direito real que trata de coisas próprias e não de coisas alheias, bens de terceiros como o art.1225 do Código Civil trás. No ordenamento protege a propriedade a nível constitucional (Art. 5º, XXII e 170, II da Constituição federal).

Propriedade se traduzia “como a dominação do homem sobre a coisa e se reveste dos atributos dominais de poder usar, gozar dispor, e reivindicar a coisa onde que ela se encontre” (MOREIRA, p.40, 2003)

Na dicção de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO: “Constitui o direito de propriedade o mais importante e o mais solido de todos os direitos subjetivos, o direito real por excelência, o eixo em torno do qual gravita o direito das coisas”.

A propriedade é muito mais difícil de ser verificada do que a posse, pois a posse está no mundo da natureza, enquanto a propriedade está no mundo jurídico. Temos a posse das roupas, livros e relógios que estamos usando, mas não temos certezas que somos realmente donos desses objetos.

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

1.1. EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE NO BRASIL

A Propriedade seja ela no Brasil ou não é assegurada por constituições e por Leis hierarquicamente menores. Para se chegar onde está hoje, passou por longos caminhos e para chegar ao conceito e a tutela que a propriedade e proprietário têm nos dias de hoje. Que é garantir a dignidade plena e a preservação dos direitos indispensáveis para o homem, vieram também varias proteções que são herdadas principalmente do direito romano que ainda estão presentes do direito atual.

2. PROPRIEDADE POSSE E DETENÇÃO

Posse e propriedade se distinguem, segundo os Romanos propriedade é um poder jurídico, e posse é um poder de fato representado sobre a coisa com intenção de tê-la como sua. E a detenção o dono exerce um poder sobre um objeto, porem reconhece que a propriedade não lhe pertence.

A posse segundo Marky é: “um poder de fato sobre uma coisa corpórea, a efetiva subordinação física da coisa a alguém. Distingue-se da propriedade que é poder jurídico absoluto sobre a coisa. O primeiro é um fato, o segundo é um direito” (MARKY, p. 74, 1995)

3. CARACTERÍSTICAS DA PROPRIEDADE

O direito de propriedade tem três faculdades: uso, furto e gozo

Uso: é o jus utendi, ou seja, o dono pode usar a coisa para o fim que ela se destina, por exemplo, morar na casa, usar o carro para trabalho, passear.

Fruição ou Gozo: é o jus fruendi, ou seja, o proprietário pode explorar economicamente e tirando proveitos e vantagens do bem, como vender frutos de uma árvore do quintal.

Disponer: é o jus abutendi, é o poder de modificar, reformar, vender, destruir, consumir o bem.

O proprietário ainda pode reaver o bem se for tomado de forma injusta à pessoa que possua ou a detenha, através de uma ação reivindicatória contra o possuidor de má-fé ou o detentor.

4. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA PROPRIEDADE

O direito de propriedade é absoluto porque se exerce contra todos, é direito erga omnes, todos têm que respeitar minha propriedade sobre meus bens e vice-versa. Mas no direito moderno exige que cumpra uma função social, e respeitar é um limite ao direito de propriedade, como outro limite é o direito de vizinhança. Quando uma propriedade não cumpre sua função social o estado pode desapropriar, mais pega o bem para si, mas para outro proprietário que vai utilizá-lo melhor.

É perpetuo a propriedade, pois ele não se extingue com o tempo como o direito de crédito, ele se passa para nossos filhos, irmãos no direito das sucessões, quando mais o dono usa o bem, mais se fortalecem o direito de propriedade. A propriedade não se extingue pelo não uso ele sempre será seu, mas se alguém começar a usar o bem que você não usar por muito tempo, ele terá direito a exigir e adquiri-la pela usucapião.

O bem da propriedade é exclusivo, o proprietário pode proibir que terceiros usassem seu bem, mas nosso ordenamento admite o condomínio.

A propriedade é elástica, ela vai e volta, você pode ceder parte de um bem para terceiro, você vai perder o uso e o fruto da coisa, mais no fim do uso a propriedade vai se contrair de novo e tiver ela completa novamente.

5. PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE

Não basta ter a aplicação e o reconhecimento da propriedade, são necessário que tenha uma proteção da coisa integralmente ou parcialmente, este meio de proteção ficou por parte do Estado de garantir a tutela da coisa ao proprietário que é por meio da ação negatória e reivindicatória.

Ação negatória é um meio de proteção contra o direito de propriedade, que cabe ao proprietário possuidor da coisa contra quem alega ter um direito real sobre a coisa.

Ação reivindicatória é um meio de proteção contra uma lesão causa por outrem, para poder reaver a coisa que esta que está injustamente em sua posse.

6. MODOS DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL

A propriedade pode ser adquirida de forma originária e de forma derivada.

A originária quando é desvinculada de qualquer relação com o titular anterior, e derivada quando ocorre uma relação jurídica com titular anterior.

A aquisição por registro é feita entre vivos da propriedade mediante registro do título translativo no registro de imóvel competente.

O Código Civil trás nos arts. 1.245, 1.246 e 1.247 a aquisição feita por registro

Art. 1.245.: “Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.”

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

Art. 1.246. “O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo.”

Art. 1.247. “Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule.”

Aquisição por acessão é o aumento do valor ou do volume do bem principal, em razão de um elemento externo.

A acessão é dividida em cinco:

Acessão por formação de ilhas: são ilhas formadas por movimentos sísmicos, por depósitos de areia, pedra ou cascalhos, deixando descoberto uma parte do fundo do rio. De acordo com o código civil e o código de águas essas ilhas passarão a ser de domínio particular.

Acessão por aluvião: são os acréscimos constantes e imperceptível que faz ocorrer o aumento de terra a margem de rios, resultada de desvios de rios e enxurradas. Nestes casos não é obrigado a indenizar o prejudicado, pois tal fato ocorre por força da natureza.

Acessão por avulsão: quando uma força momentânea da corrente arranca uma parte relevante de um prédio, unindo-se sobre outro prédio.

Art. 1251 do Código Civil: “Quando, por força natural violenta, uma porção de terra se destacar de um prédio e se juntar a outro, o dono deste adquirirá a propriedade do acréscimo, se indenizar o dono do primeiro ou, sem indenização, se, em um ano, ninguém houver reclamado”.

Acessão por abandono de álveo: o leito do rio muda a sua direção em função da corrente, pertencendo a nova parte a ribeirinhos das duas margens, não tendo indenização os donos dos terrenos onde passar as novas águas.

Construções e plantações: as construções e plantações são acessões decorrentes da conduta humana.

Usucapião é o modo originário de adquirir o bem, por posse mansa e pacífica por determinado tempo e mediante requisitos previstos em lei.

Usucapião Extraordinária: aquele que constantemente, sem oposição possuir como seu o imóvel por 15 anos, adquire a propriedade, independentemente de título e boa fé. O prazo de quinze anos cai para 10 se o possuidor tiver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual ou tiver realizado obras ou serviços de natureza produtiva.

Usucapião Ordinária: aquele que usufruir diariamente, sem oposição possuir como seu imóvel por dez anos, com justo título e boa fé, adquire a propriedade. O Prazo será de cinco anos se o possuidor adquiriu o imóvel onerosamente.

7. DIREITO HEREDITÁRIO

No direito hereditário o inventário é feito em função do princípio da continuidade e publicidade do registro de imóveis. Pode ser originária e derivada

Originária quando não há transmissão de um sujeito para outro como na acessão natural e usucapião.

Derivada quando resulta de um ato negociado entre o proprietário anterior e o adquirente, havendo, uma transmissão do domínio em razão da manifestação da vontade.

8. MODOS DE AQUISIÇÃO DE PROPRIEDADE MÓVEL

O Código de 2002 disciplina seis modos de aquisição da propriedade móvel: a usucapião, a ocupação, o achado do tesouro, a tradição, a especificação e a confusão. Juntamente com a última, trata também da comistão e da adjunção.

Da Usucapião: Assim como os bens imóveis, os bens móveis podem ser adquiridos por usucapião. Porém o Código Civil de 2002 não trata com tanta importância os bens móveis como trata os bens imóveis, trazendo prazos mais curtos para poder adquirir o bem, sendo de três anos, com justo título de boa-fé, passa a ter a propriedade da coisa, conforme o art. 1260 do Código Civil.

Da Ocupação: é se tornar proprietário de coisa sem dono ou abandonada. Para existir a ocupação é necessário ter três requisitos, o animus domini daquele que perdeu a coisa, res nullius coisa de ninguém e res derelictae é a coisa que foi abandonada pelo seu proprietário.

O Achado do Tesouro: é necessário que a coisa seja antiga e preciosa, que esteja oculta e que seu dono não tenha conhecimento dela, e o descobridor ter achado ela ocasionalmente.

Da Tradição: consiste na entrega da coisa do proprietário para o adquirente, com a intenção de transferir o domínio, em complementação do contrato. Com a entrega se torna pública a transferência.

De acordo com o art. 1.267 do Código Civil: *“a propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição.”*

A tradição pode ser real, simbólica e ficta. Será real quando a coisa for realmente entregue a outra pessoa. Será simbólica quando simbolizar a entrega da coisa, por exemplo, um cheque simbólico para o ganhador em um programa de televisão. Ficta quando o dono já tinha a posse direta da coisa e torna-se proprietário.

Da Especificação: constitui forma de aquisição da propriedade móvel, que ocorre mediante atividade de uma pessoa em determinada matéria prima, obtendo, por seu trabalho, espécie nova.

9. DA CONFUSÃO, DA COMISTÃO E DA ADJUNÇÃO

Confusão é a mistura de coisas líquidas impossíveis de se separar que ocorre involuntariamente ou de forma fortuita, de matéria de diferentes proprietários, como álcool e gasolina, comistão é a mistura de coisas sólidas ou secas como grãos de café tipo A e B, e adjunção é a justaposição de uma coisa sobre a outra. A nova espécie pertencerá aos donos da matéria-prima, cada um com sua justa parte.

10. DA PERDA DA PROPRIEDADE

Uma das principais características da propriedade é a perpetuidade. Em princípio, a propriedade é irrevogável, transmitindo-se aos seus sucessores.

O art. 1275 do Código Civil trás cinco formas de perda da propriedade que é por alienação, por renúncia, por abandono, por perecimento da coisa e por desapropriação.

Por Alienação: é uma forma de extinção subjetiva do domínio, em que o titular do direito, passa por vontade própria e transmite a outrem seu direito sobre a coisa. É a transmissão de um direito de um patrimônio a outrem, essa transmissão pode ser onerosa ou gratuita.

Por Renúncia: é abrir mão de seus direitos, é um ato unilateral e independente de aceitação, sendo irrevogável e não se presume. Embora seja difícil de acontecer é possível a renúncia desde que não cause prejuízo a terceiro.

A renúncia requer ato expreso e formalizado por escritura pública nos moldes do art.108 do Código Civil.

Art. 108 do Código Civil: “Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”.

Por Abandono: resulta de atos que atesta a vontade do proprietário em abandonar a coisa, sendo necessários sinais evidentes de abdicar a propriedade.

Perecimento da Coisa: é a perda total e se dá por forma natural aquela que ocorre por ato involuntário do dono, e por atos voluntários quando o titular não quer mais a coisa e se desfaz voluntariamente.

Por Desapropriação: é um ato público garantido por lei, por força do qual se retira total ou parcialmente um direito ou bem do patrimônio privado, passando a ser propriedade pública tendo o interesse da coletividade. A propriedade de alguém se transfere, por necessidade ou utilidade pública e interesse social, para o acervo estatal tendo em vista o interesse da coletividade.

A desapropriação pode vir de interesse da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal mediante autorização legal dos serviços públicos. Com

a decretação da desapropriação, é oferecido um preço pelo bem. Se o envolvido aceitar a oferta, conclui-se a expropriação. Contudo, se a recusar, o valor será fixado em juízo através de um relatório técnico de perito nomeado pelo juiz, sendo livres às partes indicar seus assistentes técnicos. Determinado o valor do bem, o expropriante deposita-o em juízo, passando a adquirir o bem.

Não só bens particulares podem ser desapropriados, mas bens dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal são suscetíveis de desapropriação pela União.

11. CONCLUSÃO

O presente trabalho pronunciou sobre as forma de aquisição e perda da propriedade e do bem móvel, estudando seus princípios e todas as transformações que passou ao longo dos anos, para garantir todos os direitos á propriedade.

Analisamos á propriedade e olhamos que o direito civil, permite o proprietário usar, gozar, fruir e dispor do bem quando bem quiser, sendo garantido por princípios constitucionais e proteções trazidas pelo Novo Código Civil, que ganha uma nova ideia de função social. Enxergamos também que diversas proteções do direito da antiguidade ainda estão presentes.

Concluimos que não basta o reconhecimento da propriedade, foi necessário que a coisa estivesse protegida totalmente ou em partes e que tais meios de proteção fossem proporcionadas pelo Estado.

ANÁLISE DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS INTERNACIONAIS

VITOR VELOSO BARROS E SANTOS:

Advogado da União. Centro Universitário de João Pessoa.

RESUMO: O Direito Internacional teve a necessidade de regular tal instrumento facilitador do comércio internacional, havendo tentativas de uniformização do direito comercial, como a UNCITRAL e o UNIDROIT, contando, também a pacificação dos litígios contratuais internacionais utilizando do instrumento da arbitragem. A análise das licitações do ponto de vista internacional, sua aplicabilidade, princípios e a legislação brasileira pertinente ao caso, com enfoque na Lei 8.666/93, tópico de relevante importância em decorrência, principalmente, com a proximidade dos grandes eventos esportivos que serão realizados no Brasil, em 2014 e 2016. Análise do MERCOSUL e o estudo dos contratos internacionais de comércio e as licitações internacionais no bloco sul-americano, seus tratados, legislações e princípios pertinentes.

SÚMARIO: 1 LICITAÇÕES INTERNACIONAIS. 1.1 INTRODUÇÃO TEMÁTICA. 1.2 DAS LICITAÇÕES. 1.3 DISTINÇÕES ENTRE A LICITAÇÃO INTERNACIONAL E A LICITAÇÃO INTERNA. 1.4 CARÁTER INTERNACIONAL DA LICITAÇÃO. 1.5 DO CONTRATO ADMINISTRATIVO INTERNACIONAL. 1.6 DOS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO INTERNACIONAL. 1.6.1 Princípio da Publicidade. 1.6.2 Princípio da Igualdade. 1.7 DOS CRITÉRIOS DE DESEMPATE. 1.8 MODALIDADES DE LICITAÇÕES INTERNACIONAIS.

1 LICITAÇÕES INTERNACIONAIS

1.1 INTRODUÇÃO TEMÁTICA

Com uma maior velocidade dos meios de transporte e a facilidade de comunicação entre os mais distantes países, as relações internacionais tornaram-se cada vez mais frequentes e dinâmicas, onde as trocas comerciais e culturais impulsionam uma cadeia de eventos e descobertas em Estados menos desenvolvidos, gerando o que chamados de globalização.

Dessa maneira não só as relações contratuais entre indivíduos de distintos países tornaram-se mais frequentes, mas cada vez mais os Estados buscavam através das suas relações com seus aliados internacionais o desenvolvimento e a busca de novas tecnologias, para que não se tornasse defasado perante os demais países, uma vez que com seus próprios recursos humanos e de produção não tem capacidade para acompanhar o acelerado ritmo dos países mais ricos.

Sendo o modo mais rápido de trazer tecnologia para o país, o Estado não pode, entretanto, realizar qualquer negócio jurídico com um ente privado, seja nacional ou internacional, sem observar os princípios da isonomia, da impessoalidade, da indisponibilidade do interesse público, da competitividade, entre outros garantidores da vontade popular. De tal maneira é necessária a utilização da chamada licitação internacional para que se de o real cumprimento de tais princípios.

Com o advento de grandes eventos que serão realizados no Brasil nos próximos anos, como a Copa das Confederações, a Copa do Mundo de Futebol e as Olimpíadas do Rio de Janeiro, grande investimentos serão necessários para aumentar a infraestrutura, capacitação de pessoal, segurança, entre outros, e se espera que parte da tecnologia e o *know how* venha de empresas estrangeiras, o que faz de suma importância o estudo do tema, que ainda é pouco abordado pela doutrina brasileira, tema que será abordado mais adiante em tópico referente a recente lei que trata da matéria em questão.

1.2 DAS LICITAÇÕES

A priori, licitação é a forma na qual o Estado promove suas relações patrimoniais e econômicas com terceiros interessados, quando deseja adquirir, locar, alienar bens, executar obras ou serviços, com o objetivo de determinar qual a melhor proposta de acordo com os interesses da administração, adotando um procedimento regulado por lei a fim de garantir a sua lisura e a igualdade entre os participantes dessa disputa.

Essa lei, denominada Lei das Licitações, é a nº 8.666 de 21 de Junho de 1993 a qual estipula normas e diretrizes as quais o administrador deve se seguir para que possa realizar negócios com terceiros, regendo não só os órgãos da administração direta como também as fundações especiais, as autarquias, as empresas públicas, as

sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.:

Celso Antônio Bandeira de Mello dispõe que:

Licitação – em suma síntese- é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.^[1]

Tal procedimento segue uma complexa sequência de atos que culminaram na realização de um Contrato Administrativo entre o ente público e o particular, desde a habilitação do concorrente, passando pelo registro dos cadastros, até chegar do procedimento de avaliação das propostas e seu julgamento de acordo com os ditames legais, além dos dispostos no edital.

1.3 DISTINÇÕES ENTRE A LICITAÇÃO INTERNACIONAL E A LICITAÇÃO INTERNA

Mas qualquer empresa estrangeira pode participar de licitações no Brasil?

Primeiramente é necessário, distinguir licitação internacional e licitação interna. Na chamada licitação internacional, segundo Celso Antônio Bandeira de Melo, temos aquela aberta à participação de empresas estrangeiras que não estejam em funcionamento no país.

Mas como a empresa estrangeira começa a funcionar no Brasil? Tal resposta é encontrada no Código Civil nos artigos 1.134 e 1.135, parágrafo único, *in verbis*:

Art. 1.134. A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos

expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira.

Art 1.135. É facultado ao Poder Executivo, para conceder a autorização, estabelecer condições convenientes à defesa dos interesses nacionais.

Parágrafo Único. Aceitas as condições, expedirá o Poder Executivo decreto de autorização, do qual constará o montante de capital destinado às operações no País, cabendo à sociedade promover a publicação dos atos referidos no art. 1.131 e no § 1º do art. 1.134.[\[2\]](#)

De tal sorte, não pode qualquer empresa estrangeira participar dos procedimentos licitatórios realizados no Brasil, sendo necessária a autorização por decreto expedida pelo Governo Federal para que a empresa possa disputar o certame e ter a oportunidade de contratar com a administração pública brasileira.

Ocorre que o Código Civil traz outro requisito indispensável as empresas estrangeiras, que é a necessidade de ter representante permanente no Brasil com os devidos poderes para tratar todas as questões relativas a empresa que aqui deseja manter relações contratuais.

É o que dispõe o artigo 1.138 do referido código:

“Art. 1.138. A sociedade estrangeira autorizada a funcionar é obrigada a ter, permanentemente, representante no Brasil, com poderes para resolver quaisquer questões e receber citação judicial pela sociedade.[\[3\]](#)”

Assim a empresa estrangeira poderá funcionar no país e participar dos procedimentos licitatórios, seja isoladamente, seja consorciada com uma empresa brasileira.

O artigo 32, parágrafo 4º, da Lei 8.666/93 dispõe que é necessário as empresas estrangeiras que não funcionem no país ter representante legal para responder administrativamente e judicialmente, devendo ainda atender as exigências da lei, inclusive autenticar os documentos equivalentes aos exigidos aos licitantes nacionais nos consulados e traduzi-los por tradutor juramentado.[\[4\]](#)

Dessa forma, uma empresa estrangeira que participa de licitação no país mas que é autorizada a funcionar aqui não participa de uma licitação internacional, mas sim de uma licitação normal com a peculiaridade de um licitante ser estrangeiro.

Portanto, o tema central do presente estudo será a análise da modalidade de licitação internacional, onde o licitante tem apenas representante no país e nada mais, tema que será abordado de acordo com os ditames legais da lei 8.666.

1.4 CARÁTER INTERNACIONAL DA LICITAÇÃO

No presente estudo é necessária a análise da Licitação no seu caráter internacional, fato abordado pelo legislador na citada lei 8.666.

Observa-se que a matéria relacionada às licitações tem seu caráter no campo interno, *a priori*, pois concerne a Administração Pública a escolha da abertura da licitação para aquisição ou não de bem ou serviço, de acordo com as conveniências públicas. Tal escolha abrange, também, se a licitação será interna ou internacional.

Entretanto, como surge o caráter internacional de uma licitação se ela trata de uma matéria interna?

Maria Luiza Machado Granziera, na obra *Contratos Internacionais*, divide a questão em dois momentos, o primeiro trata do exercício do poder discricionário da administração, referindo-se à decisão de abertura da licitação pública e da escolha do objeto que será licitado, observando as etapas do ato declaratório, autorização, aprovação dos órgãos financeiros e jurídicos, publicação do aviso do edital e o andamento do certame.

No segundo momento, aponta à possibilidade da Administração Pública contratar uma empresa estrangeira, seja inteiramente oriunda de outro Estado ou em parceria ou consórcio com empresa brasileira, o que será feito por instrumento particular de contrato internacional, em razão do procedimento licitatório desencadeado no âmbito interno.^[5]

Entende-se que tal divisão trata dos momentos aos quais a licitação ganha o seu caráter internacional, em análise do primeiro momento, vislumbra-se que a escolha de determinando objeto pode direcionar qual será a outra parte integrante da relação

contratual, pois determinados objetos ou serviços podem não ser encontrados no mercado interno, sendo necessária a busca de empresas estrangeiras para participar da licitação.

Já no outro momento, pode-se entender que a possibilidade de a Administração Pública poder relacionar-se com uma empresa estrangeira dá a licitação o caráter internacional, em razão de abordar nos editais dispositivos diferenciados que possibilitem o contrato administrativo com uma empresa não brasileira.

1.5 DO CONTRATO ADMINISTRATIVO INTERNACIONAL

Relacionando a licitação ao tema contratos, temos um contrato administrativo nacional quando a Administração Pública realiza seu contrato com ente interno ou empresa estrangeira devidamente autorizada a funcionar no país, ocorre que quando o licitante for domiciliado fora do país, de modo a ter apenas um representante no Brasil, temos a formação de um contrato administrativo internacional.

É a definição de Leão e Senhorinho sobre o tema que dispõe:

No que se refere aos contratos originados por licitações internacionais, os editais devem conter, além das condições normalmente exigidas para a celebração de todo e qualquer ajuste regido pelo direito público, os requisitos necessários à formalização do acordo quando a adjudicatária for empresa estrangeira sem autorização de funcionamento no Brasil, consorciada ou não com empresa brasileira, porque quando da execução do contrato, neste caso, apesar de em território nacional e sob a égide da legislação brasileira (de acordo com o princípio *locus regit actum*), incidirão algumas regras de *Direito Internacional em virtude da extraterritorialidade do ajuste e da origem da empresa contratada*^[6].

No direito internacional privado, o ajuste da escolha ou não da presença da cláusula de escolha de foro depende da vontade das partes, entretanto, no caso dos contratos administrativos internacionais a própria lei 8.66/93 define no artigo 55, §2º, que o foro para dirimir controvérsias é o da sede da Administração.

Existem, apenas, as exceções descritas no artigo 32, §6º, pode ser diverso o foro nos casos de: I- o objeto do contrato ser financiado por organismo financeiro internacional; II- em contrato com empresa estrangeira, o objeto ou serviço seja fabricado e entregue/prestado no exterior, com autorização do Chefe do Poder Executivo; e III- aquisição de bens e serviços por unidade administrativa no exterior.

Outra regra do direito internacional que deve ser observada é a possibilidade de pagamento às empresas estrangeiras por meio de carta de crédito, meio muito utilizado no comércio internacional privado, como tal medida não é prevista pela lei 8.666/93, existe o entendimento que a Administração Pública realizar o pagamento dessa forma, entretanto, não o pode usar para pagar empresas nacionais.

1.6 DOS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO INTERNACIONAL

No direito brasileiro existem vários princípios que regem as licitações nacionais, que são os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo. Ocorre que para o estudo do tema licitações internacionais dois deles tem maior destaque e merecem a sua análise no presente estudo, que são o princípio da publicidade e o princípio da igualdade.

1.6.1 Princípio da Publicidade

Dois dos princípios mais importantes que regem a Administração Pública merecem análise junto as licitações internacionais, o primeiro é o princípio da Publicidade e o segundo o da Igualdade, ou Isonomia, ambos estabelecidos no artigo 37, caput, da Constituição Federal.

Quanto ao Princípio da Publicidade, observa-se que no que concerne as licitações, seu papel é dar maior repercussão a iniciativa pública de licitar, aumentando a competitividade e, por conseguinte a uma melhor oferta para a administração.

De tal maneira, conforme o artigo 21 da Lei 8.666/93, temos a publicação prévia de um edital no Diário Oficial da União e/ou do Estado, de acordo com a licitação, e em um jornal diário de grande circulação, para a concorrência e a tomada de preços.

Já no caso da modalidade de Convite, temos sua fixação do instrumento convocatório em local apropriado, devendo ser, também, encaminhado aos escolhidos e convidados, não podendo ser o seu número menor que três.

Observa-se que a lei 8.666/93 não trata diretamente sobre o tema quanto relacionado a licitações internacionais, entretanto, com a leitura do artigo 21, em seu inciso III, encontramos um ponto valioso ao nosso estudo, ao qual transcrevo:

III- em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

Assim, poderá a Administração Pública se fazer valer de outros meios para alertar possíveis ofertantes a participar das suas licitações internacionais, aumentando as chances de auferir um negócio mais vantajoso ao interesse público.

De grande valia é o comentário de Maria Luiza Machado Granziera, ao qual faço salutar sua citação:

Disso decorre que fica facultado à Administração o uso de outras formas de comunicação da abertura do certame, para ampliar a área de competição, independentemente da obrigatoriedade das vias legalmente explicitadas. Poderá ser publicado o aviso de edital em jornal de grande circulação no exterior, ser entregue a cópia do edital em consulados, ser divulgado o edital na Internet etc. Ressalta, todavia, que essa iniciativa deve partir do administrador, atuando discricionariamente na escolha do meio mais efetivo para comunicar ao mercado externo a abertura de uma licitação no Brasil, já que a Lei 8.666/93, apenas fixa regras de publicidade voltadas ao território nacional.

Depreende-se que mesmo com a facilidade de divulgação das licitações através dos diversos meios citados, caso não haja a vontade do administrador em divulgar amplamente a licitação o resultado desse procedimento pode não ser tão vantajoso aos interesses coletivos, escondendo por trás de tal medida, interesses particulares de captação ilícita de dinheiro público e desvios de verba. Razão pela qual as licitações internacionais requerem um cuidado extra, é daí que vamos agora tratar de outro princípio fundamental ao tema, o Princípio da Igualdade.

1.6.2 Princípio da Igualdade

Celso Antônio Bandeira de Mello define o princípio da igualdade como o dever de tratar não só isonomicamente os que participarem da licitação, como também dar oportunidade a todos os interessados de poder disputar o certame.^[7]

Ocorre que no caso das licitações internacionais, tal medida deve ser complementada, assim o faz o doutrinador Hely Lopes Meirelles, onde dispõe que o “princípio da igualdade veda a cláusula discriminatória ou o julgamento tendencioso que desiguale os iguais e iguale os desiguais, favorecendo a uns e prejudicando a outros”.^[8]

De tal maneira, é necessária a análise da matéria em dois pontos, um relacionado a participação no certame e o outro relacionado as condições de contratação.

No primeiro plano, relacionado a participação no certame, temos a vedação do artigo 3º da Lei 8.666/93 que dispõe em seu parágrafo 1º, incisos I e II, ser vedado aos agentes públicos:

I- admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

II- estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra,

entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais....

Assim, fica proibido ao administrador preferir um fornecedor em detrimento de outro, em razão da nacionalidade ou do domicílio da empresa ou da pessoa física, mencionando, inclusive, circunstâncias impertinentes ou irrelevantes que possam vir a dificultar a participação de um interessado no certame, como por exemplo o uso exclusivo de um material unicamente encontrado no Brasil, mas que poderia muito bem ser substituído por outro encontrado no mundo todo.

Fortalecendo esse entendimento, o artigo 21 da Lei 8.666/93 estabelece que “não se poderá impedir a habilitação de interessados residentes ou sediados em outros locais”, omitindo os interessados do exterior do país, se a lei não fez tal distinção, não cabe ao administrador o fazê-lo, consubstanciando o entendimento da igualdade na participação no certame.

Quanto ao segundo momento, relacionado às condições de contratação, o artigo 40, em seu inciso IX, da Lei 8.666/93, dispõe que o contrato a ser celebrado deverá indicar obrigatoriamente as “condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais”.

No Brasil, segundo Maria Luiza Machado Granziera, os pagamentos são feitos mediante depósito em conta bancária indicada pelo fornecedor, depois de cumpridas as obrigações no que concerne à apresentação dos documentos previstos no contrato do respectivo atestado de recebimento, seja ele total ou parcial do objeto^[9].

Ainda segundo a doutrinadora, caso a licitação esteja dirigida ao mercado externo, as condições ofertadas pela Administração Pública devem ser compatíveis com as práticas do mercado internacional, de acordo com o enunciado do caput do artigo 42 da Lei 8.666/93, dispondo tais condições que devem “às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes”^[10].

O artigo 42, §1º, da citada lei, dispõe que:

Quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda brasileira, igualmente poderá o fazer o licitante brasileiro”, ocorre que no §9 do mesmo artigo, dispõe que “o pagamento feito ao licitante brasileiro eventualmente contratado em virtude da licitação de que trata o parágrafo anterior será efetuado em moeda brasileira à taxa de câmbio vigente no dia útil imediatamente anterior à data do efetivo pagamento.

O parágrafo terceiro, do mesmo artigo, dispõe ainda que “as garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes às aquelas oferecidas ao licitante estrangeiro”.

Salutar é a transcrição da definição de Marçal Justen Filho ao ponderar sobre os tributos e encargos que oneram o licitante internacional, discorrendo da seguinte forma:

A Administração deverá selecionar, mesmo na licitação internacional, a proposta mais vantajosa, sob todos os aspectos. Se a proposta formulada por licitante estrangeiro envolver custos indiretos, mesmo fiscais, estes deverão ser tomados em vista. Os licitantes estrangeiros não terão tratamento mais privilegiado do que os nacionais; porém também seria inconstitucional o inverso. [\[11\]](#)

O parágrafo sexto, do art.42, prevê que “as cotações de todos os licitantes serão entregues no mesmo local de destino”, tal medida visa o tratamento isonômico dos licitantes, não os beneficiando ou prejudicando por ter seus objetos em local estrangeiro ou nacional.

Por fim, temos o disposto no artigo 55, § 2º, da Lei 8.666/93, onde trata que “nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual”.

Assim, concluímos que o legislador ponderou os limites da licitação internacional a fim de garantir condições de igualdade entre os licitantes nacionais e os estrangeiros, de modo a realizar uma licitação mais benéfica aos interesses da coletividade.

1.7 DOS CRITÉRIOS DE DESEMPATE

Ocorre que mesmo tratando isonomicamente os licitantes nacionais e os internacionais, pode ocorrer casos onde as ofertas estejam empatadas, nesse caso o parágrafo segundo do artigo terceiro da Lei 8.666/93, dispõe que será assegurada a preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

II- produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;

III- produzidos no País;

IV- produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

O legislador entendeu ser necessária a defesa dos interesses nacionais quando as propostas de participantes tiverem o mesmo resultado prático para a administração, protegendo e ajudando a desenvolver, de certa forma, a indústria brasileira.

Mesmo parecendo pouco, a administração pública deve priorizar a melhor proposta para a coletividade, mas não se pode afastar o interesse no desenvolvimento nacional, quando as propostas forem equivalentes, dando oportunidade as empresas nacionais de competir cada vez mais no mercado interno, mantendo o capital no país.

1.8 MODALIDADES DE LICITAÇÕES INTERNACIONAIS

No artigo 23, parágrafo 3º, da Lei 8.666, o legislador busca trazer para o ordenamento jurídico as formas de como deve ser realizada as chamadas licitações internacionais, de acordo com a situações de cada caso a fim de que a medida tenha o sucesso almejado, *in verbis*:

3º A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações

internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores, ou o convite quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País.[\[12\]](#)

As licitações internacionais, assim como as demais, seguem ritos estabelecidos de como devem proceder a sua execução de acordo com preceitos normativos da citada lei, de tal maneira temos como modalidades a concorrência, a tomada de preços e o convite.

A modalidade da concorrência é a modalidade genérica para a realização das licitações internacionais, onde tem como características principais ter um procedimento mais elaborado e de ampla publicidade, tal modalidade é destinada principalmente as licitações envolvendo grandes quantidades de dinheiro ou àquelas onde o objeto requer um procedimento mais detalhado.

Assim, as licitações internacionais enquadram-se perfeitamente nessa modalidade por envolverem, em regra, transações de grande vulto e de objetos ou serviços relevantes.

Ocorre que o próprio legislador trouxe a possibilidade da Administração Pública de utilizar outras modalidades em situações específicas e de acordo com os limites impostos pelo próprio artigo 23. Onde poderá utilizar da tomada de preços quando dispuser de cadastro internacional de fornecedores, ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no país.

Segundo Maria Luiza Machado Granziera, quanto ao cadastro internacional, a publicidade dos editais devem atingir os possíveis licitantes fora do país para que se de o cumprimento da sua finalidade, dessa maneira não basta a publicação no Diário Oficial ou jornal de grande circulação, pois essas medidas não cumpririam a finalidade do artigo 21 da Lei 8.666/93, tendo como alternativa viável o envio aos consulados de cópia do aviso do edital, devendo ser escolhidos no mínimo três consulados para diversificar os possíveis fornecedores.[\[13\]](#)

Ainda, segundo a autora, a forma de justificar a ausência de fornecedor do bem ou serviço no País é utilizando analogicamente o artigo 25 da Lei 8.666/93, que dispõe sobre a forma de comprovar a exclusividade do fornecedor, ao qual transcrevo:

Art. 25, I : para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes.[\[14\]](#).

Assim temos que compreender que o legislador teve o cuidado de escolher as modalidades mais convenientes para as licitações internacionais, quando em razão da necessidade de um procedimento mais elaborado, usa-se a concorrência, quando não houver fornecedor ou bem no país o convite, como nos casos de comprar dos aviões de guerra. Ou no caso de haver fornecedores cadastrados a tomada de preços, o que facilita em muito a compra de objetos e bens nas embaixadas do Brasil fora do país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os contratos internacionais de comércio tem no Brasil uma legislação um pouco mais elaborada em relação aos outros membros do MERCOSUL, entretanto deve-se observar que com relação aos demais a gente das relações internacionais, o ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema, ainda é um pouco conservador. Há necessidade de um maior estudo sobre o tema, pois sua relevância para o desenvolvimento econômico do país é nítida.

Enquanto os países mais desenvolvidos aproximam suas legislações e facilitam o comércio, o Brasil continua a utilizar barreiras para impedir a competitividade com as empresas estrangeiras, o que prejudica o desenvolvimento tecnológico e incentivo ao crescimento do país.

A Lei de Introdução ao Código Civil, hoje denominada de Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, é clara ao dispor que é a lei do local onde se constituiu a

obrigação que rege o contrato, tal medida serve para a proteção dos interesses nacionais, mas impede a solução de um conflito usando o direito estrangeiro, as vezes mais benéfico ao agente brasileiro.

Nesse sentido, é de suma importância que a administração pública siga de forma correta os princípios da boa-fé dos contratos administrativos, bem como no procedimento adotado nas suas licitações, com o objetivo de consumir um negócio justo e de acordo com os interesses da coletividade, tanto nos contratos internos, como nos contratos no âmbito internacional.

A lei 9.307/96 é o início de um possível abrandamento dessa barreiras, a permissão da escolha do direito a ser aplicado na arbitragem é um grande avanço, o que no entanto não ocorre nos demais países do MERCOSUL.

De grande valor são os movimentos internacionais para a uniformização do direito internacional comercial, esse fomento no campo jurídico quebra as barreiras legais de alguns países que dificultem desenvolvimento comercial, assim a UNCITRAL e UNIDROIT são dois instrumentos que merecem atenção do governo, para um maior uso das suas normas e princípios no desenvolvimento da legislação brasileira.

No campo das licitações vemos a distinção entre as licitações onde participam empresas estrangeiras e as licitações internacionais, tal diferença é pequena mas de grandes influências nas relações com a Administração Pública, residindo no fato de que se não funcionarem no país, é necessário ter representante legal para responder administrativamente e judicialmente, entre outras exigências legais. Pode ocorrer uma confusão nas denominações, portanto é preciso um maior detalhamento da sua classificação no ordenamento jurídico brasileiro, alterando a Lei 8.666/93 a fim de facilitar tal distinção e criar meios mais acessíveis para facilitar a compra tecnologias de empresas que não estão instaladas no Brasil, assim como essa muitas outras oportunidades de negócios são perdidas pela administração em razão da burocracia.

Com o advento dos grandes eventos esportivos, como a Copa das Confederações, a Copa do Mundo de Futebol da FIFA e as Olimpíadas de 2016 no Rio de Janeiro, vão ser necessárias a utilização de bens e serviços de empresas de outros países, mas que caso não esteja regularmente instalada no país, pode atrapalhar a aquisição de um negócio mais vantajoso para o país.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto, *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*, 2001.

BOMFIM, Manoel. **A América Latina: males de origem**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2005.

BORGES, Denis B. **Licitações, Subsídios e Patentes – Direito de Desenvolvimento Industrial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

BRASIL, Decreto-Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, **Dispõe sobre a arbitragem**. Diário Oficial União, 24 de setembro de 1996.

BRASIL. Lei n.8.666, de 21 de junho de 1993, **Institui Normas para licitações e contratos administrativos da Administração Pública**.

Cíntia Cárnio, Tháís. **Contratos Internacionais: Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 2009.

DROMI, Roberto. **Informativo Licitações e Contratos**. Paraná: Zênite, 1997.

GDDC, Gabinete de documentação e direito comparado. Cooperação internacional, Unidroit. Disponível em <<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-civil-comercial/unidroit.html#origem>>. Acesso em: 30 out.2015.

LABATUT, Ênio Neves. **Teoria e prática de comércio exterior**. 3. ed. São Paulo: Aduaneiras, 1990, p. 27. *Apud.* Souza, Fabiana Ribeiro de. **Contratos Internacionais do Comércio: Harmonização Legislativa no MERCOSUL**. Trabalho de Conclusão do Curso de Direito. Universidade Veiga de Almeida. Cabo Frio. 2008.

Leão e Senhorinho. *Apud.* Abreu, Rogério Roberto Gonçalves de. **Contratos Administrativos Internacionais: A lei nº 8.666/93 frente às normas do comércio internacional**. Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.2, jul./dez.

Marçal Justen Filho. *Apud.* Rodas, João Grandino (Org.). **Contratos Internacionais**. 3. ed. Rev., atual. E. Amp – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Meirelles, Helly Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 10. ed. São Paulo: RT, 1991.

Melo, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Rodas, João Grandino (Org.). **Contratos Internacionais**. 3. ed. Rev., atual. E. Amp – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

United Nations Commission on International Trade Law. Disponível em <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>>. Acesso em: 29 out.2015.

NOTAS:

[1] Melo, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 517.

[2] BRASIL. Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002, **Código Civil Brasileiro**. Art. 1.134 e 1.135.

[3] BRASIL. Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002, **Código Civil Brasileiro**. Art. 1.138.

[4] BRASIL. Lei n.8.666, de 21 de junho de 1993, **Institui Normas para licitações e contratos administrativos da Administração Pública**. Art.32.

[5] Rodas, João Grandino (Org.). **Contratos Internacionais**. 3. ed. Rev., atual. E. Amp – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 232.

[6] Leão e Senhorinho. Apud. Abreu, Rogério Roberto Gonçalves de. **Contratos Administrativos Internacionais: A lei nº 8.666/93 frente às normas do comércio internacional**. Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.2, jul./dez.

[7] Melo, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 526.

[8] Helly Lopes Meirelles (1991). Apud. Rodas, João Grandino (Org.). **Contratos Internacionais**. 3. ed. Rev., atual. E. Amp – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 235.

[9] Rodas, João Grandino (Org.). **Contratos Internacionais**. 3. ed. Rev., atual. E. Amp – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 238.

[10] BRASIL. Lei n.8.666, de 21 de junho de 1993, **Institui Normas para licitações e contratos administrativos da Administração Pública**. Art.42.

[11] Marçal Justen Filho. Apud. Rodas, João Grandino (Org.). **Contratos Internacionais**. 3. ed. Rev., atual. E. Amp – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.239.

[12] BRASIL. Lei n.8.666, de 21 de junho de 1993, **Institui Normas para licitações e contratos administrativos da Administração Pública**. Art.23, § 3º.

[13] Rodas, João Grandino (Org.). **Contratos Internacionais**. 3. ed. Rev., atual. E. Amp – São Paulo: Editora Revista -os Tribunais, 2002. p. 233-234.

[14] BRASIL. Lei n.8.666, de 21 de junho de 1993, **Institui Normas para licitações e contratos administrativos da Administração Pública**. Art.25, I.

UNIÃO ESTÁVEL E A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

TAUJI CHRISTANI FERREIRA DE TOLEDO:

Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil -
Feranandópolis - SP.

Dr. Rodrigo Soncini de Oliveira Guena

(Orientador)

RESUMO: O objetivo do trabalho é analisar o direito Sucessório na União Estável, a forma diferenciada de que é tratado pelo instituto da Sucessão no Código Civil de 2002, verificar se esta diferenciação fere o princípio da isonomia, abordando o aspecto da inconstitucionalidade do art.1790 do CC. Abrangendo os aspectos da união estável institucionalizada como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988. Procura evidenciar de forma sucinta os direitos sucessórios do companheiro sobrevivente.

Palavras-chave: União estável. Cônjuge. Companheiro. Direitos sucessórios. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The purpose of this work is to analyze the succession law in the Stable Union, the differentiated form of which is dealt with by the Succession Institute in the Civil Code of 2002, to verify if this differentiation violates the principle of isonomy, addressing the unconstitutional aspect of art. CC. Covering the aspects of the stable union institutionalized as a family entity by the Federal Constitution of 1988. It seeks to summarize the inheritance rights of the surviving companion.

Keywords: Stable union. Spouse. Life partner. Succession rights. Unconstitutionality.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1 CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL 2 EFEITOS PATRIMONIAIS E PESSOAIS DA UNIÃO ESTÁVEL 2.1 FORMAS DE REGIME DE BENS NA UNIAO ESTÁVEL 3 SUCESSÃO 4 A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO 4.1 QUAIS BENS HERDAM OS COMPANHEIROS 4.2 REGRAS QUANTO À PARTICIPAÇÃO DO COMPANHEIRO E DO COMPANHEIRO NA SUCESSÃO 4.3 CORRENTES DOUTRINÁRIA 4.4 A SUCESSÃO EM CONCORRENCIA COM ASCENDENTES 4.5 A SUCESSÃO EM CONCORRENCIA COM HERDEIROS COLATERIAS 4.6 A SUCESSÃO EM CONCORRENCIA COM O MUNICÍPIO 5 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 CC. CONCLUSÃO REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a analisar o direito sucessório na união estável do companheiro, a diferenciação que é tratada em relação ao companheiro sobrevivente em união estável e o cônjuge supérstite no casamento, no que tange à sua constitucionalidade e às normas que regem o instituto da Sucessão. A primeira indagação abordada na desenvoltura desse trabalho está relacionada ao tema União Estável e a Sucessão do Companheiro Sobrevivente, quanto ao direito sucessório do companheiro em concorrência com os demais herdeiros, considerando o disposto no Código Civil e estudos doutrinários, os quais no levam sempre a questão da inconstitucionalidade, ou necessidade de reforma do artigo 1790 CC., se o referido artigo fere o princípio constitucional da isonomia.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 266, § 3º, reconheceu a existência da união estável como entidade familiar, garantindo-lhe a proteção do Estado e a facilitação de sua conversão em casamento. Regulamentando o texto constitucional, sobreveio a Lei 8.971/1994, que regula o direito dos companheiros a alimentos e sucessão e a Lei 9.278/1996, que regula o § 3º, do artigo 226 da CF/88, estabelecendo o regime de comunhão parcial de bens, além de conferir aos conviventes, entre outros direitos, a possibilidade de que participassem da sucessão um do outro.

O Código Civil de 2002 em relação ao direito a sucessão dos companheiros passou a ser regulado pelo art. 1.790. Já no caput do referido artigo se subtrai que o direito hereditário dos companheiros restringe-se aos bens comuns, adquiridos onerosamente durante a união estável. Não havendo parentes sucessíveis o companheiro sobrevivente receberá a totalidade da herança do de cujus, mas restritivamente quanto aos bens surgidos de forma onerosa durante a união estável. Tem-se que o artigo 1.829 CC., inciso I, concede ao cônjuge supérstite participação, em concorrência com os filhos, apenas nos bens particulares do falecido, excluindo-o da herança nos bens comuns. Já o artigo 1790, incisos I e II, estabelece para o companheiro sobrevivente a situação exatamente inversa, ou seja, o companheiro receberá metade de todo o patrimônio amealhado pelo casal durante a união. Ainda não havendo herdeiros necessários o patrimônio deixado pelo de cujus, será

integralmente atribuído ao cônjuge sobrevivente, matéria essa que não é tratada no artigo 1.790 CC.

Dessa forma, serão expostos diferentes posicionamentos doutrinários a fim de demonstrar o entendimento da maioria da doutrina em relação ao que o legislador submeteu o companheiro, muitas vezes o colocando em uma posição de extrema inferioridade no momento da aplicação do direito sucessório se comparado ao atual direito sucessório do cônjuge.

1 CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL

Segundo o artigo 1.723 do Código Civil de 2002, é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Para a configuração da união estável o aplicador do direito deve observar alguns requisitos trazidos pelo Código Civil, tais como a convivência pública, não clandestina e duradoura, sem que haja interrupções, com o intuito de constituir família (*animus familiae*) com ou sem filhos.

A união entre homem e mulher sem casamento, existiu desde sempre, e como sabemos na antiguidade era algo reprovável e condenável.

Porém é verdade que em um momento anterior do nosso ordenamento jurídico, durante a égide do Código Civil de 1916, com o propósito de proteger a família constituída pelos sagrados laços do matrimônio, omitiu-se em regular as relações extra matrimoniais, vedando quaisquer direitos às relações nominadas de adúlterinas ou concubinárias.

A união estável neste momento histórico era identificada com o nome de concubinato, mas felizmente com advento da Carta Magna de 1988, ao dispor sobre as uniões de fato, mantidas pelo homem e a mulher, sem a chancela da lei, ao invés da expressão concubinato, preferiu usar a denominação união estável, erigindo-a como entidade familiar.

Desta forma, tutelou-se o antigo concubinato puro, protegido, agora, em sede constitucional e submetido a uma nova terminologia, abandonando a nomenclatura estigmatizada e preconceituosa.

E não parou por aí, a sociedade em sua constante transformação e modificações de valores se deparou novamente com situações que clamava por solução por parte dos legisladores, que são as uniões de fato existentes entre pessoas do mesmo sexo, as quais sempre existiram e apesar de terem uma vida a dois, com todos os requisitos da união estável presentes, embora a existência das uniões homoafetivas fossem públicas e notórias, elas não eram alcançadas pelos direitos oriundos da união estável, então depois de inúmeras ações buscando esses direitos, e de inúmeras decisões nesse sentido, a união estável passa a alcançar também as relações entre pessoas do mesmo sexo e não só mais a homens e mulheres como antes fora instituído.

2 EFEITOS PATRIMONIAIS E PESSOAIS DA UNIÃO ESTÁVEL

Com o reconhecimento da união estável, como entidade familiar surge então os efeitos pessoais e patrimoniais dessa relação para os companheiros. O código Civil trás em seu artigo 1.724, deveres decorrentes da união estável impostos aos companheiros ou conviventes, tais como: dever de lealdade, respeito, assistência, guarda ao outro companheiro ou convivente, sustento e educação dos filho. Observa-se que a lei estabelece os mesmos deveres contidos no matrimônio, mas, no entanto a lei não estabelece que devam necessariamente residir sobre o mesmo teto.

2.1 FORMAS DE REGIME DE BENS NA UNIAO ESTÁVEL

O artigo 1.725 do CC regula a relação patrimonial entre os conviventes, ou seja, o regime deverá ser o da comunhão parcial de bens, salvo nos casos em que existir contrato dispondo sobre o regime de bens a ser adotado pelos conviventes.

O contrato entre os conviventes serve apenas para estabelecer o regime de bens a ser adotado pelos conviventes durante a união estável, não sendo dessa maneira possível dispor de matéria de ordem pública, em que haja disposição dos bens quando da morte de um dos conviventes, sendo nesses casos obrigatório fazer por disposição de vontades em testamento.

Para que o contrato de união estável produza efeitos entre as partes, basta que tenha sido feito por instrumento particular. Para sua eficácia perante terceiros poderá ser elaborado uma escritura pública de união estável junto ao Tabelionato de Notas, sendo posteriormente levado à registro no Registro Civil das Pessoas Naturais, o qual

poderá ser registrado no Registro de Imóveis no livro Auxiliar “3” e ainda averbado a margem das eventuais matrículas de imóveis de propriedade dos mesmos.

A união estável pode ainda ser configurada nos casos em que os nubentes celebrem pacto antenupcial por escritura pública no Tabelionato de Notas, e ainda assim o casamento por qualquer motivo deixa de ser realizado, e posteriormente os nubentes passam a conviver como se casados fosse, o pacto antenupcial vale e gera efeitos como se fosse um contrato de convivência.

Durante a união estável há presunção de comunhão de aquestos, sendo assim desnecessária a comprovação do esforço comum para a aquisição do patrimônio adquirido a título oneroso.

O grande impasse está relacionado quanto a sucessão, onde temos várias posições doutrinárias relacionada tanto aos bens comuns quanto aos bens particulares. Pois o legislador tratou o convivente de maneira diferente ao conjugue, causando em muitos casos uma celeuma no momento da partilha.

3 SUCESSÃO

A palavra “sucessão”, em sentido lato, consiste em toda e qualquer espécie de transmissão de bens, direitos ou obrigações, de origem latina, que tem o significado de suceder, vir após, entrar no lugar de outrem, dando a ideia de substituir uma pessoa certa em algum cargo ou função, troca de titulares, verifica-se que a palavra sucessão tem uma pluralidade de significados, para o ramo do direito, já que qualquer forma de transmissão importa em sucessão.

Existem dois tipos de sucessão: a sucessão inter vivos, ou seja, decorrentes de acordos entre as partes por meio de negócio jurídico, e a sucessão forçada por morte, ou seja, causa *mortis*. Adiante iremos estudar a sucessão em razão da morte e os efeitos a seus sucessores.

A sucessão considera-se aberta no instante real ou presumida da morte de alguém, fazendo nascer o direito hereditário e operando a substituição do falecido por sucessores a título universal nas relações jurídicas em que aquele figurava.

Pelo princípio da *Saisine*, a lei considera que, no momento da morte, o autor da herança transmite seu patrimônio, de forma íntegra, a seus herdeiros.

O Código Civil trouxe dois tipos de sucessões *causa mortis*: a legítima que é tratada em seu artigo 1.829 e a testamentária, conforme disposto no artigo 1.786, ambos do Código Civil.

A sucessão legítima tem essa denominação devido ao fato dos bens do falecido seguir uma ordem hereditária previamente determinada em lei. A sucessão sempre será denominada legítima quando não existir disposição de vontade do falecido, ou se sobre esta ocorrer qualquer fato que a torne nula, ou se sobrevier à caducidade, ou se ainda o testamento deixado pelo de cujus, não abarcar todo o seu patrimônio.

Já a sucessão testamentária, depende de última disposição de vontade do falecido em relação à distribuição de seus bens. O testamento tem natureza de negócio jurídico, podendo dessa maneira apresentar vícios que o invalide, ou ainda poderá o testamento não dispor de todo o patrimônio do de cujus, diante dessas situações a sucessão se dará nos termos do artigo 1.829 e não do artigo 1.788, ambos do Código Civil.

4 A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

O legislador ao tratar da sucessão do companheiro no novo Código Civil, abordou os aspectos processuais e patrimoniais, deixando para o direito das sucessões o efeito patrimonial sucessório, mais precisamente no artigo 1.790, CC.

A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Observa-se que o referido artigo do novo Código Civil, não faz nenhuma referência ao direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente, previsto no parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.278/96, onde a lei determina que quando dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, o direito de habitação de que trata a lei diz respeito ao imóvel destinado à residência da família.

De conformidade com o posicionamento de Carlos Roberto Gonçalves, o não reconhecimento do direito de habitação ao companheiro sobrevivente, tem sido alvo de críticas, por sujeitá-la a uma eventual desocupação compulsória do imóvel onde vivia com finado parceiro, na hipótese de não ter este adquirido durante a convivência, ou por ter adquirido só a título gratuito. Nesses casos, conforme o autor carece o companheiro do direito à meação e tampouco concorre na herança, que poderá ser atribuída a herdeiros que nem sempre aceitarão repartir com ele o uso do imóvel residencial.

Neste sentido, o Enunciado 117 do Conselho da Justiça Federal, aprovada na I Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília em setembro de 2002 estabelece que: “O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, pelo fato de não ter sido revogada a previsão da Lei 9.278/96, ou ainda em razão da interpretação análoga do art.1.831 CC, confirmado pelo art.6º, caput, da CF/88”. (GONÇALVES, 2011, p. 189).

A doutrina trás inúmeras críticas em relação à sucessão do companheiro na união estável, sendo elas:

- a) por limitar à sucessão aos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento;
- b) por repetir, no caso de concorrência com os descendentes, a indébita distinção entre descendentes exclusivos, só do autor da herança, e descendentes comuns, havidos na união estável entre o autor da herança e o companheiro;
- c) por estabelecer a concorrência com os colaterais.

Devido a tantas críticas perante a doutrina se desencadeia um grande debate nos Tribunais Estaduais, proclamando alguns julgados levando a inconstitucionalidade

do artigo 1.790 CC, por afrontar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e igualdade, uma vez que o artigo 226, §3º, da Carta Magna deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento (GONÇALVES, 2011, p. 193). Vejamos o que afirma o professor Rodrigo da Cunha Pereira, em sua obra "Concubinato e União Estável": "não há dúvida que este artigo apresenta um grande retrocesso para a união estável, vez que colocou o companheiro em posição muito inferior ao cônjuge".

Ao que parece, retomou-se a mentalidade de que a união estável é uma família de segunda classe e não outra espécie de família, nem melhor nem pior do que o casamento, apenas diferente. Para outros autores "tal limitação não tem razão nem lógica, e quebra todo o sistema, podendo gerar consequências extremamente injustas: a uma companheira de muitos anos de um homem rico" (VELOSO, 2002, p. 288). Evidencia-se, contudo, que o diploma civil esqueceu-se que a Constituição Federal em seu artigo 226, protege a entidade familiar, diz respeito muito mais de perto à relação homem e mulher, ascendentes e descendentes.

4.1 QUAIS BENS HERDAM OS COMPANHEIROS

A sucessão do companheiro nos termos do artigo 1.790 CC pode ser dividida em duas partes, para que assim melhor possamos compreender.

Primeira parte está relacionada à quais bens herdam o companheiro, onde o artigo 1.790 CC. em seu caput, delimita a participação do companheiro na sucessão do falecido apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, sendo a assim a primeira coisa a se fazer é dividir o patrimônio do falecido em dois blocos, um formado por bens móveis e imóveis que o falecido tenha adquirido onerosamente depois do início da união estável, devendo ser compreendido pelos bens comprados ou adquiridos em dação em pagamento. E outro bloco formado por todos os demais bens, desde que existentes antes do início da união bem como aqueles adquiridos a título gratuito após o início a união.

Bem, depois de feita essa divisão dos bens que formam o patrimônio do companheiro falecido, a partilha se dá de forma que, os companheiros terão direito a meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável e ainda participará da sucessão em concorrência com os descendentes, os ascendentes e os

colaterais do convivente falecido. Alertando para o fato de que a meação não constitui herança.

Quanto aos demais bens, ou seja, os bens adquiridos antes à união estável ou a título gratuito, denominados bens particulares, o companheiro não terá direito a meação, em razão do regime de bens adotado ser o da parcial de bens, bem como não terá direito a concorrer com os herdeiros do falecido, devido previsão expressa no artigo 1.790C..

Temos ainda os bens que podem ser adquiridos por fator eventual, tais como prêmios ou sorteios de loterias, e ainda bens sub-rogados, nesses bens não haverá participação sucessória, nem meação pelo companheiro.

Assim verifica-se que sobre os bens que o companheiro tem direito à meação terá também o direito à sucessão. Em contrapartida em relação aos bens particulares o companheiro não tem direito à meação e bem como não terá direito sucessório.

Mesmo que exista contrato estipulando o regime de bens, durante a união estável, ainda assim no caso de falecimento de um dos conviventes, aplicam-se as regras do artigo 1.790 CC.

4.2 REGRAS QUANTO À PARTICIPAÇÃO DO COMPANHEIRO E DO COMPANHEIRO NA SUCESSÃO

O Código Civil trouxe uma diferenciação entre os direitos sucessórios dos cônjuges e companheiros, ou seja, observa-se uma relação de inferioridade onde o cônjuge é considerado herdeiro necessário, possuindo propriedade plena, concorrendo com os descendentes e os ascendentes, adquirindo a totalidade da herança do de cujus na ausência de tais parentes, conforme dispõe artigo 1.829 e incisos do Código Civil.

Como se verifica, o cônjuge participa da ordem de vocação hereditária em terceiro lugar, possuindo garantia legítima por ser herdeiro necessário, eis que na falta de qualquer dos descendentes e ascendentes, recebe a herança por direito próprio.

Quando o cônjuge é chamado a suceder, assume a condição de herdeiro, independentemente do regime de bens do casamento, pois a lei nada se refere ao conferir-lhe a qualidade de herdeiro necessário.

O Código Civil garante ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação independente do regime de bens do casamento, como prevê o artigo 1.831 CC. sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, tal direito refere-se ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Em contra partida o Código Civil não promoveu ao companheiro supérstite à condição de herdeiro necessário. O companheiro da união estável, não goza do mesmo privilégio, pois é considerado como herdeiro legítimo e não herdeiro necessário, conforme termos do artigo 1.790 do Código Civil.

Assim, o legislador confunde herança de meação, ao assegurar o direito sucessório ao companheiro, no que tange a metade dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. O companheiro é colocado em último lugar na ordem de vocação hereditária, concorre com os colaterais e só tem direito a integridade da herança do de cujus, caso este não tenha parente a suceder.

4.3 CORRENTES DOUTRINÁRIAS

A doutrina se divide em diversas correntes quanto à quota-parte que o companheiro supérstite deverá receber quando concorrer com filhos híbridos.

A primeira corrente é defendida por doutrinadores como Silvio de Salvo Venosa, José Fernando Simão entre outros, em que se afirmam que o companheiro deverá receber uma cota-parte a que couber à cada filho, a segunda corrente defende que o companheiro supérstite deverá receber meia quota-parte, aplicando nesse caso o inciso II, do artigo 1.790 CC., visando aqui uma maior proteção aos descendentes. Esse entendimento é defendido por doutrinadores como Flávio Tartuce, tal entendimento está firmado com o argumento de que dessa maneira se atenderia o princípio da igualdade jurídica entre todos os filhos; terceira corrente tem o entendimento de que a herança deveria ser dividida em dois blocos, e a partilha deveria ser feita proporcional aos filhos comuns e exclusivos, ou seja, o companheiro deverá receber uma cota-parte correspondente aos dos filhos comuns e meia cota-parte aos filhos exclusivos, somando se assim as quotas partes e por fim temos uma quarta corrente que é um pouco mais ousada, busca através de uma fórmula matemática uma maior igualdade quanto à quota parte atribuída a cada filho comum e exclusivo em relação ao companheiro sobrevivente, devendo encontrar um coeficiente proporcional,

levando em consideração o número de filhos comuns e exclusivos deixados pelo falecido.

4.4 A SUCESSÃO EM CONCORRENCIA COM ASCENDENTES

De conformidade com o artigo 1.790 do Código Civil, inciso III, a situação em que o companheiro falecido não deixar descendentes, os ascendentes serão chamados à sucessão em concorrência com o companheiro sobrevivente. Sendo os bens particulares atribuídos integralmente aos ascendentes e os bens comuns, adquiridos a título oneroso durante a constância da união estável serão partilhados de forma que caberá metade (meação) ao companheiro supérstite e a metade (herança) na proporção de 1/3 ao companheiro e os outros 2/3 aos descendentes.

4.5 A SUCESSÃO EM CONCORRENCIA COM HERDEIROS COLATERAIS

Os parentes colaterais de até 4º grau serão chamados a sucessão quando o falecido não tiver deixado descendentes e nem ascendentes, os quais irão concorrer com o companheiro sobrevivente nos moldes do inciso III, do artigo 1.790 Código Civil, e a partilha se dará na forma de 1/3 da herança ao companheiro e 2/3 aos demais herdeiros colaterais.

O polêmico inciso III faz surgir muitas discussões a em razão da injustiça em relação ao companheiro, uma vez que teria que dividir a herança com parentes distantes, acarretando ao companheiro, inúmeros problemas e insegurança, ferindo os direitos constitucionais do companheiro sobrevivente.

4.6 A SUCESSÃO EM CONCORRENCIA COM O MUNICÍPIO

O companheiro de depara ainda com outro problema em relação ao patrimônio deixado pelo falecido, considerando que no caput do artigo 1.790 Código Civil, trata do direito sucessório do companheiro quanto aos bens comuns adquiridos a título oneroso na constância da união estável. Pois bem de acordo com o inciso IV, “não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”, percebe-se que o dispositivo trata apenas da herança, ou seja, os bens comuns.

Surgindo aqui uma dúvida quanto aos bens particulares, se fizermos a interpretação à luz do disposto no caput do referido artigo, logo os bens particulares deixados pelo falecido seria considerada herança jacente?

Pelo princípio da razoabilidade na situação acima exposta a interpretação deveria ser feita de forma que não tendo o falecido deixado descendentes, ascendentes e nem parentes de até 4º grau, a totalidade da herança deveria ser atribuída ao companheiro sobrevivente.

5 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 CC.

Diante do todo exposto, percebe-se que a justificativa para o intenso debate a respeito da inconstitucionalidade do artigo 1.790 CC, se configura pelo fato do texto da lei não ser suficiente para a compreensão das regras sucessórias referentes ao companheiro, fazendo com que os Tribunais recorram à doutrina, para a aplicação do direito, pois o direito não se confunde com a lei. Quando a lei não se enquadra ao sistema, cabe a doutrina e à jurisprudência ajustá-la, com a finalidade de garantir um Estado de direito.

A tese que sustenta a inconstitucionalidade do artigo 1.790 CC. se baseia no artigo 226 da Constituição Federal: “art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, §3º para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

A inconstitucionalidade do artigo acima citado, é defendida por alguns grandes sucessionistas, como é a tese defendida por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, que defende que o Código Civil no tocante ao artigo 1.790, merece urgente reforma a respeito ao direito sucessório do companheiro, para a garantia daqueles viverem em união estável permitindo assim um lugar adequado na ordem da vocação hereditária, não tendo seus direitos constitucionais suprimidos.

O Supremo Tribunal Federal vem por fim a guerra travada entre a legislação e a doutrina, tendo essa última prevalecido o seu entendimento a respeito da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC. O STF julgou no último dia 10 de maio de 2017 O RE 878694 que tratava de união de casal heteroafetivo e o RE 646721 abordava sucessão em uma relação homoafetiva. O Tribunal depois de muitos

julgados em sentido oposto chegou à conclusão de que não existe fator de discriminação que justifique o tratamento diferenciado entre companheiro e cônjuge como impõe o Código Civil, nem mesmo o fator sexual.

Ficou demonstrado que o artigo 1.790 CC. viola princípios como a proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Com a decisão do tribunal as demais decisões de outros tribunais deveram seguir a mesma linha, pois a decisão é em caráter repetitivo, o que levará os demais julgadores a aplicação do artigo 1.829 do CC. equiparando assim o companheiro ao cônjuge, a menos que em decisão contrária justifique e fundamente o motivo de tal decisão.

CONCLUSÃO

Buscou-se com o presente trabalho monográfico analisar o direito sucessório do companheiro com o advento do Código Civil de 2002 e conseqüentemente fazer um estudo sobre a trajetória percorrida desde a égide do Código Civil de 2002 até a presente data, a busca incansável pela inconstitucionalidade do artigo 1790 do mesmo diploma, a luz do princípio da isonomia. O Legislador ordinário ao elevar a união estável ao status de entidade familiar, determinando a sua facilitação da conversão em casamento, abarcou a proteção Estatal, demonstrou claramente a diferença entre ambos os institutos, uma vez que o simples reconhecimento da união estável não teria o condão de equipá-la-á ao matrimônio, se não produzisse os mesmos efeitos.

Com efeito, a união estável e o casamento são institutos distintos e assim são tratados, cada qual com suas peculiaridades. Assim, o próprio legislador estabeleceu tratamento diversificado para os cônjuges e os conviventes, principalmente ao tratar da sucessão do companheiro sobrevivente, mais especificamente no art. 1.790 e incisos do Código Civil, que trata dentro das disposições gerais, deixando o companheiro sobrevivente fora da ordem de vocação hereditária, ao contrário o que ocorria na lei 8.271/94 que inseriu o companheiro sobrevivente na 3ª ordem de vocação hereditária especial, ocorrendo retrocesso dos direitos dos companheiros.

Houve por parte do legislador também a restrição quanto ao direito sucessório do companheiro estabelecida no artigo 1.790 do Código Civil, visto que este só irá concorrer com bens comuns adquiridos onerosamente na constância da união estável,

não fazendo jus aos bens particulares, cabendo a concorrência destes aos descendentes, ascendentes e parentes sucessíveis do companheiro falecido.

Em relação ao direito real de habitação o legislador silenciou sobre a questão, não sendo assegurado ao companheiro tal direito ao contrário do que ocorreu com o cônjuge, que teve seus direitos resguardados conforme o dispositivo do artigo 1.831 do Código Civil, o que é totalmente incoerente com o preceito constitucional tipificado no art. 226 § 3º da Constituição Federal que afirma que o Estado deve proteger tanto o casamento, a família monoparental e a União Estável. Em relação à moradia destinada à família deve-se continuar tal benefício conferido ao companheiro, aplicando de forma extensiva ou analógica o artigo 1.183 do Código Civil de 2002.

Além do mais, verifica-se também o fato de ter sido atribuído ao cônjuge como herdeiro necessário, não se foi estendido o benefício ao companheiro.

O polêmico art. 1.790 do Código Civil apresenta discrepâncias entre os direitos previstos ao cônjuge no art. 1.829 CC. no tocante a ordem da vocação hereditária, em relação ao companheiro, de forma que contrariou os princípios norteadores da Constituição Federal, sendo esse o motivo da busca incansável da maioria da doutrina por mudanças pleiteando do legislador reformada em tal dispositivo.

Por fim, conclui-se que apesar da Constituição Federal em seu artigo 226, §3º, reconhecer e dar proteção jurídica as uniões formadas pelos laços de afeto e da convivência duradoura, sem o formalismo legal, atendido os requisitos legais, torna-se realmente lamentável a posição anteriormente adotada pelo ordenamento jurídico, em relação à diferenciação no plano sucessório entre as duas espécies de família, ou seja, a surgida a partir do casamento e a originada da união estável, o que acarreta lamentável afronta ao princípio constitucional da isonomia.

Contudo com o novo entendimento do STF em relação à inconstitucionalidade do artigo 1.790 CC, se espera que os aplicadores do direito possam atuar com justiça respeitando a igualdade, paridade como prega os princípios norteadores da Constituição Federal, surgindo no mundo jurídico uma nova era para o direito das sucessões que vem se moldando as necessidades da sociedade moderna.

REFERÊNCIAS

CAMPOS, Patrícia Eleutério. **A união estável e o novo Código Civil: uma análise evolutiva.** Set. 2003. Jus Navigandi. Disponível em: Acesso em: 31 out. 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil.** São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões.** 5. ed. São Paulo: TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. V.6: direito das sucessões/** Flávio Tartuce, José Fernando Simão: prefácio Zeno Veloso. - 5.ed., rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO, 2012.

A VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA OU OBJETIVA?

DANIELLE LIRA PINHEIRO: Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil - Fernandópolis/SP.

RESUMO: Este trabalho busca analisar a responsabilidade civil do Estado por atos omissivos, percorrendo sobre qual a modalidade adotada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Foi utilizada como metodologia uma revisão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema. Buscou-se demonstrar a posição defendida pela doutrina quanto a modalidade subjetiva, objetiva e ainda uma terceira doutrina intermediária, a qual diferencia os casos de omissão genérica dos casos de omissão específica. Ao final demonstrou-se a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Responsabilidade subjetiva. Responsabilidade Objetiva. Omissão Genérica. Omissão Específica.

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado consiste na obrigação de indenizar os danos patrimoniais, morais ou estéticos que os agentes públicos, nesta qualidade, causarem a terceiro. Pode ser dividida entre responsabilidade contratual ou extracontratual. Ademais pode decorrer de condutas comissivas ou omissivas e de atos lícitos ou ilícitos.

No presente trabalho abordaremos a responsabilidade civil do Estado por atos omissivos. Nestes casos, o agente público não age (atuação negativa) e sua omissão, apesar de não causar diretamente o dano, possibilita a sua ocorrência.

Trataremos da modalidade da responsabilidade por atos omissivos, se objetiva ou subjetiva. Para caracterizar a obrigação de indenizar, nos casos de responsabilidade subjetiva, são necessários quatro elementos: a conduta, o dano, o nexo causal entre eles e o elemento subjetivo, o qual seria o dolo ou a culpa do agente.

Já a modalidade objetiva dispensa a demonstração do elemento subjetivo para configurar a responsabilidade pela indenização do dano, basta que sejam comprovados a conduta, o dano e o nexo causal entre um e outro.

Ao final do trabalho, será explicitada qual modalidade de responsabilidade civil do Estado por omissão vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

A responsabilidade civil do Estado é um tema de relevante interesse de estudo por sua aplicação prática. São inúmeras as demandas judiciais a respeito do tema, o que demanda uma análise mais aprofundada do assunto.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS

Ao longo da história, a responsabilidade civil do Estado evoluiu da irresponsabilidade total à responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco administrativo.

O artigo 37, §6º da Constituição Federal consagra a responsabilidade civil objetiva do Estado no ordenamento brasileiro, vejamos:

Art. 37.

§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 de dolo ou culpa

Em que pese existir certo consenso a respeito da teoria adotada quando se trata de responsabilidade por atos comissivos, o mesmo não ocorre em relação a responsabilização por atos omissivos.

Parte da doutrina, capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello, entende que a responsabilidade civil do Estado por atos omissivos é subjetiva baseada na teoria da culpa anônima ou da falta do serviço, senão vejamos:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da

responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo (MELLO, 2002, P. 854)

Da mesma forma defende José dos Santos Carvalho Filho, *in verbis*:

A consequência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano. Resulta, por conseguinte, que, nas omissões estatais, a teoria da responsabilidade objetiva não tem perfeita aplicabilidade, como ocorre com as condutas comissivas. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 597)

Corrente minoritária entende que após a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 não há mais falar em responsabilidade subjetiva do Estado. A Carta Magna e a lei civil consagraram a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, não distinguindo entre atos omissivos ou comissivos, onde o legislador não distinguiu não pode o interprete distinguir.

Além disso, adotando corrente intermediária, Sergio Cavalieri sustenta que se deve diferenciar os casos nos quais há uma omissão genérica do Estado daqueles nos quais a omissão é específica, adotado-se a responsabilidade subjetiva para o primeiro e a responsabilidade objetiva no segundo, *in litteris*:

Por isso temos sustentado que, no caso de omissão estatal, é preciso distinguir a omissão específica da genérica, distinção essa hodiernamente reconhecida pela melhor e mais atualizada doutrina. A responsabilidade do Estado será subjetiva no caso de omissão genérica e objetiva, no caso de omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir. (CAVALIERI, 2011, p. 17)

Neste ponto, importante diferenciar o que seria omissão específica ou genérica, a fim de bem delimitar a extensão da responsabilidade estatal.

Para Sergio Cavalieri, há omissão genérica em situações nas quais o Estado atua corriqueiramente, como no exercício do poder de polícia, existindo um dever legal de agir, mas que por sua omissão, acaba concorrendo para um evento danoso. Em suas palavras, são exemplos de omissão genérica do Estado, *in litteris*:

a omissão genérica tem lugar nas hipóteses em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica; quando a Administração tem apenas o dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia (ou de fiscalização), e por sua omissão concorre para o resultado, caso em que deve prevalecer o princípio da responsabilidade subjetiva. São exemplos de omissão genérica: negligência na segurança de balneário público – mergulho em lugar perigoso, conseqüente tetraplegia(...) queda de ciclista em bueiro há muito tempo aberto em péssimo estado de conservação, o que evidencia a culpa anônima pela falta do serviço (Ap. Civ. 4846/2008, TJRJ); estupro cometido por presidiário, fugitivo contumaz, não submetido à regressão de regime prisional como manda a lei – *faute du service public* caracterizada; a omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão (REsp. 409203/RS) (CAVALIERI, 2011, p. 18)

Por outro lado, quando se trata de omissão específica, o Estado coloca-se em posição de garante, criando uma conjuntura tendente a ocorrência do evento, tendo, assim, o dever de agir para evitá-lo. Pressupõe um dever específico do Estado, obrigando-o a impedir o resultado danoso, sob pena de restar responsabilizado pelo dano.

Temos como exemplos dessas circunstâncias que induzem o dever específico de cuidado pelo Estado as situações de custódia como presídios, escolas e hospitais públicos. Nestes casos, estando obrigado a agir em virtude de um vínculo jurídico

especial e omitindo-se, a responsabilidade do Estado seria na modalidade objetiva, presidindo, portanto, da comprovação de dolo ou culpa.

Assim tem entendido o Supremo Tribunal Federal que, em sede repercussão geral, assentou a tese de que em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento.

No voto condutor, o Ministro Luiz Fux aduziu, *in verbis*:

“Diante de tal indefinição, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se orientando no sentido de que a responsabilidade civil do Estado por omissão também está fundamentada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, ou seja, configurado o nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e a omissão do Poder Público em impedir a sua ocorrência – **quando tinha a obrigação legal específica de fazê-lo** – surge a obrigação de indenizar, independentemente de prova da culpa na conduta administrativa, consoante os seguintes precedentes:

(...)

Deveras, é fundamental ressaltar que, não obstante o Estado responda de forma objetiva também pelas suas omissões, o nexo de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos particulares só restará caracterizado quando o Poder Público ostentar o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso, não se desincumbindo dessa obrigação legal. Entendimento em sentido contrário significaria a adoção da teoria do risco integral, repudiada pela Constituição Federal, como já mencionado acima.”

(...)

Note-se que não se está aqui a inovar na ordem jurídica, senão a sistematizar e concatenar ideias há muito já defendidas pela doutrina jurídica nacional. Ora, é corrente no meio jurídico a afirmação de que a Administração só responde pela omissão que é específica, ou seja, quando ela está obrigada a evitar o dano e permanece inerte.

(...)

Estabelecidas essas premissas até aqui sintetizadas, é possível assentar algumas conclusões que respondem as indagações colocadas acima: 1) não se aplica a teoria do risco integral no âmbito da responsabilidade civil do Estado; 2) *o Estado responde de forma objetiva pelas suas omissões, desde que presente a obrigação legal específica de agir para impedir a ocorrência do resultado danoso, em sendo possível essa atuação.* (RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, j. 30/03/2016, Repercussão geral, p. 17-26)

Conforme se depreende do excerto transcrito, o Supremo Tribunal Federal diferenciou os casos de omissão genérica daqueles casos de omissão específica. Adotou a responsabilidade objetiva apenas para os casos de omissão específica, já para os casos de omissão genérica permanece a doutrina tradicional da responsabilidade subjetiva baseada na culpa anônima.

3. CONCLUSÃO

Pelas razões expostas, concluímos que a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal, no que se refere a modalidade da responsabilidade civil do Estado por atos omissivos, divide as condutas omissivas em duas espécies: a omissão específica e a omissão genérica.

Nos casos de omissão genérica, o Supremo Tribunal Federal adota a modalidade subjetiva da responsabilidade civil do Estado, baseada na teoria da culpa anônima ou da falta do serviço.

Já para os casos de omissão específica, nos quais o Estado encontra-se em situação de garante, com especial fim de agir, o Supremo Tribunal Federal tem adotado a modalidade objetiva da responsabilidade civil do Estado por atos omissivos, baseada na teoria do risco administrativo, pela qual se dispensa a verificação do elemento subjetivo para a caracterização da obrigação de indenização pelo dano.

REFERÊNCIAS.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil

Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 14 ed., refundida, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002. Pg 854

Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 30 ed. Ver. Atual. E ampl.- São Paulo: Atlas, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado. 2011. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55_10.pdf Acesso em 31/05/2017

JURISPRUDÊNCIA. RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016. Acesso em 31/05/17

CONTRATOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO E LICITAÇÕES INTERNACIONAIS NO MERCOSUL

VITOR VELOSO BARROS E SANTOS: Advogado da União. Centro Universitário de João Pessoa.

Resumo: A análise das licitações do ponto de vista internacional, sua aplicabilidade, princípios e a legislação brasileira pertinente ao caso, com enfoque na Lei 8.666/93, tópico de relevante importância em decorrência, principalmente, com a proximidade dos grandes eventos esportivos que serão realizados no Brasil, em 2014 e 2016. Análise do MERCOSUL e o estudo dos contratos internacionais de comércio e as licitações internacionais no bloco sul-americano, seus tratados, legislações e princípios pertinentes.

SUMÁRIO: 1 CONTRATOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO E LICITAÇÕES INTERNACIONAIS NO MERCOSUL. 1.1 Conceito e evolução histórica. 1.2 CONTRATOS INTERNACIONAIS NO MERCOSUL. 1.2.1 Considerações sobre as regras aplicáveis aos contratos internacionais nos países membros. 1.2.2 Argentina. 1.2.3 Uruguai. 1.2.4 Paraguai. 1.2.5 Tratado de Montevideu (1889/1940). 1.2.6 Brasil. 1.2.2 Análise Temática. 1.3 Licitações no MERCOSUL. 1.3.1 Princípios das Licitações nos países do MERCOSUL.

1 CONTRATOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO E LICITAÇÕES INTERNACIONAIS NO MERCOSUL

1.1 Conceito e evolução histórica

As experiências de integração entre países em desenvolvimento sempre foram complicadas, pois, além do conflito duradouro entre Integração e soberania, as diferenças no grau de desenvolvimento dos países tem causado bloqueios e retrocessos.

Num mundo de crescentes Interdependências, a integração regional entre países em desenvolvimento vizinhos ainda é considerada por muitos um estímulo ao crescimento econômico, mas a integração com o Primeiro Mundo é vista por alguns governantes como gananciosa.

Verifica-se que a América Latina, nas duas últimas décadas, tem perdido participação tanto no comércio internacional de mercadorias quanto como receptora de Investimentos vindos dos países desenvolvidos e que não existem expectativas de uma rápida mudança dessa tendência. Ao mesmo tempo, constatam que a formação de grandes blocos econômicos unificados é uma tendência irreversível que já está causando mudanças no comércio mundial, alterando a importância das regiões e trazendo medidas de proteção para os que integram estes blocos.

Assim, percebem também que os parceiros comerciais destes países que não fazem parte dos blocos já existentes ou em formação deverão negociar não com outros países, mas com grupos de países já formados, e quem ficar de fora de algum bloco estará numa posição de transação inexpressiva. Logo, as justificativas usadas para uma formar nova dinâmica para integração latino-americana devem se juntar a outras mais atuais, do tipo: união de esforços para negociação das ofertas exportáveis, atrair investimentos para a região, mercado atrativo para outros blocos, inserção com competitividade na economia mundial, etc.

Os antigos planos de integração latino-americana, entraram em crise na segunda metade da década de 70. O Tratado de Montevideu que criou a ALADI em 1980 tentou dar uma sobrevida às pretensões de integração dos países da antiga Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), que tinha sido fundada em 1960, tornando-se mais flexível e permitindo que sob sua égide se desenvolvessem formas de integração bilateral que não obrigassem a universalizar as vantagens acordadas a um país para todos os países membros da ALADI.

Apesar da mudança do cenário mundial e do avanço do tempo, não faz muito que se entendia a América Latina a partir da voz americana representada pelos EUA, o que nos deixava em situação de países semissoberanos:

Defendendo-nos, a América do Norte irá, fatalmente, absorvendo-nos. Acredito que essa absorção não esteja nos planos dos estadistas americanos; mas é ela uma consequência natural da situação de protegido e protetor. De fato, parte da nossa soberania nacional já desapareceu; para a Europa, já existe o protetorado dos Estados Unidos sobre a

América Latina. Por ocasião da Convenção da Paz, em Haia, lembram-se todos, as Nações sul-americanas não foram convidadas - por entenderem os governos europeus que elas não eram suficientemente soberanas, e que os interesses e opiniões dos povos americano estavam perfeitamente representados e garantidos pelos Estados Unidos, convidados, assim, tacitamente, a exercer um certo protetorado sobre o resto da América. É só nestas condições que a Europa reconhece a teoria de Monroe^[1]

Não ocorre ainda desta forma nos dias hodiernos, porém é necessário que se intensifiquem os estudos jurídicos sobre nossa atuação no mundo, que não é menor nem menos importante que a de outras regiões.

O MERCOSUL foi Formalizado pelo tratado de Assunção em 26 de março de 1991 entre Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai para eliminação de barreiras e estabelecimento de uma tarifa externa comum (TEC). Em dezembro de 1994 passou a aplicar uma Tarifa Externa Comum (TEC) ao comércio com terceiros países. (união aduaneira) conforme seu art. 1o. O tratado se encontra aberto à adesão de todos os Estados-Membros da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI).

Aprovado pelo Congresso Nacional em 25.9.91, a carta de ratificação foi depositada pelo Brasil em 30.10.91, promulgado pelo presidente da República em 21.11.91, e sua entrada em vigor internacionalmente se deu em 29.11.91.

Os vários Anexos do Tratado estão estabelecidos como segue:

- Anexo I: estabelece o sistema progressivo de redução das tarifas alfandegárias e das listas de exceções contempladas no comércio entre os quatro países.

- Anexo II: institui o regime de qualificação de origem, isto é, são estabelecidos graus mínimos de nacionalização dos produtos para que esses bens recebam o tratamento de nacionais e se beneficiem do programa de desgravação.

- Anexo III: trata da sistemática que será utilizada para a solução de controvérsias.

- Anexo IV: regula a aplicabilidade de cláusulas de salvaguarda à importação.

- Anexo V: fixa um prazo de 30 dias após a entrada em vigor do Tratado para a criação de subgrupos de trabalho necessários à coordenação das políticas macroeconômicas e setoriais. Num primeiro momento, esses subgrupos são 10: assuntos comerciais, assuntos aduaneiros, normas técnicas, políticas fiscal e monetária relacionadas com o comércio, transporte marítimo, política industrial e tecnológica, política agrícola, política energética, e coordenação de políticas macroeconômicas.

Hoje são membros do MERCOSUL a [Argentina](#), o [Brasil](#), o [Paraguai](#) (suspensão), o [Uruguai](#) e a [Venezuela](#), o Paraguai foi suspensão do MERCOSUL tendo em vista que os integrantes do mercado comum sul-americano consideraram a destituição de Fernando Lugo uma ruptura da ordem democrática. Como consequência da suspensão do Paraguai, a Venezuela foi incorporada como membro pleno do bloco.

É necessário destacar que em razão da recente entrada da Venezuela no MERCOSUL, em 31 de julho de 2012, não há na doutrina brasileira apontamentos sobre a temática abordada no presente estudo no âmbito da Venezuela, o que impossibilitou a sua análise.

A primeira conclusão que se pode tirar é de que o Tratado de Assunção representa a expressão jurídica de um protocolo de intenções. Em termos de conteúdo é mais avançado do que outros tratados anteriores de integração regional ou sub-regional latino-americana, pois, além da ênfase na derrubada das barreiras comerciais, contempla, de forma expressa no próprio Tratado, a harmonização das políticas macroeconômicas e a adoção de acordos setoriais.

O Tratado de Constituição do MERCOSUL - chamado oficialmente de Tratado de Assunção - consta de seis capítulos, 24 artigos e cinco anexos. Declara-se em seu preâmbulo que:

(...) a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais, através da integração, constitui condição fundamental para acelerar seus

processos de desenvolvimento econômico com justiça social (...)

Já no primeiro artigo, é estabelecido como objetivo "constituir um mercado comum, que deverá estar conformado a 31 de dezembro de 1994" ou seja, no curto espaço de quatro anos, e que esse mercado comum implica:

"a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, de eliminação dos direitos aduaneiros e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida equivalente;

"o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum com relação a terceiros Estados e a coordenação de posições em foros econômicos — comerciais regionais e internacionais;

"a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-partes: de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem, a fim de assegurar condições adequadas de competição entre os Estados-partes;

"o compromisso dos Estados-partes de harmonizar suas legislações nas áreas correspondentes, com vistas ao fortalecimento do processo de integração".

Durante o período de transição que se estenderá desde a entrada em vigor do Tratado até 31 de dezembro de 1994, os principais instrumentos para a constituição do Mercado Comum serão:

a) um programa de liberalização gradual do comércio, que consistirá em reduções tarifárias progressivas e lineares, além do compromisso da eliminação das restrições não tarifárias de qualquer natureza;

b) a coordenação das políticas macroeconômicas, que se realizará "*pari passu*" com a desgravação tarifária e a eliminação das restrições não tarifárias;

c) uma tarifa externa comum;

d) a adoção de acordos setoriais.

O Grupo Mercado Comum é o órgão executivo do Mercado Comum e será coordenado pelos Ministérios de Relações Exteriores dos Estados-membros. Terá prerrogativas de iniciativas, e, dentre suas funções, estão as de tomar as medidas necessárias para o cumprimento das decisões adotadas pelo Conselho, propor medidas concretas destinadas à aplicação do Programa de Liberalização Comercial, a coordenação de políticas macroeconômicas e a negociação de acordos em relação a terceiros, assim como fixar o programa de trabalho que garanta a consecução dos objetivos.

Passados vinte e um anos desde a sua criação, o MERCOSUL encontra-se hoje entre as maiores economias mundiais, ao lado do NAFTA (Acordo de Livre Comércio da América do Norte), União Europeia e Japão, razão pela qual, representa um dos principais alvos de investimentos do mundo.

Nesse cenário, os países signatários visam inserir-se de forma mais competitiva na economia internacional estimulados pela abertura de mercados com prováveis benefícios nos campos social, político, cultural e econômico.

Recentemente, o Conselho Mercado Comum, por intermédio da Decisão nº 23, de 29 de junho de 2000, entendeu que determinadas normas oriundas dos órgãos do MERCOSUL não necessitam de medidas internas para sua incorporação. Cumpre atentar para a dicção do art. 5º da referida Decisão:

Art. 5º. As normas emanadas dos órgãos do MERCOSUL não necessitarão de medidas internas para a sua incorporação, nos termos do artigo 42 do Protocolo de Ouro Preto, quando:

a) os Estados-Partes entendam, conjuntamente, que o conteúdo da norma trata de assuntos relacionados ao funcionamento interno do MERCOSUL. Este entendimento será explicitado no texto da norma com a seguinte frase: 'Esta norma (Diretiva, Resolução ou Decisão) não necessita ser incorporada ao ordenamento jurídico dos Estados-Partes, por regulamentar aspectos

da organização ou do funcionamento do MERCOSUL'. Estas normas entrarão em vigor a partir de a sua aprovação.

b) O conteúdo da norma estiver contemplado na legislação nacional do Estado-Parte.

Assim, não existe na união sul-americana órgão supranacional com as atribuições e competências determinadas pelo direito comunitário. Em caso de descumprimento das decisões dos órgãos do MERCOSUL, não existem as mesmas proteção e celeridade acarretadas por sua aplicação direta.

1.2 CONTRATOS INTERNACIONAIS NO MERCOSUL

1.2.1 Considerações sobre as regras aplicáveis aos contratos internacionais nos países membros

No MERCOSUL cada país tem sua legislação interna que trata das relações contratuais internacionais, normas que regem tais relações no âmbito interno. Há também tratados entre países membros que serão analisados a seguir:

1.2.2 Argentina

Internamente a Argentina disciplina em seu Código Civil a matéria da seguinte forma: nos casos dos contratos que não possuem conexão com a Argentina, utiliza-se o *lex celebrationis*, onde o direito a ser aplicado é o do lugar onde o contrato foi celebrado; caso o contrato, mesmo pactuado fora da Argentina, tenha como local de execução território Argentino, esse rege-se-á pela lei local, ou seja, pelo direito argentino, consubstanciando a *lex executionis*.

Ponto relevante abordado por Lauro da Gama e Sousa Jr. é a questão relativa a utilização do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais argentinos, apontando que "...juristas argentinos da grandeza de Goldschmidt e Boggiano defendem a aceitação do princípio...", entretanto "...os tribunais argentinos maciçamente o rejeitam, salvo raras exceções".

O direito interno argentino permite a uso da arbitragem na solução de litígios, sendo o país parte na Convenção da ONU sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, entretanto, o direito argentino não faz menção, expressa, sobre a capacidade das partes em escolher o direito a ser aplicado no procedimento arbitral.^[2]

1.2.3 Uruguai

No Uruguai o seu Código Civil dispõe que as obrigações serão regidas, pela lei do local onde será executava o contrato, utilizando a *lex loci executionis*, regendo tudo o que concerne a existência, natureza, validade e efeitos dos contratos, tendo como base as regras de interpretação do Tratado de Direito Civil de Montevidéu.

Conforme dispõe Lauro da Gama e Sousa Jr. existem barreiras para a aceitação do princípio da autonomia da vontade no tocante a eleição da lei a ser aplicada aos contratos, pois mesmo existindo um artigo em seu Código Civil que autorize a manifestação volitiva de acordo com a norma que a rege, tal entendimento é interpretado restritivamente. Ou seja, o contrato internacional é regido pela lei do Estado onde a obrigação será cumprida, independentemente se o Estado for o Uruguai ou outros, não podendo as partes modificar as regras de competência legislativa e judicial, porque a lei competente proíbe.

Assim, na prática, a jurisprudência do Uruguai manteve o posicionamento no sentido de vetar às partes a escolha do direito que será aplicável aos contratos internacionais.

No Uruguai o *Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay*, ou CGP, rege e autoriza o uso da arbitragem no país, mas o seu próprio artigo 490 garante às partes o direito de convencionar sobre o procedimento arbitral, não faz menção no dispositivo a possibilidade das partes escolherem o direito a ser aplicado na arbitragem. [3]

1.2.4 Paraguai

O Código Civil paraguaio ao tratar do tema de contratos em geral, dispõe que a *lex loci executionis* regerá os contratos no território nacional, sendo aplicados ainda que celebrados fora do Paraguai.

No tocante a aplicação da autonomia da vontade, dois artigos do Código Civil, que versam sobre a liberdade de contratar, poderiam ser vislumbrar a aplicação do princípio, segundo alguns autores. Entretanto, influenciada pela doutrina argentina, que não permite tal uso.

Quanto a arbitragem a constituição do país autoriza o seu uso, entretanto não há no ordenamento jurídico paraguaio norma que garanta a escolha do direito a ser aplicado nas disputas solucionadas pela arbitragem. [4]

1.2.5 Tratado de Montevidéu (1889/1940)

A razão pelas legislações do Paraguai, Argentina e Uruguai seguirem a linha da *lex loci executiones* é que esses três países são signatários do Tratado de Montevidéu, que estabelece regras para a solução dos conflitos dos contratuais internacionais,

estabelecendo que fator preponderante no contrato internacional é o local de sua execução, ou seja *lex executiones*. Prevendo em seu artigo 37 que a *lex executionis* orienta todos os aspectos fundamentais dos contratos, “como: a) a existência; b) a natureza; c) a validade; d) os efeitos; e) as consequências; f) a execução.”^[5]

1.2.6 Brasil

No Brasil, como abordado no primeiro capítulo, aplica-se a lei do local onde foi celebrado o contrato, *lex loci executiones*, consubstanciando uma barreira a utilização do princípio da autonomia da vontade, existindo apenas como rota de escape a arbitragem internacional. Onde a arbitragem foi aceita pela Lei nº 9.307/96 que dispõe em seu art. 2º que as partes poderão escolher livremente o direito que será aplicado na arbitragem e também que se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio, aplicando-se também aos conflitos internacionais solucionados por intermédio do instituto da arbitragem.^[6]

1.2.7 Análise Temática

Conclui-se, portanto, que as barreiras impostas pelos países integrantes do MERCOSUL, dificultam o desenvolvimento das relações comerciais, uma vez que não se podendo escolher o direito a ser aplicado na arbitragem, exceto no Brasil, a harmonização voluntária é de extrema dificuldade, resultando em longos conflitos nos tribunais internacionais.

É necessária uma força conjunta para o desenvolvimento das relações contratuais no MERCOSUL, há no contexto regional a Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, que foi realizada no México em 1994, entretanto apenas o México e a Venezuela o ratificaram. Sua ratificação representaria um avanço para o bloco, pois a convenção tem um moderno sistema de normas no que concerne aos contratos internacionais, abordando, inclusive, o tema da autonomia da vontade e a possibilidade do uso das normas gerais do comércio internacional.

O uso de regras retrogradadas só entrava o desenvolvimento do bloco, pois tais normas não garantem estabilidade jurídica para os contratantes no bloco, dificultando o comércio internacional. O Brasil como maior e mais importante país do bloco, assinou tal convenção, entretanto a mesma não foi ratificada pelo Congresso Nacional.

Por fim, observa-se a ausência dos dispositivos legais sobre o tema da Venezuela, pois o país entrou recentemente no bloco e não existe na doutrina apontamentos sobre os contratos no país.

1.3 Licitações no MERCOSUL

Não há como negar a importância econômica das contratações públicas realizadas pelos países componentes do MERCOSUL, notadamente em virtude das características de tais Estados, ao longo das últimas décadas. Nessa linha, é cediço que em nosso país empresas assumiram feições gigantescas, graças a generosos contratos celebrados com o poder público. Sabe-se que as compras efetuadas pelo governo causam grande impacto. Com o escopo de mitigar as barreiras que limitam o intercâmbio, promovendo a união das economias entre os países, os mercados governamentais, tendem a ampliar-se no sentido de obstar a participação de estrangeiros nas licitações públicas ocorridas entre os países-membros do MERCOSUL.

No Brasil, o tema licitações é regido pela Lei nº 8.666/93 e posteriores alterações. A referida lei que regulamenta o artigo 37, *caput*, inciso XXI da Constituição Federal/88, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

A licitação é considerada um procedimento administrativo onde, a partir do princípio da isonomia entre os participantes, busca a proposta mais vantajosa de contrato.

A respeito da harmonização para o caso das compras governamentais assim manifestou-se Dromi^[7]: “visto que a adaptação das regras aplicadas a licitações e contratos denotam também a transparência pública. Não podemos, em âmbito de MERCOSUL, ter um ordenamento no qual um país siga certos requisitos, e outro, requisitos diversos.”

Ainda sobre o tema, Roberto Dromi leciona:

(...) la normativa comunitaria busca atenuar los efectos que, sobre el mercado común, pueden producir las regulaciones de los Estados miembros en tanto contengan restricciones en favor de los contratistas nacionales. (...) Ello así teniendo en cuenta que el objetivo general comunitario es la liberalización de los mercados para lograr la libre concurrencia.

Trata-se, no caso, de direcionar o poder de compra dos países componentes do Mercado, a ser efetivado mediante procedimentos transparentes e eficazes que assegurem o primado da concorrência.

Na lição de Borges Barbosa^[8]:

Não se tem até o momento, um acordo específico sobre licitações públicas no âmbito do MERCOSUL; aplicam-se, porém, a todos os procedimentos administrativos, dentre eles seguramente as licitações, as regras genéricas do Tratado, no que tiverem pertinência, assim como as do tratado específico entre Brasil e Argentina que instituiu as empresas binacionais.

A expressão *licitação internacional* tem sido objeto de interpretações conflituosas, levando a uma conclusão errônea sobre o que realmente tal expressão representa.

Na realidade, é um procedimento licitatório ocorrido em solo brasileiro que proporciona, a participação de empresas brasileiras, bem como de empresas estrangeiras com domicílio em outro país, desde que atendam a algumas exigências, conforme apontado no segundo capítulo.

Ocorre que no tratado de Assunção, não prevê, expressamente, em nenhum dos seus instrumentos, o tema acerca das licitações públicas internacionais, o que existe no MERCOSUL é que por determinação do Conselho Mercado Comum, deve-se criar uma Comissão Técnica com função de tratar o tema, devendo elaborar propostas que determinem as distinções entre as medidas compatíveis e as incompatíveis com a União Aduaneira, dentre elas as que se referem as compras governamentais e atuação das empresas estatais, o que inclui as licitações internacionais.^[9]

De tal maneira as licitações no bloco regem-se pelas legislações internas dos países membros, como exemplo temos a Argentina que prevê em seu ordenamento que a adoção do procedimento licitatório deve contar indicativo do seu caráter nacional ou internacional, devendo observar o princípio da publicidade, podendo haver divulgação do certame no exterior, nos casos de licitações internacionais para aumentar a competitividade, e, por fim, por convite. Pode até, solicitar a colaboração

das embaixadas argentinas no exterior para colaborarem com a divulgação das licitações.[\[10\]](#)

Observa-se que muito se assemelha as licitações internacionais feitas no Brasil, ocorre que não há na doutrina brasileira um estudo mais detalhado dos procedimentos licitatórios nos países do bloco do MERCOSUL, o que existe são as indicações dos princípios pertinentes as licitações nos países membros, aos quais entendo pertinente sua análise.

1.3.1 Princípios das Licitações nos países do MERCOSUL

Segundo a consagrada lição de Luiz Roberto Barroso: "(...) os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete."[\[11\]](#)

Inicialmente, identificamos os princípios explícitos na legislação a respeito das licitações em cada um dos países integrantes do bloco, excepcionando-se apenas a Venezuela:

a) Uruguai (art. 131 do Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera - TOCAF, editado por meio do Decreto n° 95/991, de 26 de fevereiro de 1991):

- flexibilidade;
- delegação;
- ausência de formalismos;
- materialidade face ao formalismo;

- veracidade;
- publicidade;
- igualdade dos licitantes; e
- concorrência.

b) Paraguai (artigos 46 e 47 da Constitución Nacional):

- isonomia; e
- supremacia do interesse público sobre o privado.

c) Brasil (art. 3º da Lei nº 8.666/93):

- legalidade;
- impessoalidade;
- moralidade;
- igualdade;
- publicidade;
- probidade;
- vinculação ao instrumento convocatório; e
- julgamento objetivo.

d) Argentina (artigo 3º do Régimen General de Contrataciones Públicas, instituído pelo Decreto nº 1.023, de 13.08.2001):

- razoabilidade do projeto;
- eficiência da contratação;
- concorrência;

- transparência;
- publicidade;
- responsabilidade dos agentes públicos que realizam a contratação; e
- igualdade de tratamento entre os concorrentes.

É importante afirmar que o instituto da licitação possui princípios endógenos, imanescentes à sua natureza e inseparáveis de sua noção, que independem de consagração normativa, doutrinária ou jurisprudencial para que sejam reconhecidos.

Observa-se que ainda não existe uma harmonização dos princípios que regem as licitações nos países do bloco, tal fato acaba por dificultar a integração das relações comerciais dos países, razão pela qual é necessária a implementação da Comissão Técnica já citada, com o objetivo de regulamentar medidas comuns para facilitar as licitações dentro do bloco, aumentando a circulação de capital e gerando desenvolvimento na região.

O Brasil como país mais desenvolvido economicamente do MERCOSUL deve ter a iniciativa de cobrar do bloco a implementação da comissão para que se crie uma regulamentação única sobre o tema, assim aumentaria o comércio entre as empresas privadas e os entes governamentais do bloco, o que aumentaria a interação e o desenvolvimento econômico das empresas que exploram atividades relacionadas ao setor público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os contratos internacionais de comércio tem no Brasil uma legislação um pouco mais elaborada em relação aos outros membros do MERCOSUL, entretanto deve-se observar que com relação aos demais a gente das relações internacionais, o ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema, ainda é um pouco conservador. Há necessidade de um maior estudo sobre o tema, pois sua relevância para o desenvolvimento econômico do país é nítida.

Enquanto os países mais desenvolvidos aproximam suas legislações e facilitam o comércio, o Brasil continua a utilizar barreiras para impedir a competitividade com as

empresas estrangeiras, o que prejudica o desenvolvimento tecnológico e incentivo ao crescimento do país.

A Lei de Introdução ao Código Civil, hoje denominada de Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, é clara ao dispor que é a lei do local onde se constituiu a obrigação que rege o contrato, tal medida serve para a proteção dos interesses nacionais, mas impede a solução de um conflito usando o direito estrangeiro, as vezes mais benéfico ao agente brasileiro.

Com o advento dos grandes eventos esportivos, como a Copa das Confederações, a Copa do Mundo de Futebol da FIFA e as Olimpíadas de 2016 no Rio de Janeiro, vão ser necessárias a utilização de bens e serviços de empresas de outros países, mas que caso não esteja regularmente instalada no país, pode atrapalhar a aquisição de um negócio mais vantajoso para o país.

A Venezuela terá até o ano de 2016 para regularizar suas normas com relação às normas do MERCOSUL, além dos ajustes tarifários, o tema ainda é bastante recente, mas será de grande importância nos próximos anos, visto que o país é o maior produtor de petróleo da América latina.

Assim, a doutrina brasileira terá tempo para o estudo da forma como a legislação venezuelana trata os contratos internacionais e as licitações internacionais, o que infelizmente não pode ter sido abordado no presente estudo monográfico.

Observa-se, ainda, que a integração do bloco do MERCOSUL depende da uniformização de leis para facilitar o crescimento do comércio na região, de tal sorte, hoje os dispositivos das leis internas dos países membros, não são favoráveis ao comércio, tendo ainda restrições de cunho jurídico.

O Brasil deve tomar iniciativa e em conjunto com os países membros do bloco, desenvolver o estudo de formas de uniformização da legislação contratual comercial e das licitações no âmbito do MERCOSUL, tal medida aumentará a força do país no bloco e ajudará no crescimento econômico da região, em razão do aumento do fluxo de capital.

Como um país que quer crescer economicamente e galgar uma posição de membro permanente no Conselho de Segurança da ONU, mas não atenta para as

relações comerciais na sua região, fonte principal do crescimento nas relações internacionais e que pode abrir caminhos para o comércio com os demais Estados do mundo, o que só poderia contribuir para melhora da imagem do país perante os líderes globais.

É esperado que o presente trabalho colabore com o desenvolvimento dos estudos sobre a temática dos contratos internacionais de comércio e das licitações internacionais no contexto do MERCOSUL, pois o tema é de muita relevância aos interesses econômicos do país, mas é muito pouco abordado pela doutrina pátria o que pode dificultar no desenvolvimento de medidas e na criação de leis que possam vir a contribuir com o tema.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto, *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*, 2001.

BOMFIM, Manoel. **A América Latina: males de origem**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2005.

BORGES, Denis B. **Licitações, Subsídios e Patentes – Direito de Desenvolvimento Industrial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

BRASIL, Decreto-Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, **Dispõe sobre a arbitragem**. Diário Oficial União, 24 de setembro de 1996.

BRASIL. Lei n.8.666, de 21 de junho de 1993, **Institui Normas para licitações e contratos administrativos da Administração Pública**.

BRASIL. Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002, **Código Civil Brasileiro**.

Cíntia Cárnio, Tháís. **Contratos Internacionais: Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 2009.

DROMI, Roberto. **Informativo Licitações e Contratos**. Paraná: Zênite, 1997.

GDDC, Gabinete de documentação e direito comparado. Cooperação internacional, Unidroit. Disponível em <<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-civil-comercial/unidroit.html#origem>>. Acesso em: 30 out.2015.

LABATUT, Ênio Neves. **Teoria e prática de comércio exterior**. 3. ed. São Paulo: Aduaneiras, 1990, p. 27. *Apud*. Souza, Fabiana Ribeiro de. **Contratos Internacionais**

do Comércio: Harmonização Legislativa no MERCOSUL. Trabalho de Conclusão do Curso de Direito. Universidade Veiga de Almeida. Cabo Frio. 2008.
Leão e Senhorinho. Apud. Abreu, Rogério Roberto Gonçalves de. **Contratos Administrativos Internacionais: A lei nº 8.666/93 frente às normas do comércio internacional.** Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.2, jul./dez.
Marçal Justen Filho. Apud. Rodas, João Grandino (Org.). **Contratos Internacionais.** 3. ed. Rev., atual. E. Amp – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Meirelles, Helly Lopes. **Licitação e contrato administrativo.** 10. ed. São Paulo: RT, 1991.

Melo, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Rodas, João Grandino (Org.). **Contratos Internacionais.** 3. ed. Rev., atual. E. Amp – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Silva, Michael César; Matos, Vanessa Santiago Fernandes de. **Boa-fé objetiva no Direito Contratual contemporâneo.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3118, 14 jan. 2012.

United Nations Commission on International Trade Law. Disponível em <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>>. Acesso em: 29 out.2015.

NOTAS:

[1] BOMFIM. Manoel. **A América Latina: males de origem.** Rio de Janeiro: Topbooks,

2005. pp 45-46.

[2] Rodas, João Grandino (Org.). **Contratos Internacionais.** 3. ed. Rev., atual. E. Amp – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 431-442

[3] *Idem.*

[4] *Idem.*

[5] *Idem.*

[6] *Idem.*

[7] DROMI, Roberto. **Informativo Licitações e Contratos.** Paraná: Zênite, 1997. p. 584.

[8] BORGES, Denis B. **Licitações, Subsídios e Patentes – Direito de Desenvolvimento Industrial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, Pág. 27.

[9] Rodas, João Grandino (Org.). **Contratos Internacionais**. 3. ed. Rev., atual. E. Amp – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 246

[10] Idem

[11] BARROSO, Luís Roberto, *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*, 2001, p. 20.

A APLICAÇÃO DAS SÚMULAS VINCULANTES N. 10 E 37 NO CASO DO REAJUSTE DE 13,23% PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

JONITAS MATOS DOS SANTOS DUARTE:

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Funcionário Público desde 2011, Analista Técnico Jurídico do Ministério Público do Estado da Bahia.

RESUMO: O presente artigo científico tem por objetivo analisar a aplicação dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, notadamente das Súmulas Vinculantes n. 10 e 37 nas ações propostas por servidores públicos federais, que visam obter provimento jurisdicional favorável que lhes assegurem o direito de ter incorporado às suas remunerações o reajuste de 13,23%, supostamente um reajuste que teria assumido contornos de revisão geral anual.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal, precedente judicial, Súmulas Vinculantes n. 10 e 37, reajuste de 13,23%, revisão geral anual, servidor público.

ABSTRACT: The present paper aims to analyze the application of precedents of the Supreme Court, notably of Precedents Binding n. 10 and 37 proposed actions by federal civil servants, aimed at obtaining favourable judicial provision that they ensure the right of entering to their remuneration 13.23% uplift, readjusted that supposedly would have assumed contours of annual general review.

Keywords: Supreme Court, judicial precedent, Precedents Binding n. 10 and 37, 13.23% adjustments, annual general review, public server.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO3 DA VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE Nº 10 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DA VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE Nº 37 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONCLUSÃO. REFERENCIAS.

INTRODUÇÃO

Milhares de ações foram propostas e ainda tramitam nas mais diversas cortes federais do Brasil, nas quais servidores alegam que a Lei nº 10.698, de 02 de julho de 2003, foi promulgada em afronta ao art. 37, inc. X da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, por assinalar verdadeira

revisão geral anual das remunerações dos servidores públicos federais em índices diferenciados.

Diversos magistrados e desembargadores proferiram decisões afastando a aplicação da mencionada lei, concedendo o reajuste de 13,23% requerido pelos diversos autores.

Ocorre que ao conceder a extensão do índice de correção, se pressupõe a declaração incidental de inconstitucionalidade da norma que havia previsto percentual diferente, afastando o que preconizam as Leis nº 10.697/2003 e 10.698/2003.

O fato a ser considerado, portanto, é que a norma submetida e aprovada pelo Poder Legislativo não foi aplicada. Assim, o Supremo Tribunal Federal, por meio de diversas Reclamações ajuizadas pela Advocacia-Geral da União, decidiu que o Órgão Colegiado, ao julgar procedente o pedido de incidência do reajuste de 13,23% sobre a remuneração da parte, desobedeceu ao preceito da Reserva de Plenário (art. 97 da Constituição da República), afrontando, por conseguinte, a autoridade da Súmula Vinculante nº 10, bem como teriam deixado de observar o disposto na Súmula Vinculante n. 37, haja vista que concediam aumento aos servidores públicos, com fundamento no princípio da isonomia.

DA VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE Nº 10 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Súmula Vinculante nº 10 trata dos casos de ofensa à cláusula de reserva de plenário, contendo o seguinte teor: *“viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão do 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.”*

O art. 97 da CF, que estabelece a regra da cláusula de reserva de plenário, por sua vez, está assim redigido: *“Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”*

No presente caso, em que diversos servidores pleiteiam reajuste no percentual de 13,23% em seus vencimentos, diversos juízos e tribunais pelo país, a pretexto de compreenderem ter havido a concessão de revisão geral e anual, deixaram

de observar o comando normativo do art. 1º da Lei 10.698/2003, configurando tal entendimento uma declaração de inconstitucionalidade por omissão.

Tal declaração de inconstitucionalidade, conforme teor da Súmula Vinculante 10 do STF, acima transcrita, não pode ser feita por órgão fracionário de Tribunal, uma vez que viola competência constitucional do pleno da respectiva Corte.

A interpretação dada pelos Órgãos Colegiados, no presente caso, configura, assim, claro juízo de controle de constitucionalidade. Neste sentido, é importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a ofensa à Súmula Vinculante aqui relatada.

Com efeito, a 2ª Turma do STF confirmou, à unanimidade, em 31/05/2016, na Reclamação n.º 14.872/DF, a liminar anteriormente concedida pelo Ministro Gilmar Mendes, determinando expressamente a necessidade de que o Tribunal Regional Federal da Primeira Região profira nova decisão nos autos do processo n.º 2007.34.00.041467-0, observando as Súmulas Vinculantes n.º 10 e 37. Veja-se:

“Decisão: A Turma, por votação unânime, confirmando a liminar e sua extensão anteriormente deferidas, julgou procedente a Reclamação para cassar o ato reclamado nos autos 2007.34.00.041467-0 (numeração nova 0041225-73.2007.4.01.3400) e determinar que outro seja proferido, com a observância das Súmulas Vinculantes 10 e 37 do STF, e, por consequência, todos os atos administrativos decorrentes de órgãos da Justiça do Trabalho que envolvam o pagamento dos 13,23%, inclusive a decisão administrativa do TST (Resolução Administrativa 1.819, de 12 de abril de 2016) e do CSJT (Resolução Administrativa 168, de 26 de abril de 2016), julgando prejudicados os agravos internos. Determinou, ainda, a comunicação do teor desta decisão ao Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, aos Presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho e ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho para que suspendam imediatamente o pagamento da rubrica referente aos 13,23%, bem como a ciência de seu inteiro teor aos Presidentes de todos os Tribunais Superiores, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, do Conselho Nacional de Justiça, do

Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho da Justiça Federal, nos termos do voto do Relator.”

Eis a ementa do julgado:

“Reclamação. 2. Direito Administrativo. 3. Servidores públicos. 4. Incorporação da vantagem referente aos 13,23%. Lei 10.698/2003. 5. Ações que visam à defesa do texto constitucional. O julgador não está limitado aos fundamentos jurídicos indicados pelas partes. Causa petendi aberta. 6. Órgão fracionário afastou a aplicação do dispositivo legal sem observância do art. 97 da CF (reserva de plenário). Interpretação conforme a Constituição configura claro juízo de controle de constitucionalidade. Violação à Súmula Vinculante n. 10. 7. É vedado ao Poder Judiciário conceder reajuste com base no princípio da isonomia. Ofensa à Súmula Vinculante 37. 8. Reclamação julgada procedente.” (Rcl 14872, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 31/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-135 DIVULG 28-06-2016 PUBLIC 29-06-2016)

Do mesmo modo, tal compreensão restou firmada na Reclamação n.º 23.563, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, na qual, mais uma vez, confirmou-se, em 07.06.2016, a liminar anteriormente deferida e julgou-se procedente o pedido, para cassar o ato reclamado nos autos do Processo 0012227-61.2003.4.01.3400 (AREsp 386.962/DF), em que a Primeira Turma do STJ prolatou acórdão concedendo o reajuste de 13,23% - reconhecendo a natureza de revisão geral anual à VPI dada pela Lei n.º 10.698/03 – aos servidores do Ministério da Cultura, determinando que outro seja proferido, com a observância das Súmulas Vinculantes 10 e 37 do STF.

No presente caso, o acórdão recorrido, ao conceder a extensão do índice de correção pleiteada pela parte autora, pressupõe a declaração incidental de inconstitucionalidade da norma que havia previsto percentual diferente, pois acabou por afastar o que preconizam as Leis n.º 10.697/2003 e 10.698/2003.

O fato a ser considerado, portanto, é que a norma submetida e aprovada pelo Poder Legislativo não foi aplicada. Conclui-se, assim, que o Órgão Colegiado, ao julgar procedente o pedido de incidência do reajuste de 13,23% sobre a remuneração

da parte, afastou a aplicação literal do que dispõem as Leis 10.697/2003 e 10.698/2003, sem obedecer à necessária Reserva de Plenário (art. 97 da Constituição da República), afrontando, por conseguinte, a autoridade da Súmula Vinculante nº 10.

Impõe-se, diante disso, o reconhecimento de que órgão fracionário do Tribunal, no presente caso, deixou de aplicar a norma sem declará-la inconstitucional, o que viola, de maneira direta, a Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal, dada a ofensa à cláusula de reserva de plenário.

DA VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE Nº 37 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Insta também salientar que a concessão do reajuste de 13,23% aos diversos autores viola frontalmente o direito da União de não ser obrigada a arcar com despesas criadas de forma ilegítima, além de contrariar tese esposada pelo c. STF.

É preciso consignar que a concessão de reajuste de remuneração de servidor público com base em suposto atendimento ao princípio da isonomia – vez que, se a Lei 10.698/2003 possuir natureza de revisão geral anual, os percentuais de aumento para cada carreira teriam sido diferentes, o que estar-se-ia “corrigindo”, por isonomia, com a concessão do reajuste de 13,23% –, viola o disposto no item sumular vinculante 37 do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “*Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar os vencimentos dos servidores públicos, sob fundamento de isonomia.*”

Esta violação restou consignada expressamente pelo Exmo. Min. Gilmar Mendes na concessão da medida liminar na reclamação 14.872/DF, oportunidade em que brilhantemente explicitou não só a violação à súmula vinculante, como também demonstrou o histórico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, o que, em razão da relevância e da lucidez, colaciona-se integralmente a seguir:

“Cumpre acrescentar que, além de uma provável afronta à Súmula Vinculante n. 10, vislumbra-se que o acórdão reclamado também teria deixado de observar o disposto na Súmula Vinculante n. 37, haja vista que, como já demonstrado, concedeu aumento aos servidores públicos, com fundamento no princípio da isonomia.

Inicialmente, salienta-se que, desde a primeira Constituição Republicana de 1891, em seus artigos 34 e 25, já existia determinação

de que a competência para reajustar os vencimentos dos servidores públicos é do Poder Legislativo, ou seja, ocorre mediante edição de lei.

Atualmente, a Carta Magna de 1988, em seu artigo 37, X, trata a questão com mais rigor, uma vez que exige lei específica para o reajuste da remuneração de servidores públicos.

Em consulta à jurisprudência desta Corte, observa-se que, desde a época em que vigia a Constituição de 1946, o STF já havia consolidado entendimento no sentido de que não compete ao Poder Judiciário reajustar os vencimentos dos servidores públicos com fundamento no princípio da isonomia, sendo necessária a edição de lei para tal finalidade.

A esse propósito, cito trecho do voto proferido pelo Min. Ribeiro da Costa, no RE 47.340, Pleno, DJ 26.10.1961, que bem elucidou a questão:

“Tem-se por evidente a distorção do princípio da isonomia em que se fundou o acórdão recorrido para justificar a assemelhação de vencimentos concedida pela Lei n. 4, de 1959, art. 1º, contrariando, assim, conceituação jurisprudencial incontendível, no sentido de que o Poder Judiciário não pode usurpar funções legislativas, corrigindo e substituindo, determinações legais. Sem dúvida, não cabe ao Poder Judiciário, transcendendo a área de sua atividade específica, atingir a dos demais Poderes, de que é instrumento de controle, vedando-se-lhe, pois, tomar-lhes o lugar ou substituir-lhes a iniciativa, para corrigir, ampliar ou eliminar dispositivos legais expressos, criar novos cargos ou aumentar vencimentos”.

O Plenário do STF, em virtude da remansosa jurisprudência sobre o tema, aprovou, em 13.12.1963, a edição da Súmula 339, com o seguinte teor: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”.

Esse entendimento se manteve inalterado, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, como se depreende dos seguintes julgados:

“Mandado de segurança. Equiparação de vencimento. Isonomia. - O parágrafo 1º do artigo 39 da Constituição Federal e preceito dirigido ao legislador, a quem compete concretizar o princípio da isonomia, considerando especificamente os cargos de atribuições iguais ou assemelhadas. - Como a concretização da isonomia salarial depende de ato legislativo específico, a fixar idênticos vencimentos ‘para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário’, o parágrafo 4º do art. 41 da Lei nº 8.112/90 revela-se imprestável para o objetivo almejado pelos recorrentes, pois que se trata de norma que repete, no plano infraconstitucional, o enunciado genérico do § 1º do art. 39 da Constituição Federal. - Por outro lado, permanece íntegro o enunciado da Súmula 339 dessa Corte, que não sofreu qualquer alteração em decorrência da nova Constituição e da legislação editada após outubro de 1988. Recurso ordinário a que se nega provimento”. (RMS 21.512, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, DJ 19.2.1993) (Grifei)

“Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada. 3. Isonomia. Equiparação salarial de cargos. Súmula 339 do STF. Impossibilidade. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento”. (AI-AgR 591.414, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 11.10.2007)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. EQUIPARAÇÃO DE VENCIMENTOS COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA ISONOMIA: INCIDÊNCIA DA SÚMULA 339 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE-AgR 609.527, Rel. Min. CÁRMEN LÚCLA, Primeira Turma, julgado em 24.8.2010, DJe 1.10.2010)

Destaco ainda que, em 28.8.2014, o teor da Súmula 339 ganhou maior relevância com o julgamento do mérito do RE-RG 592.317, de minha relatoria, ocasião na qual, reconhecendo a repercussão da matéria, o Plenário reafirmou o entendimento de que não compete ao Poder

Judiciário conceder aumento a servidor público com base no princípio da isonomia, sob pena de usurpação de atribuições do Legislativo. Confira-se a ementa desse julgado:

“Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Administrativo. Servidor Público. Extensão de gratificação com fundamento no princípio da Isonomia. Vedação. Enunciado 339 da Súmula desta Corte. Recurso extraordinário provido”

Como demonstrado, há muito já havia preocupação com a exigência de reserva legal relacionada à remuneração dos servidores. Sobre o tema, na doutrina administrativista, destaca-se a lição do professor Hely Lopes Meirelles, que, ao tratar de reajuste de servidores e princípio da isonomia, defende:

“Em qualquer das hipóteses – aumento impróprio e reestruturação – podem ocorrer injustiças, pela inobservância do princípio da isonomia, tal como explicado acima. Nesse caso, porém somente a lei poderá corrigi-las, pois qualquer interferência do Judiciário nesta matéria constituiria usurpação de atribuições do Legislativo, consoante vêm decidindo reiteradamente nossos Tribunais e, finalmente, sumulou o STF”. (Grifo meu) (Direito Administrativo Brasileiro, 36ª edição, Ed. Malheiros, p. 14)

Reforçando a preocupação do STF com a matéria, em 16.10.2014, o Tribunal Pleno acolheu a Proposta de Súmula Vinculante n. 88, de minha autoria, convertendo a Súmula 339 na Súmula Vinculante n. 37.

Na oportunidade, o Presidente da Corte, Min. Ricardo Lewandowski, bem resumiu a problemática ao assentar que “a vedação ao reajuste de vencimentos de servidores públicos, a título de isonomia salarial, por meio de decisões judiciais é entendimento há muito consolidado por este Plenário em verbete não vinculante, que vem sendo aplicado, segundo informa a Secretaria de Documentação, em inúmeros julgados do Pleno e das Turmas desta Casa”.

Na linha do que reiteradamente decidido pelo STF, destaco que a Segunda Turma, recentemente, ao julgar o ARE-AgR 841.799, Rel.

Min. Teori Zavascki, em que se discutia o reajuste de 24% sobre a remuneração de servidor público do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, entendeu, em conformidade com a Súmula Vinculante 37 e a Súmula 339 do STF, não ser possível ao Poder Judiciário ou à Administração Pública aumentar vencimentos ou estender vantagens a servidores públicos civis e militares regidos pelo regime estatutário, com fundamento no princípio da isonomia.”

Ressalte-se que a Advocacia-Geral da União obteve êxito no Supremo Tribunal Federal, sobrestando o pagamento dos valores reconhecidos administrativamente, e confirmando, no mérito das Reclamações n.º 14.872 e 23.563, que a concessão do referido reajuste implica grave violação à Súmula Vinculante n.º 37.

Nesse contexto, cumpre destacar que, em 07/06/2016, o saudoso Min. Teori Zavascki, do c. STF, ao apreciar a Reclamação n.º 24.269/DF, proferiu decisão deferindo a liminar “*para suspender os efeitos do ato reclamado (Questão Administrativa 153-21.2015.7.00.0000)*” em relação aos servidores da Justiça Militar da União.

Igualmente, no bojo da Reclamação n.º 24.270/DF, o referido Ministro proferiu decisão deferindo liminar “*...para suspender os efeitos do ato reclamado (Processo n.º CJF-ADM-2015/00035)*” em relação aos servidores do Poder Judiciário Federal.

De igual sorte, o e. Min. Roberto Barroso, no bojo da Reclamação n.º 24.271/DF, proferiu decisão deferindo a liminar “*para suspender o processo no qual foi prolatada a decisão reclamada, assim como os efeitos da referida decisão, de modo a impedir o pagamento de rubrica referente aos 13,23%*” em favor dos servidores do Superior Tribunal de Justiça.

Sob os mesmos fundamentos, a e. Min. Carmen Lúcia concedeu liminar em mandado de segurança “*para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Conselho Nacional do Ministério Público nos Pedidos de Providências Administrativas ns. 0.00.000.000419/2015-56, 0.00.000.000467/2015-44 e 0.00.000.000471/2015-11.*”

Outrossim, foram deferidas medidas liminares na Reclamação n.º 23.712¹⁴, pelo Min. Gilmar Mendes, para suspender os efeitos da decisão que determinou a incorporação do índice de 13,23% aos vencimentos de servidora pública federal, e na

Reclamação nº 23.820^[2], pelo e. Min. Marco Aurélio Mello, integrante da Primeira Turma do c. STF.

De igual forma, no bojo da RECLAMAÇÃO Nº 25.405/DF, o Supremo Tribunal Federal cassou a decisão proferida pela primeira turma do STJ, no Recurso Especial nº 1.536.597, ante a violação da súmula vinculante nº 37^[3], determinando que outra decisão seja proferida em observância à mencionada Súmula.

Pelo exposto, mostra-se que é inviável a concessão de reajuste de 13,23% sob o argumento de isonomia, o que pode ensejar, inclusive, o ajuizamento de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos do § 3º do art. 103-A da Constituição Federal, conforme amplamente demonstrado.

CONCLUSÃO

Portanto, pela análise da jurisprudência, notadamente da aplicação pelo Supremo Tribunal Federal de suas Súmulas Vinculantes n. 10 e 37, nas mais diversas reclamações ajuizadas pela União, ao afastar a aplicação de norma submetida e aprovada pelo Poder Legislativo por Órgão Colegiado, a fim de julgar procedente os pedidos de incidência do reajuste de 13,23% sobre a remuneração dos mais diversos autores, sem obedecer à necessária Reserva de Plenário (art. 97 da Constituição da República), houve afronta a autoridade da Súmula Vinculante nº 10.

Impõe-se, diante disso, o reconhecimento de que o órgão fracionário do Tribunal, nestes casos, deixou de aplicar a norma sem declará-la inconstitucional, violando, de maneira direta, a Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal, dada a ofensa à cláusula de reserva de plenário.

Além do mais, ficou decidido que é inviável a concessão de reajuste de 13,23% sob o argumento de isonomia, nos termos da Súmula Vinculante n. 37, o que enseja, inclusive, o ajuizamento de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos do § 3º do art. 103-A da Constituição Federal, conforme amplamente demonstrado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Lei n. 10.698, de 2 de julho de 2003. Dispõe sobre a instituição de vantagem pecuniária individual devida aos servidores públicos civis da Administração Federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.698.htm.

BRASIL. Lei n. 10.697, de 2 de julho de 2003. Dispõe sobre a revisão geral e anual das remunerações e subsídios dos servidores públicos federais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, das autarquias e fundações públicas federais, de que trata a Lei nº 10.331, de 18 de dezembro de 2001, referente ao ano de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.697.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 14872, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 31/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-135 DIVULG 28-06-2016 PUBLIC 29-06-2016)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 23712 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 22/04/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-082 DIVULG 27/04/2016 PUBLIC 28/04/2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 23820 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 17/05/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-106 DIVULG 23/05/2016 PUBLIC 24/05/2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 25.405/DF, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 21/02/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-039 DIVULG 01/03/2017 PUBLIC 02/03/2017.

DESAPROPRIAÇÃO: PRECURSORA DO DESENVOLVIMENTO DO BRASIL

ANDRÉIA MARIA LEITÃO GONÇALVES: Bacharelanda do curso de Direito, da Universidade Brasil- Campus Fernandópolis/SP.

Ailton Nossa Mendonça

(Orientador)[1]

RESUMO: O presente trabalho versa sobre a desapropriação por utilidade pública, objetivando analisar o Decreto-Lei 3.365, de 21 de junho de 1941 e apresentando uma reflexão acerca do desenvolvimento que as obras visam trazer para o país. Os dados aqui apresentados foram obtidos por meio de pesquisas de literatura disponível em artigos, doutrinas e jurisprudências. O método indutivo estará presente nesta pesquisa, com uma análise dos procedimentos de desapropriação segundo o referido decreto.

Palavras-chave: Desapropriação, Interesse Público, Desenvolvimento.

ABSTRACT: The present work deals with the expropriation by public utility, aiming to analyze Decree-Law 3.365, of June 21, 1941 and presenting a reflection about the development that the works aim to bring to the country. The data presented here were obtained through literature searches available in articles, doctrines and jurisprudence. The inductive method will be present in this research, with an analysis of the expropriation procedures according to said decree.

Keywords: Expropriation, Public Interest, Development.

SUMÁRIO: RESUMO; ABSTRACT; INTRODUÇÃO; 1.DESAPROPRIAÇÃO; 1.1 OBJETO; 1.2 PRESSUPOSTOS; 1.2.1 INTERESSE PÚBLICO; 1.2.2 INTERESSE SOCIAL; 1.3 ESPÉCIES; 1.4 PROCEDIMENTOS; 1.5 COMPETÊNCIA; 1.5.1 Competência legislativa; 1.5.2 Competência declaratória; 1.5.3 Competência executória; 2. OBRAS NO BRASIL; 2.1 FERROVIA NORTE SUL; 2.1.1 TRECHO ENTRE UNIÃO DE MINAS/MG A ESTRELA D'OESTE/SP; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Partindo do pressuposto de que a desapropriação é a intervenção do Poder Público na propriedade privada, retirando ou restringindo os direitos do particular, para atender a necessidade, utilidade pública ou o interesse social, o presente trabalho objetiva analisar os aspectos da desapropriação como precursora do desenvolvimento para o Brasil, tendo como foco a Ferrovia Norte e Sul, que ligará as cidades do Brasil, iniciando por Barcarena - PA e finalizando na cidade de Rio Grande - RS.

Serão analisados os benefícios e as consequências deste empreendimento para que o desenvolvimento aconteça. Juridicamente, este empreendimento está amparado pelo [Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941](#) que dispõe sobre as desapropriações por utilidade pública, determinando quais as situações^[AG1] e os procedimentos a serem adotados. Ademais, a Constituição Federal Brasileira de 1988 também regulamenta este instituto e ambos serão analisados nesse estudo.

1. DESAPROPRIAÇÃO

A intervenção do Estado no direito de propriedade decorre do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Sendo assim, o ente estatal poderá limitar os direitos individuais, na busca da satisfação de necessidades coletivas, restringindo o uso da propriedade ou, retirando-a do particular, desde que justificada sua conduta.

A desapropriação é procedimento no qual o ente público determina a retirada de bem privado do seu proprietário, para que esse faça parte do patrimônio público, sempre embasado nas necessidades coletivas, mediante o pagamento de indenização, previamente definida e de forma justa. Trata-se de uma forma originária de aquisição da propriedade. Sendo assim, o bem chega ao acervo do Estado livre de quaisquer ônus de natureza real.

A Constituição Federal (CF) justifica a possibilidade de intervenção na propriedade. Como exemplo, temos o art. 5º, XXIV, que admite a desapropriação de bens por razões de utilidade ou necessidade pública ou mesmo por motivo de interesse social, desde que mediante o pagamento de indenização prévia, justa e em dinheiro.

1.1 OBJETO

Todos os bens de valor econômico sejam eles móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, públicos ou privados estão suscetíveis de desapropriação, assim como também o direito de créditos e ações referentes à cota de sociedades em pessoas jurídicas.

No que tange aos bens públicos, o Decreto-Lei 3.365/41 admite a desapropriação desde que respeitada a "hierarquia federativa", ou seja, desde que a tomada do bem seja feita do ente mais abrangente para o menos abrangente. Neste sentido, a União poderá desapropriar bens pertencentes aos estados e municípios e os estados poderão desapropriar bens municipais, não se admitindo o contrário. Em todos os casos, a desapropriação depende de previsão em lei, expedida pela entidade expropriante. Porém, há limitações para a aquisição coercitiva de direitos e bens, como por exemplo, os direitos personalíssimos, a moeda corrente no país e as pessoas.

1.2 PRESSUPOSTOS

Para que a desapropriação seja executada, é preciso que dois pressupostos estejam presentes, de forma cumulativa:

1.2.1 INTERESSE PÚBLICO

a) Por utilidade pública:

O interesse público por meio de demonstração de utilidade pública ressalta a necessidade de utilizar o bem diretamente, seja para uma obra pública ou para a prestação de um serviço.

b) Por necessidade pública:

Trata-se das mesmas hipóteses da situação de utilidade, acrescida da urgência na solução do problema.

1.2.2 INTERESSE SOCIAL

Busca garantir a função social da propriedade, reduzir desigualdades e conferir uma destinação ao bem expropriado.

Neste sentido, dispõe o art. 5º, XXIV, da CF.

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

Tais hipóteses não são taxativas e devem ser analisadas de acordo com critérios de oportunidade e conveniência. Porém, a ausência de qualquer uma delas enseja a nulidade do ato.

1.3 ESPÉCIES

A CF regulamenta todas as espécies de desapropriação, porém, esse estudo tratará tão somente da desapropriação comum, regulamentada no art. 5º, XXIV da Carta Magna. Nesta espécie, o valor indenizatório deve ser prévio, justo e em dinheiro, como forma de contraprestação, pela perda da propriedade imposta ao cidadão, a fim de beneficiar a sociedade, baseando-se assim no princípio da isonomia.

A indenização justa é aquela que abarca o valor de mercado do bem a ser expropriado, os danos emergentes decorrentes da perda da propriedade, os lucros cessantes comprovados, acrescidos de correção monetária, a partir da avaliação do bem. Se efetivada na via judicial, acrescenta ainda os honorários advocatícios e, quando couber, os juros moratórios e compensatórios.

O valor de mercado do bem deve ser baseado mediante uma avaliação atualizada e considerando também aspectos intrínsecos, como, por exemplo, valor histórico ou artístico da coisa.

As benfeitorias feitas até a declaração de utilidade pública ou interesse social, também serão indenizadas, com exceção das úteis e necessárias, pagas mesmo que executadas após da referida data. Ademais, as áreas com cobertura vegetal serão indenizadas com valor específico, diverso do atribuído à terra nua.

Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello dispõe que a indenização justa:

(...) é aquela que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene, sem prejuízo algum em seu patrimônio. Indenização justa é a que se consubstancia em importância que habilita o proprietário a adquirir outro bem perfeitamente equivalente e o exime de qualquer detrimento.

José dos Santos Carvalho Filho entende que o pagamento em espécie é exigido para permitir que o expropriado possa, em tese, adquirir bem idêntico ao que constituiu objeto da desapropriação.

1.4 PROCEDIMENTOS

A desapropriação deve ser efetivada em respeito a um procedimento administrativo definido em lei, no qual será garantido ao particular expropriado o direito ao contraditório e à ampla defesa. Em não sendo possível solucionar o problema administrativamente, a lei determina que seja realizado o procedimento na via judicial.

1.5 COMPETÊNCIA

Em matéria expropriatória, reconhecem-se três espécies de competência, sendo elas: legislativa, declaratória e executória.

1.5.1 Competência legislativa

Segundo o artigo 22, inciso II, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre a desapropriação, portanto, a competência para fazer leis e produzir normas, é exclusiva da União. Competindo subsidiariamente aos estados, mediante lei complementar que os autorize, a legislar sobre questões específicas.

1.5.2 Competência declaratória

É a atribuição para declarar a utilidade ou necessidade pública e o interesse social. Esta por sua vez é concorrente, de todos os entes federativos, desde que sejam entes políticos. Em se tratando dos estados e municípios, é necessário que se respeite a limitação territorial, garantindo assim a independência dos entes federativos.

1.5.3 Competência executória

É atribuída, inicialmente, ao ente federativo que declarou a utilidade pública ou interesse social. Nestes casos, a competência é incondicionada. Porém, se admite a delegação da competência executória para entes da Administração Indireta, para concessionárias de serviços públicos, para consórcios públicos, firmados nos moldes da lei 11.107/05 e, até mesmo para o contratado pelo Poder Público para fins de execução de obras e serviços de engenharia sob os regimes de empreitada por preço global, empreitada integral e contratação integrada. Estas entidades não têm competência para decretar o interesse no bem, mas poderão promover a desapropriação, mediante o pagamento do valor indenizatório e imissão na propriedade.

Neste sentido o Decreto Lei 3.365/41, em seu art. 3º, dispõe que:

Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam

funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato.

Por fim, resta concluir que a União acumula as três competências. Os estados, o Distrito Federal e os Municípios cumulam as competências declaratórias e executórias e alguma competência legislativa. Enquanto as demais pessoas, quando autorizadas por lei, decreto ou contrato, possuem a executória.

1.6 FASES DO PROCEDIMENTO

O procedimento expropriatório acontece em duas fases distintas, sendo elas a fase declaratória, quando há a declaração efetivada pelo poder público, mediante decreto expropriatório ou lei de efeitos concretos, informando a utilidade ou necessidade pública ou o interesse social no bem do particular; conseqüentemente estará esse bem sujeito à força expropriatória do estado; e a segunda, a fase executória, onde há a execução da desapropriação, mediante o pagamento da indenização justa, prévia e em dinheiro e imissão na propriedade.

Havendo consenso entre o poder público e o particular em relação ao valor indenizatório a ser pago pelo bem, o procedimento poderá se desenvolver integralmente na via administrativa. Caso contrário, quando o particular discorda do valor ofertado pelo Estado, a fase executória ocorre na via judicial, mediante a propositura de ação de desapropriação.

2. OBRAS NO BRASIL

O Brasil vive em constante crescimento e para isso, inúmeras são as obras que necessitam da desapropriação para viabilizar a sua construção. Rodovias, redes elétricas, estações de saneamento são alguns exemplos. No presente trabalho destacamos a Ferrovia Norte Sul, um importante empreendimento que diminuirá a distância entre o norte e o sul do país, possibilitando a distribuição e comercialização de produtos, para todo o Brasil.

2.1 FERROVIA NORTE SUL

A Ferrovia Norte Sul (FNS), de Barcarena/PA a Rio Grande/RS, foi projetada para promover a integração nacional, minimizar custos de transporte e interligar as regiões brasileiras, por meio das suas conexões com ferrovias novas ou já existentes. Começou a ser construída na década de 1980, a partir de sua ligação com a Estrada de Ferro Carajás (EFC). O traçado inicial previa a construção de 1.550 quilômetros, de

Açailândia/MA a Anápolis/GO, de modo a cortar os Estados do Maranhão, Tocantins e Goiás. Com a Lei nº 11.772, de 17 de setembro de 2008, foram incorporados a esse traçado os trechos de Barcarena/PA a Açailândia/MA e de Ouro Verde/GO a Panorama/SP.

Em 2012, a VALEC - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A, empresa pública federal, responsável pela construção da ferrovia, concluiu o Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA) dos trechos Barcarena/PA a Açailândia/MA e de Estrela d'Oeste/SP a Panorama/SP. Com isso, será concluída a ligação ferroviária com extensão 4.787 quilômetros, em bitola larga, o que vai configurar uma verdadeira espinha dorsal dos transportes ferroviários.

2.1.1 TRECHO ENTRE UNIÃO DE MINAS/MG A ESTRELA D'OESTE/SP

Por ser uma obra extensa, optou-se por dividir toda a extensão em lotes, onde várias empresas, vencedoras de licitações tratariam da desapropriação. Na região sudeste está o denominado Lote 5, que corresponde as cidades dos estados de Minas Gerais e São Paulo começando na cidade de União de Minas/MG e finalizando em Estrela d'Oeste/SP, totalizando 140,99 km de extensão.

Para a construção da ferrovia são desapropriados 40 metros para a direita e 40 metros para a esquerda do eixo, denominada faixa de domínio, o que totaliza 80 metros de largura.

Após traçado o percurso por onde a ferrovia será construída, são feitos estudos técnicos, a fim de determinar o valor pago a cada proprietário a título de indenização sobre a terra nua e as benfeitorias ali existentes. Os valores são calculados considerando o relevo, a hidrografia, o acesso e a distância de áreas pavimentadas. Por fim é oferecido o valor que se calculou aos proprietários, que por sua vez, podem ou não aceitá-los. Aceitando o valor proposto, lavra-se uma escritura pública de desapropriação amigável e deposita-se o valor na conta do expropriado. No lote 5, foram lavradas 120 escrituras, sendo 96 de terras nuas e 24 de benfeitorias. Na hipótese da não aceitação do valor, há a instauração de um processo judicial, perante a justiça federal da circunscrição da cidade do imóvel. São 110 processos judiciais no referido trecho. Sendo que 22 já transitaram em julgado e 88 ainda estão sendo discutidos.

CONCLUSÃO

Com o presente estudo, pode-se concluir que a desapropriação é uma grande aliada no desenvolvimento do país. Tais empreendimentos ferroviários, quando concluídos, irão promover a integração nacional, por meio das suas conexões com ferrovias novas e existentes, ligando o país de Norte a Sul e possibilitarão a ocupação econômica e social de diversas áreas, hoje, pouco desenvolvidas, mas que demonstram grande potencial produtivo.

Além de minimizar custos de transportes de longa distância e interligar regiões brasileiras, aumentará a competitividade dos produtos brasileiros. No aspecto social, a possibilidade de articulação de diferentes ramos de negócios proporcionada pela implantação desses empreendimentos, contribuirá para aumento da renda interna e para o aproveitamento e melhor distribuição da riqueza nacional, com a abertura de novas frentes de trabalho.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 23. ed. 2012.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo** - 4. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2017.

Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: . Acesso em 29 ago. 2016.

Decreto-lei nº 1.075, de 22 de janeiro de 1970. Disponível em: . Acesso em 28 ago. 2016.

Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Disponível em: . Acesso em 29 ago. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 26. ed. 2009.

NOTAS:

[1] Graduação em Matemática pela Centro Universitário de Votuporanga (1983), graduação em Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto (1997), especialização em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto (1999), mestrado em Direito Público pela Universidade de Franca (2000) e doutorado em Direito Empresarial pela Universidade de Extremadura (2002). Atualmente é assessor jurídico da Prefeitura Municipal de Fernandópolis e professor da Universidade Brasil

REFORMA DA PREVIDÊNCIA, REGIME PREVIDENCIÁRIO E DIREITO DE OPÇÃO DOS SERVIDORES EGRESSOS DE OUTROS ENTES DA FEDERAÇÃO: ALGUMAS QUESTÕES EM ABERTO

ARTUR BARBOSA DA SILVEIRA: Procurador do Estado de São Paulo (PGE/SP). Principais cargos públicos anteriormente exercidos: Advogado da União (AGU), Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Analista Processual do Ministério Público da União (MPU).

RESUMO: O presente artigo enfrenta, com base na doutrina, na jurisprudência e na análise da legislação e do texto constitucional, a seguinte questão, ainda sem posicionamento definitivo do Poder Judiciário e sem os reflexos da provável aprovação da Reforma da Previdência Social: servidor público anteriormente pertencente a determinado ente da federação, ao ingressar em cargo público de outro ente federativo sem solução de continuidade, tem ou não direito à opção de permanecer no regime previdenciário anterior?

Palavras-chave: Regime. Previdenciário. Público. Direito. Opção.

ABSTRACT: Based on the doctrine, jurisprudence and analysis of the legislation and the constitutional text, the present article faces the following question, still without definitive positioning of the Judiciary and without the reflex of the probable approval of the Reform of the Social Security: a public servant formerly belonging to a specific entity of the federation, when joining public office of another federal entity without continuity, has or does not have the right to remain in the previous social security system?

Keywords: Regime. Pension. Public. Right. Option.

Sumário: 1. Introdução. 2. Previdência Pública Complementar: evolução constitucional e legal. 3. Regime previdenciário e direito de opção dos servidores: o entendimento da Administração Pública. 4. A ausência de manifestação definitiva do Poder Judiciário sobre o assunto. 5. Reflexos da provável aprovação da Reforma da Previdência. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Um dos temas mais relevantes no Direito Previdenciário, tanto atualmente quanto em relação aos próximos anos, cuja análise é justificada pela sua importância e

repercussão social, política, jurídica e orçamentária, é a obrigatoriedade ou não da submissão ao novo regime previdenciário dos servidores públicos que já ocupavam cargos públicos em determinado ente da federação e que, sem solução de continuidade, ingressaram em um novo cargo público pertencente a outra esfera de poder posteriormente à instituição do regime de previdência complementar por esse último ente federativo.

Isso porque, autorizados pelo comando constitucional, a União e diversos entes federativos disciplinaram, mediante leis próprias, o regime de previdência complementar, a exemplo da lei federal nº 12.618/2012 que, regulamentando os parágrafos 14, 15 e 16 do artigo 40 da Constituição Federal, autorizou a criação das Fundações de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), do Legislativo (Funpresp-Leg) e do Judiciário (Funpresp-Jud).

Em relação àqueles que já eram servidores públicos no momento da entrada em vigor do regime complementar, o texto constitucional é expresso e não deixa dúvidas: somente serão submetidos às novas regras mediante sua prévia e expressa opção.

Entretanto, a discussão emerge em relação aos servidores que ingressaram no serviço público após a criação do regime complementar, mas que já ocupavam anteriormente cargos públicos em outro ente federativo, sem o rompimento de vínculo com a Administração Pública: esses últimos possuem ou não direito de opção ao antigo regime previdenciário, escapando, assim, das regras mais rigorosas previstas no novo regime de previdência complementar?

Colocada a problematização, o presente artigo, embora não objetive esgotar o tema em referência, irá enfrenta-lo com base em pesquisa doutrinária e jurisprudencial, bem como na análise do texto expresso da Constituição Federal de 1988.

2. PREVIDÊNCIA PÚBLICA COMPLEMENTAR: EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL

Inicialmente, é importante referir que o regime previdenciário dos servidores públicos passou por diversas mudanças desde a vigência da Constituição Federal de 1988, mormente a partir da Emenda Constitucional nº 20 de 1998, uma vez que o Estado brasileiro, a cada dia, vislumbra uma maior necessidade de economia dos recursos públicos (termo mais conhecido por enxugamento da máquina

administrativa), encontrando, como uma das alternativas mais eficientes, a aproximação do regime previdenciário público com o regime geral de previdência social, coberto pelo INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), cujo teto é limitado por ato do Poder Executivo.

De acordo com a doutrina, as profundas modificações do regime previdenciário dos servidores públicos promovidas pelo Estado brasileiro objetivam, em última análise, unificar a previdência social pública e privada de forma paulatina, reduzindo os proventos de aposentadoria e pensão dos servidores públicos, observadas, entretanto, as situações já consolidadas com base na legislação em vigor no momento das referidas modificações.

Nesse sentido, a esclarecedora lição de DI PIETRO (2010)^[1]:

“As bases para a chamada reforma previdenciária foram lançadas pela Emenda Constitucional nº 20/98. O objetivo último é de reduzir os benefícios sociais – mais especificamente proventos de aposentadoria e pensão – dos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos e seus dependentes, colocando-os, paulatinamente, nos mesmos patamares vigentes para o regime geral de previdência social, que inclui o trabalhador do setor privado e os servidores não ocupantes de cargo efetivo. O que se objetiva, na realidade, é a unificação da previdência social. Não podendo ser feita de imediato, tendo em vista as situações consolidadas com base na legislação vigente, pretende-se alcançar esse objetivo de forma paulatina.”

A Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/1998, modificou o art. 40 da Constituição Federal de 1988, que passou a prever, no seu §14, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituem regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata aquele artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Carta Magna.

O §15 do art. 40 da Constituição Federal, com a redação atual atribuída pela Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003, determina que, observado o disposto no art. 202 da Carta Magna, o regime de previdência complementar referido no § 14

do mesmo dispositivo será instituído por lei complementar do respectivo Poder Executivo.

Em arremate, o §16 da do art. 40 da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998, estabelece que, somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos parágrafos 14 e 15 do mesmo artigo poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar.

Seguindo o comando constitucional, o Estado de São Paulo editou a Lei nº 14.653, de 22/12/2011^[2], prevendo a instituição do regime de previdência complementar a que se refere o artigo 40, §§ 14 e 15 da Constituição Federal, sendo que a São Paulo Previdência - SPPREV passou a ser entidade gestora única, tendo por finalidade administrar o Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos titulares de cargos efetivos - RPPS e o Regime Próprio de Previdência dos Militares do Estado de São Paulo – RPPM.

Posteriormente, em razão da edição da Portaria SPPREV 020, de 04/02/2015, publicada no Diário Oficial do Estado de São Paulo de 05/02/2015^[3], foi estabelecida a data-base de 21 de janeiro de 2013, ocasião em que foi efetivamente instituído o Regime de Previdência Complementar do Estado de São Paulo pela Portaria da Diretoria de Análise Técnica n.º 19, publicada no Diário Oficial da União na mesma data. Assim, os funcionários públicos ingressos no Poder Executivo paulista após 21 de janeiro de 2013 passaram a ser enquadrados na nova sistemática previdenciária.

Em relação à União, tal regime complementar foi instituído por meio da Lei federal nº 12.618, de 30/4/2012^[4], que, além de instituir o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, fixou o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição Federal, autorizando, ainda, a criação de 3 (três) entidades fechadas de previdência complementar, denominadas Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp-Leg) e Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud).

Com o Decreto federal nº 7.808, de 20/09/2012^[5], foi criada a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo - Funpresp-Exe para administrar o plano de previdência dos servidores públicos do Executivo - ExecPrev.

O Poder Legislativo Federal optou por não ter uma fundação própria delegando à Funpresp-Exe a administração do plano de previdência para os servidores da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Tribunal de Contas da União, o LegisPrev.

Em 04 de fevereiro de 2013, a partir de autorização da Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc), a Funpresp-Exe iniciou a administração do ExecPrev que atualmente conta com 202 patrocinadores, entre órgãos da administração direta, autarquias e fundações públicas federais.

Assim, todos os servidores públicos que ingressaram no Poder Executivo Federal a partir de 4/2/2013 passaram a ter duas opções: contribuir apenas para o RPPS - Regime Próprio de Previdência Social e ter sua aposentadoria limitada ao teto do RGPS ou vincular-se à previdência complementar, sendo tal opção irretratável.

Ressalte-se que foi assegurado aos servidores que, sem solução de continuidade com a Administração, ingressaram no serviço público Federal antes da vigência do novo regime, o direito de aderir à previdência complementar ou permanecer no sistema previdenciário anterior.

3. REGIME PREVIDENCIÁRIO E DIREITO DE OPÇÃO DOS SERVIDORES: O ENTENDIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Traçadas as linhas básicas sobre o tema no âmbito federal e no Estado de São Paulo, a questão que se coloca é a seguinte: os servidores oriundos de outro ente federativo que, sem solução de continuidade, ingressarem em cargo público federal, estadual ou municipal, fazem jus ou não à manutenção do regime previdenciário anterior?

Administrativamente, a resposta é negativa aos servidores, tanto em relação à União, quanto em relação ao Estado de São Paulo.

No tocante à União, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), seguindo os termos do parecer da Advocacia-Geral da União (Parecer nº 009/2013/JCBM/CGU/AGU), publicou a Orientação Normativa nº 02, de 13 de abril de 2015^[6], no sentido de que os servidores estaduais, municipais e distritais que ingressaram em cargo público efetivo do Poder Executivo Federal, a partir de 04/02/2013, estão submetidos ao regime de Previdência Complementar, independente de solução de continuidade entre os cargos.

Segundo o art. 2º da referida orientação normativa, estão sujeitos ao regime de previdência complementar de que trata a Lei nº 12.618, de 2012, e conseqüentemente, terão suas contribuições previdenciárias submetidas ao limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social:

“I - os servidores públicos federais que tenham ingressado ou venham a ingressar em cargo público efetivo do Poder Executivo Federal a partir de 4 de fevereiro de 2013;

II - os servidores públicos federais egressos de órgãos ou entidades de quaisquer dos entes da federação que tenham ingressado ou venham a ingressar em cargo público efetivo do Poder Executivo Federal a partir de 4 de fevereiro de 2013;

III - os servidores públicos federais egressos das carreiras militares que tenham ingressado ou venham a ingressar em cargo público efetivo do Poder Executivo Federal após 4 de fevereiro de 2013; e

IV - os servidores antes integrantes da Polícia Civil, da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal que tenham ingressado ou venham a ingressar em cargo público efetivo no Poder Executivo Federal a partir de 4 de fevereiro de 2013.”

Ou seja, o MPOG conferiu interpretação restritiva à expressão "serviço público" do art. 40, par. 16º, Constituição Federal. Desse modo, os servidores que se encaixam na situação acima e que aderirem à previdência complementar terão garantido apenas um benefício especial, que equivale a uma compensação, a título de incentivo, dos valores já pagos ao RPPS durante o período de contribuição, nos termos do art. 4º da orientação normativa.

O que se observa, portanto, é que Administração Pública Federal é enfática em negar a faculdade de opção aos servidores públicos egressos de outros entes da federação (estados e municípios) após a vigência do regime de previdência complementar federal (Lei n. 12.618/2012), mesmo não havendo solução de continuidade no referido ingresso. Isso porque, segundo a União, aplica-se ao caso a já consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de que não há se falar em direito adquirido a regime jurídico.

Com referência ao Estado de São Paulo, a Procuradoria Geral do Estado emitiu o Parecer PA nº 7/2013^[7], no sentido de ser dada interpretação restritiva ao comando do art. 40, § 16 da Constituição Federal, nos termos da seguinte ementa do referido parecer:

“CONSTITUCIONAL. AGENTE PÚBLICO. SERVIDOR PÚBLICO. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR.

Fixação pelo Estado de São Paulo, para o valor das aposentadorias e pensões concedidas pelo regime próprio de previdência social, do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social. Possibilidade restrita àqueles que ingressaram no serviço público a partir da data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar. Instituição compreendida como processo que se estende da criação do regime pela lei à autorização de operação do plano de benefícios concedida pelo órgão regulador e fiscalizador federal. Inteligência do artigo 40, parágrafos 14 a 16, da Constituição da República. Interpretação conforme a Constituição do artigo 10, parágrafo 10, e do artigo 30 da Lei Estadual n.o 14.653, de 22 de dezembro de 2011. Simples autorização genérica, contida nesses dispositivos legais, para que o Poder Executivo venha, oportunamente, a impor a limitação do valor dos benefícios do regime próprio ao teto do regime geral e a admitir a adesão de servidores ao regime complementar. Invalidez de disposições do Comunicado Conjunto CC/SF/SGP n.o 1, de 3 de fevereiro de 2012, e de preceitos do regulamento do plano de benefícios "PREVCOM RP". Impossibilidade de retroação dos efeitos da adesão ao plano de benefícios a data anterior à publicação do ato de instituição do regime de previdência complementar. Ingresso no

serviço público como entrada em exercício. Investidura como ato complexo.

Dentre o universo dos agentes públicos estaduais que se submetem ao regime de aposentadorias e pensões do artigo 40 da Constituição da República, sujeitam-se ao limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral da previdência social e assim contribuem dentro desse mesmo limite exclusivamente os que venham a entrar em exercício no serviço público a partir de 21 de janeiro de 2013, aos quais se faculta a adesão ao regime de previdência complementar com possibilidade de efeitos financeiros retroativos à data do exercício, contanto que exista previsão no regulamento do plano de benefícios correspondente.”

Sob a ótica da Procuradoria do Estado de São Paulo, quando o art. 40, § 16 da Carta Magna diz “serviço público”, tal expressão contém implicitamente os termos “federal”, “estadual”, “municipal” e “distrital”, não sendo todo tipo de serviço público que garante o direito de opção do servidor, mas somente aquele serviço público prestado ao mesmo ente federativo.

O Ministério Público do Estado de São Paulo (MP/SP) possui entendimento divergente ao da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, no sentido da inaplicabilidade do regime de previdência complementar previsto no art. 40, §§14 a 16 da Constituição Federal de 1988 àqueles que já eram servidores públicos da União, de outros Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e que ingressaram no Ministério Público de São Paulo após a vigência da Lei Estadual nº 14.653/11, desde que não haja solução de continuidade. Nesse sentido, transcreve-se o despacho do Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, proferido em 21/06/2012 no protocolado nº 86.773/2012:

“DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA,
de 21.06.2012

Protocolado n. 86.773/12

Interessado: Área de Preparação e Controle de Pagamento de
Pessoal

Objeto: consulta referente ao regime de previdência complementar instituído pela Lei Estadual n. 14.653, de 22 de dezembro de 2011.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. CONSULTA. REGIME PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR.

1. O regime de previdência complementar previsto no art. 40, §§ 14 a 16, CF/88, não se aplica àqueles que ingressaram no MPESP após a vigência da Lei Estadual n. 14.653/11 e que já eram servidores públicos da União, de outros Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, desde que não haja solução de continuidade, pois, o § 16 do art. 40 CF/88 não aninha a distinção promovida pelo legislador estadual em favor exclusivamente dos servidores públicos estaduais.

2. Ademais, em se tratando de ingresso de membro do MP de outra esfera federativa não se pode obnubilar o caráter nacional e unitário da instituição. 3. À luz do art. 40, § 14, CF/88, enquanto não instituído o regime de previdência complementar cuja efetividade depende da implantação dos planos de benefícios, membros e servidores admitidos no MPESP estão sujeitos ao regime próprio de previdência social dos servidores públicos, incidindo a contribuição previdenciária sobre a remuneração global respectiva com as ressalvas legais, não se podendo limitar sua contribuição ao teto do regime geral da previdência social e não inscrevê-los obrigatoriamente no regime de previdência complementar.”[\[8\]](#)

No Ministério Público da União (MPU), o Procurador-Geral da República, acolhendo Parecer nº 328/2014, de 28 de maio do mesmo ano, da Assessoria Jurídica Administrativa da Secretaria Geral, fixou entendimento no sentido da aplicabilidade do regime complementar de previdência social aos militares egressos da União, estados e Distrito Federal que ingressaram no MPU após o início da Funpresp-JUD[\[9\]](#).

4. A AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DEFINITIVA DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE O ASSUNTO

Na realidade, a questão colocada ainda está em aberto perante o Poder Judiciário, especialmente em relação aos Tribunais Superiores.

No âmbito federal, a título de exemplo, temos que o órgão de classe que representa os Advogados da União (ANAUNI) ajuizou a Ação Ordinária n. 42311-69.2013.4.01.3400[10], com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, que tramita perante a 9ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, objetivando garantir que a opção daqueles advogados públicos pelo regime de previdência complementar da União seja retratável e revogável até o final da demanda, de sorte que a escolha definitiva - irretratável e irrevogável - seja realizada apenas quando, após o trânsito em julgado do feito, seja aberta ao agente público a possibilidade de aderir ao regime de previdência anterior.

Ressalte-se que, no processo supra, foi indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela em 12/08/2013, o que ensejou a interposição do Agravo de Instrumento nº 0051276-51.2013.4.01.0000/DF pela mencionada associação de classe, sendo que, em 30/09/2013, o relator do Tribunal Regional Federal da 1ª Região deferiu o pedido de efeito suspensivo, suspendendo os efeitos do § 8º do art. 3º da Lei Federal n. 12.618/2012 somente para os servidores nomeados após a vigência do novo regime de previdência, que já detinham cargo público na esfera estadual, municipal ou distrital, que não tenham interrompido seu vínculo para assumir cargo público federal, até o trânsito em julgado do feito de origem.

Os autos principais da ação ordinária estão conclusos para sentença desde 04/08/2014.

No Estado de São Paulo, a Associação dos Procuradores do Estado, em razão de decisão tomada em assembleia de classe, ingressou com a Ação de Rito Ordinário, com pedido de tutela antecipada, sob o número 1030573-20.2015.8.26.0053, que tramita perante a 13ª Vara da Fazenda Pública da Capital do Estado de São Paulo, objetivando garantir o direito dos servidores vindos de outros entes federativos de optarem pelo regime previdenciário anterior.

Deferida a liminar naquela ação, a Fazenda do Estado de São Paulo interpôs o Agravo de Instrumento nº 2213100-82.2015.8.26.0000[11], ao qual foi atribuído efeito suspensivo, e, por fim, foi dado provimento ao recurso da Fazenda pela 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento ocorrido em 15/12/2015 (acórdão publicado em 18/12/2015 e transitado em julgado em 11/02/2016).

No ponto, veja-se que, até o momento, a manifestação mais conclusiva do Poder Judiciário sobre o mérito do tema se deu na Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, sob o número 2165511-31.2014.8.26.0000, que questiona a já referida Lei Estadual nº 14.653, de 22 de dezembro de 2011, em especial as expressões contidas nos artigos 1º, § 1º, e 3º, face à sua incompatibilidade com o art. 126, §§14 a 16 da Constituição do Estado de São Paulo.

Nessa ação, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sessão ocorrida em 08 de março de 2017, por maioria de votos, julgou a ação procedente, garantindo aos que já eram servidores de outros entes públicos a sua manutenção no regime jurídico anterior. Transcrevemos, pela sua importância, a ementa do julgado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR ESTADUAL - LEI ESTADUAL 14.653 DE 22 DE DEZEMBRO DE 2011. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE EXPRESSÕES CONTIDAS NO § 1º DO ART. 1º (“APLICA-SE AOS QUE INGRESSAREM NO SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DESTA LEI”) E NO ART. 3º (“DE QUE TRATA O § 1º DO ART. 1º DESTA LEI”). INSTITUIÇÃO DE LIMITAÇÕES PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO ESTADUAL INCOMPATÍVEIS COM OS PARÂMETROS FIXADOS PELO ART. 126, §§ 14 A 16, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. RATIFICAÇÃO DA LIMINAR PARA SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DAS EXPRESSÕES IMPUGNADAS. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO, COM RATIFICAÇÃO DA LIMINAR. RECLAMAÇÕES ATO NORMATIVO EDITADO PELA SPPREV QUE CONFERIU EFEITO EX NUNC PARA A LIMINAR. EFEITO EX TUNC É

DA ESSÊNCIA DA LIMINAR DEFERIDA NO CASO EM TELA. DESNECESSIDADE DE DECLARAÇÃO EXPRESSA DA RETROATIVIDADE EM VISTA DA ESPECIFICIDADES DA MATÉRIA. PROCEDÊNCIA DAS RECLAMAÇÕES, COM DETERMINAÇÃO.”

Entretanto, por se tratar de uma questão de interpretação da Constituição do Estado de São Paulo em simetria com a Constituição Federal (em especial o seu artigo 40, § 16), deverá ser levada ao Supremo Tribunal Federal, que dará a palavra final sobre o assunto.

5. REFLEXOS DA POSSÍVEL APROVAÇÃO DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA

A Proposta de Emenda Constitucional 287/2016 (Reforma da Previdência) traz em seu bojo diversos dispositivos aplicáveis aos servidores públicos, inclusive com a possibilidade de revogação de normas transitórias de emendas constitucionais anteriores (a exemplo das Emendas Constitucionais nºs 20/1998, 41/2003 e 47/2005. Os dispositivos em questão também tratam de regras constitucionais de transição para servidores públicos civis, que detém atualmente direito a diversos benefícios, tais como a paridade de vencimentos de aposentadoria e a integralidade remuneratória, de acordo com a data de ingresso no serviço público.

O relatório aprovado na Comissão Especial da Câmara dos Deputados no dia 04/05/2017 (ainda sujeito à análise do Plenário da Câmara e posteriormente do Senado Federal), prevê regras diferentes de acordo com a data de entrada no serviço público.

Desse modo, os servidores públicos – independentemente da esfera de poder – que ingressaram no serviço público após a criação dos regimes de previdência complementar (os chamados “novos servidores”), devem seguir as regras dos trabalhadores da iniciativa privada para o cálculo do valor de suas aposentadorias, ou seja, caso preencham os requisitos ali previstos, receberão 70% da média das contribuições efetivadas desde o ano de 1994, além de um percentual por ano de contribuição que exceder o limite mínimo de 25 anos de contribuição. A valor do benefício respeitará o teto de benefícios do regime geral de previdência social (atualmente fixado em R\$ 5.578,00), sendo corrigido anualmente pela inflação, e a

idade mínima para a aposentadoria será de 65 anos para os servidores homens e 62 para as servidoras mulheres, com regras de transição a partir de 60 anos para os servidores e 55 anos para as servidoras.

Ainda de acordo com o texto da PEC 287/2016, os servidores públicos ingressantes anteriormente à EC 41/2003, para se aposentarem com paridade e integralidade, deverão, além de contar com no mínimo 25 anos de contribuição, respeitar a idade mínima de 65 anos para os homens e 62 anos de idade para as mulheres; caso pretendam se submeter às regras de transição, tais servidores não poderão se beneficiar da paridade e da integralidade, sendo que o valor de suas aposentadorias estará limitado a 100% da média das contribuições, a contar do ano de 1994, podendo tal valor exceder ao teto do regime geral de previdência social.

Já os servidores públicos civis ingressantes a partir da EC 41/2003, mas antes da instituição dos respectivos regimes de previdência complementar, passarão a ter os seus benefícios limitados a 70% da média das contribuições a contar do ano de 1994, além de um percentual por ano de contribuição que exceder o limite mínimo de 25 anos de contribuição, valores esses a serem corrigidos anualmente pela inflação, e que poderão ultrapassar o teto do regime geral de previdência social.

É importante deixar claro que as regras acima se aplicam a quase todos os servidores públicos, ressalvados alguns casos de aposentadoria especial, tais como os professores e policiais, que terão regras mais flexíveis em relação à idade e ao tempo de contribuição.

À luz das explanações acima, entendemos que, independentemente de eventual julgamento dos Tribunais favorável aos servidores públicos no sentido da manutenção do regime previdenciário anterior, a provável aprovação da reforma da previdência irá causar profundas alterações nas regras da aposentadoria de todos os servidores públicos ativos e que não fizerem jus aos requisitos para aposentadoria no momento da publicação da referida Emenda, inclusive aqueles ingressantes anteriormente às Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003. Esses servidores, para manterem o direito à integralidade e à paridade, terão obrigatoriamente que, dentre outros requisitos, respeitarem a idade mínima para aposentadoria de 65 anos para homens e 62 anos para mulheres.

6. CONCLUSÃO

Concluimos que a questão do enquadramento dos servidores públicos egressos de outros entes da federação no novo regime de previdência complementar é controversa e que, apesar de tanta divergência de entendimentos, o Poder Judiciário ainda não se manifestou de forma definitiva sobre o tema.

Entretanto, já há posicionamento firme da Administração Pública nos âmbitos da União e do Estado de São Paulo no sentido de dar interpretação restritiva ao comando constitucional, enquadrando na nova sistemática previdenciária os servidores públicos egressos de outros entes federativos após a instituição do regime de previdência complementar.

No âmbito judicial, embora já haja um acórdão da Corte Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de ação direta de inconstitucionalidade estadual, que enfrentou o mérito da questão favoravelmente aos servidores públicos, o tema ainda será levado aos Tribunais Superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal, incumbindo a esse, como órgão constitucional ao qual foi atribuído o poder de guardião da Carta Magna, a tarefa de dar a palavra final sobre o assunto.

Por fim, independentemente da discussão acima, a provável aprovação da Reforma da Previdência irá causar profundas alterações nas regras da aposentadoria de todos os servidores públicos, inclusive os servidores antigos, ingressantes anteriormente às Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2013.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORRERA, Marcelo Carita. [Direito de opção pelo regime público de previdência complementar](#). Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4205, 5jan. 2015. Disponível em: . Acesso em: 24 nov. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ESTADO DE SÃO PAULO.

_____ **Portaria SPPREV nº 020, de 04/02/2015**. Disponível em: <https://proafr.files.wordpress.com/2015/02/loadarquivonoticia.pdf>. Acesso em 2/12/2015.

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589297>

_____ **Lei estadual nº 14.653, de 22/12/2011.** Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2011/lei-14653-22.12.2011.html>. Acesso em 2/12/2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. **Despacho do Procurador-Geral de Justiça, de 21.06.2012. Protocolado n. 86.773/12.** Disponível em internet: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/DO_Estado/2012/DO_22-06-2012.htm. Acesso em 22/11/2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Manifestação do Procurador-Geral da República, acolhendo Parecer nº 328/2014.** Disponível em internet: <<http://www.modernizacao.mpf.mp.br/noticias-1/2014/pgr-estabelece-regras-para-a-previdencia-de-servidores-egressos-do-servico-militar>>. Acesso em 25/11/2015.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Parecer PA nº 7/2013.** Disponível em internet: <http://www.recursohumano.sp.gov.br/pareceres/pareceres%20aposentadoria/Parecer%20PA%20n%C2%BA%2007-2013.pdf>. Acesso em 2/11/2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Ação ordinária nº 1030573-20.2015.8.26.0053.** Consulta disponível em internet: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1H00086W00000&processo.foro=53&uuiidCaptcha=sajcaptcha_133c5d556aae4d38bf35155e8d1669c1. Acesso em 28/12/2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2165511-31.2014.8.26.0000.** Consulta disponível em internet: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=4235DC1A1B8F102A82440C01A9852041.cposg?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2165511-31.2014&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2165511-31.2014.8.26.0000&dePesquisa=&uuiidCaptcha=&gateway=true#>. Acesso em 02/04/2017.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Ação Ordinária n. 42311-69.2013.4.01.3400.** Consulta disponível em internet: https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=423116920134013400&secao=DF&pg=1&trf1_captcha_id=f57ae38c4762699cc0c7733d9c70bddb&trf1_captcha=rb5v&enviar=Pesquisar. Acesso em 20/11/2016.

UNIÃO

_____ **Decreto n° 7.808, de 20/09/2012.** Disponível em internet: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7808.htm. Acesso em 2/12/2015.

_____ **Lei federal n° 12.618, de 30/4/2012.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112618.htm. Acesso em 2/12/2015.

_____ **Orientação Normativa n° 02, de 13 de abril de 2015.** Disponível em: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/56/MOG/2015/2.htm>. Acesso em 10/09/2016.

_____ **PEC n° 287/2016.** Andamento disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=211988>

NOTAS:

[1] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23ª. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 556.

[2] Disponível em internet: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2011/lei-14653-22.12.2011.html>. Acesso em 2/12/2015.

[3] Disponível em internet: <https://proafr.files.wordpress.com/2015/02/loadarquivonoticia.pdf>. Acesso em 2/12/2015.

[4] Disponível em internet: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112618.htm. Acesso em 2/12/2015.

[5] Disponível em internet: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7808.htm. Acesso em 2/12/2015.

[6] Disponível em internet: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/56/MOG/2015/2.htm>. Acesso em 10/09/2016.

[7] Disponível em internet: <http://www.recursoshumanos.sp.gov.br/pareceres/pareceres%20aposentadoria/Parecer%20PA%20n%C2%BA%2007-2013.pdf>. Acesso em 2/11/2016.

[8] Disponível em internet: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/DO_Estado/2012/DO_22-06-2012.htm. Acesso em 22/11/2015.

[9] Disponível em internet: <<http://www.modernizacao.mpf.mp.br/noticias-1/2014/pgr-estabelece-regras-para-a-previdencia-de-servidores-egressos-do-servico-militar>>. Acesso em 25/11/2015.

[10] Disponível em internet: https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=423116920134013400&secao=DF&pg=1&trf1_captcha_id=f57ae38c4762699cc0c7733d9c70bddb&trf1_captcha=rb5v&enviar=Pesquisar. Acesso em 20/11/2016.

[11] Disponível em internet: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1H00086W00000&processo.foro=53&uuidCaptcha=sajcaptcha_133c5d556aae4d38bf35155e8d1669c1. Acesso em 28/12/2015.

CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

RAFAEL COSTA DA LUZ:
Bacharelado em Direito pela
Universidade Brasil. Fernandópolis -
SP.

Prof. Me. **André de Paula Viana**

(Orientador)[1]

RESUMO: A pesquisa a seguir apresentada propõe uma ressaltar sobre alguns dos crimes contra o patrimônio com maior índice de ocorrência nos dias de hoje, busca se focar brevemente no novo projeto da reforma do código penal, vinculando-o passageiramente. É de objetivo da mesma, esclarecer o conceito do que é roubo, furto e dano, assim com apresentação das suas medidas cabíveis judicialmente. Evidentemente o estudo faz uma indicação de forma geral dos atos da investigação a serem desenrolados no decorrer da apuração da autoria de um crime e das provas do fato criminoso, uma vez que o crime é ocorrência social, multifacetado, e sendo uma criação humana, seu limite é o que pode produzir a mente do homem. A sociedade cresceu de maneira extraordinário e assim, o crime veio acompanhando de maneira igualada seu crescimento.

PALAVRAS CHAVES: Roubo, Código Penal, Furto, Dano, Pena, Crimes Patrimoniais.

ABSTRACT: The following research proposes a highlighting of some of the crimes against the patrimony with the highest index of occurrence nowadays, it seeks to focus briefly on the new project of the reform of the penal code, linking it in a moment. Its purpose is to clarify the concept of what is robbery, theft and damage, as well as presenting its judicial measures. Evidently the study gives a general indication of the acts of the investigation to be carried out in the course of the investigation of the authorship of a crime and of the evidence of the criminal fact, since crime is a social occurrence, multifaceted, and being a human creation, its Limit is what can produce the mind of man. The society grew in an extraordinary way and, thus, the crime has **followed in an even way its growth.**

KEY WORDS: Theft, Penal Code, Theft, Damage, Penalty, Patrimonial Crimes.

INTRODUÇÃO

A reunião dos crimes que atentam contra o patrimônio compõe o Título II da Parte Especial do Código Penal. Patrimônio conforme Clóvis Bevilácqua, é o “complexo de relações jurídicas de uma pessoa que tiverem valor econômico”. Inclui não só a propriedade e os demais direitos reais (servidão, uso, usufruto e penhor), como também os direitos obrigacionais (os contratos, por exemplo). Os direitos intelectuais, objetos do denominado direito do autor (patentes e marcas), embora patrimoniais, ficam protegidos no Título III, que trata dos crimes contra a propriedade imaterial, e em lei especial.

Estão incluídos do Título II, também, os delitos que atingem precipuamente bens jurídicos não patrimoniais, como a vida, a integridade física, a honra, etc., mas alguns desses são também tutelados, secundariamente, em crimes patrimoniais, como os de roubo (em que se atinge a integridade corporal ou a liberdade psíquica da vítima), o furto, o dano e etc.

1. DO FURTO

Artigo 155 C.P: Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão de um a quatro anos, e multa.

§1.º A pena aumenta-se de um terço se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2.º Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode subtrair a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§3.º Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

O furto é a apropriação indevida de uma coisa alheia para si mesmo com o fim de apoderar-se dela de modo definitivo. Ou seja, é quando o indivíduo toma para si algo que não é de seu pertence, com o desejo de tê-lo para si definitivamente ou passar adiante com a finalidade de lucrar.

Existe divergência na doutrina quanto a objetividade jurídica do furto, se entende que a posse é protegida diretamente e a propriedade indiretamente. É inegável que o dispositivo protege não só a propriedade como também a posse (direta ou indireta) e a detenção, devendo-se ter primeiro o bem jurídico daquele que é afetado imediatamente pela conduta criminosa, que, no caso do furto, é somente a posse quando o possuidor não é dominus. O ladrão que furta ladrão, pratica o crime de furto, por que a segunda subtração torna o bem mais distante ainda do verdadeiro proprietário ou possuidor. O sujeito ativo é qualquer pessoa que possa praticar o crime de furto, no caso da posse vigiada o empregado de uma fábrica é mero detentor das ferramentas com que trabalha, cometendo furto se transforma a posse transitória e precatória em propriedade. Também praticam furto, o balconista que subtrai mercadoria, o caixa que desvia dinheiro dos fregueses. O sujeito passivo é a pessoa física ou jurídica que tem a posse ou propriedade do bem. O núcleo do tipo é subtrair, que significa tirar, abrangendo mesmo o apossamento a vista do possuidor ou proprietário.

Sobre as penas impostas aos acusados de furto, o Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica e Alternativa) apresenta em uma de suas pesquisas realizadas em vários estados Brasileiros, que 20,70% das condenações aplicadas nos 1.394 processos analisados, resultaram em medida alternativa, os demais 79,03% foram sentenciados a prisão privativa da liberdade ou semiaberto ou aberto. Diferente de outros países como a Inglaterra que possui uma porcentagem quase que comparativamente oposta, aonde apenas 21% de seus acusados cumprem a prisão de restrição de liberdade, sendo o resto sentenciados ao cumprimento de penas alternativas.

No Brasil o código penal permite que as penas alternativas sejam aplicadas a quem cometer crimes com pena inferior a quatro anos, sendo que não tenha ocorrido violência ou grave ameaça à pessoa, ou em caso de crimes culposos. Em todas as situações acima citada, o réu não poderá ser reincidente em crimes dolosos.

Roubo e furto formam juntos um índice de 32% da criminalidade existente e ocorrente hoje no Brasil, visando esse índice foi lançado recentemente um projeto de reforma do código penal, no qual, visa o estabelecimento de penas mais duras aos praticantes de tais ilícitos. No novo projeto, o agente que praticar furto em algo de pequeno valor e for réu primário, será aplicado exclusivamente a multa. É oferecida também no projeto a possibilidade da extinção da punição no furto simples ou com

aumento de pena se houver por parte do acusado a reparação do dano, porém a vítima precisa aceitar a reparação, nesses casos a ação penal será sujeita a representação.

Também, vem ressaltado no mesmo projeto, a redução na pena de furto, que passara a ser de seis meses a quatro anos. Outra mudança estabelecida no novo projeto e de grande importância é a nova modalidade que acrescida no furto, a de subtração por meio de explosivos ou de outro meio que cause perigo a sociedade, com esse prognóstico o projeto vem almejar com maior severidade umas das práticas que se tronaram mais que comuns nos dias atuais de nosso país, que é o roubo aos caixas eletrônicos das agências bancárias.

1.1 Furto qualificado

Artigo 155 C.P[...]:

§4.º A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I- com destruição ou rompimento de obstáculos à subtração da coisa;

II- com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III- com emprego de chave falsa;

IV- mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§5.º A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.

O § 4.º do artigo 155 C.P prevê inúmeras hipóteses em que se qualifica o crime de furto, cominando-se a pena de dois a oito anos de reclusão e multa. O inciso I refere-se à destruição ou rompimento de um obstáculo para se chegar até a coisa que ele deseja furtar. Nesta situação o agente pode inutilizar, desfazer, desmanchar, arrebentar todos os obstáculos.

O inciso II refere-se ao abuso de confiança que existe quando o agente aproveita do momento em que o sujeito passivo da menos proteção a coisa, diante da confiança depositada no agente; Fraude é um meio enganoso utilizado pelo agente para subtrair a coisa, pratica o crime de fraude quem por exemplo se passa falsamente por um

funcionário de uma concessionária de serviços públicos, aquele que distrai o balconista para pegar uma coisa para ele poder subtrair outra, aquele que passa por convidado de uma festa para adentrar a residência; A escalada é utilização de uma via anormal para adentrar a casa ou ao local para operar a subtração, neste caso o agente deve fazer o uso de escadas ou cordas; A destreza é a habilidade física ou manual do agente, um meio dessa qualificadora é a “punga” onde a subtração de dinheiro ou carteira em locais que tem aglomeração de muitas pessoas, outro caso de destreza é quando a vítima esta dormindo e o agente pratica a subtração.

O inciso III refere-se ao emprego de chave falsa, em que inclui a imitação da verdadeira e o instrumento que pode ser utilizado pelo agente para fazer funcionar o mecanismo de uma fechadura ou instrumento análogo.

1.2 Furto de coisa comum

Artigo 156 C.P: Subtrair o condômino, coerdeiro ou sócio, para si ou para outrem, a quem legitimamente a detém, a coisa comum. Pena- detenção de seis meses a dois anos, ou multa.

§1.º Somente se procede mediante representação;

§2.º Não é punível a subtração de coisa comum fungível, cujo valor não excede a quota que tem direito o agente.

Essa espécie de furto existe quando se trata de subtração de coisa comum. Condomínio existe quando duas ou mais pessoas tem propriedade sobre uma mesma coisa, exercendo seu direito sem exclusão dos direitos dos demais condôminos. Na objetividade jurídica, protege-se com o dispositivo, a propriedade ou posse. Neste caso, somente a legítima é titulada; não o sendo, ocorrerá furto comum. O sujeito ativo só pode ser o condômino, coerdeiro ou sócio, por se tratar de um crime próprio e só pode ser praticado por eles. O sujeito passivo são todos os condôminos, coerdeiros ou sócios que não seja o agente, ou mesmo a pessoa que tem a posse legítima da coisa sobre a qual pesa condomínio ou sociedade ou pertença ao patrimônio dos bens a serem partilhados entre os herdeiros. Caso o agente tenha a posse legítima da coisa seu apoderamento poderá constituir o crime de apropriação indébita e não o de delito em estudo. O tipo objetivo não difere a conduta daquele crime de furto em comum. É a subtração da coisa móvel ou mobilizada. É necessário que o agente tenha parte ideal da coisa para se falar em coisa comum, mas não importa qual o montante de sua parte

na coisa. O tipo subjetivo é configurado com a vontade de subtrair, falando-se em dolo específico, na doutrina tradicional, quanto a expressão “para si ou para outrem”.

2. DO ROUBO

Artigo 157 C.P.: Subtrair coisa móvel alheia para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência. Pena – reclusão de quatro a dez anos, e multa.

§1.º Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

§2.º A pena aumenta-se de um terço até a metade:

I- Se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

II- Se há o concurso de duas ou mais pessoas;

III- Se a vítima esta em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância;

IV- Se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior;

V- Se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

§3.º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão de sete a quinze anos, além de multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a três anos, sem prejuízo da multa.

Roubo é a subtração de coisa alheia móvel, para si ou para outrem, que caracteriza o furto, quando revestida de circunstâncias especialmente relevantes previstas na lei. Trata-se de crime contra o patrimônio em que é atingida, também a integração física ou psíquica da vítima. Ou seja, se o agente estabelecer contato com a vítima, ou violência ou ameaça, além da apropriação indébita de algo que lhe pertence, se caracteriza um roubo, diferente do furto acima citado que é quando o agente pratica o ilícito mais não estabelece um contato com a vítima.

A objetividade jurídica trata-se de crime complexo, o objeto jurídico do roubo é o patrimônio. Tutelam-se também, a integridade corporal, a liberdade e, no latrocínio, a vida do sujeito passivo. O roubo é um delito comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa no sujeito ativo. O sujeito passivo do delito não é só o proprietário, possuidor ou detentor da coisa, como qualquer pessoa atingida pela violência ou ameaça. Serão vítimas o caixeiro do estabelecimento, o guarda particular da residência, as pessoas que estiverem no local da subtração, quando ameaçadas ou submetidas a violência. O tipo objetivo como no furto é a conduta de subtrair a coisa, mas é necessário que o agente se utilize de violência (lesões corporais ou vias de fato), grave ameaça ou qualquer outro meio que reduza a possibilidade de resistência do sujeito passivo (emprego de drogas, hipnose etc.). O tipo subjetivo é a vontade de subtrair com o emprego de violência, grave ameaça ou outro recurso análogo é o dolo do delito de roubo. Porém, exige-se o elemento subjetivo do tipo o dolo específico, idêntico ao do furto. O delito de roubo e de furto se consumam quando a coisa as da esfera de vigilância da vítima.

Segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) o Brasil possui a maior taxa de roubos da América Latina, foram analisados 18 países, entre eles Bolívia, Argentina, Uruguai. Visando um índice tão alto, se mantem a esperança sobre o projeto da reforma do código penal, no qual já se é possível ressaltar alguns pontos considerados benéficos para a sociedade, como a igualação ao roubo o crime praticado para obtenção de coisas alheia, no qual o agente obriga a vítima sob violência ou intimidação grave, a lhe passar senhas, códigos ou segredos. Também, foi criada uma nova modalidade de que quando dá-se um roubo, porém, sem violência real ou dano psicológico, ou seja, quando o agente pratica o delito com uma ameaça irreal, exemplo o roubo com a arma de brinquedo, ele é causador da ameaça, porém não coloca a vítima em real situação de perigo, sendo uma vez que a arma não é real, portanto não causa perigo verdadeiro a vítima.

2.1 Roubo impróprio e roubo próprio

A violência ou grave ameaça devem vir depois da subtração e inversão da coisa. A violência ou grave ameaça são anteriores ou concomitantes com a subtração e inversão da coisa.

3. DO DANO

Dano- artigo 163 C.P: Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia. Pena: detenção de um a dois anos, ou multa.

Todo delito praticado causa perigo ou dano, mas no capítulo IV define o Código os fatos que tem como fim atingir as coisas no seu aspecto físico, material como fim em si mesmos. O crime de dano simples esta definido no artigo 163, caracteriza-se dano:

Destruir: perder totalmente o bem; exemplo – queimar um livro.

Inutilizar: fazer com que o objeto perca sua finalidade, exemplo – quebrar as hélices de um ventilador.

Deteriorar: quebrar um pedaço, mais o bem continua apto para exercer sua funções, exemplo – quebrar os vidros de um carro.

Objetividade jurídica, o patrimônio em especial a propriedade de coisas moveis ou imóveis, é o objeto jurídico do delito, protegendo-se eventualmente, a posse. O sujeito ativo é quem destrói, inutiliza ou deteriora coisa alheia. O sujeito passivo é o proprietário da coisa destruída, bem como o seu possuidor. O tipo objetivo são as três modalidades de conduta deteriorar, inutilizar ou destruir a coisa. O tipo subjetivo é o dolo de praticar uma das três modalidades. Este crime consuma-se quando o sujeito ativo faz a sua parte, admite-se tentativa nos casos de atirar em um animal errando o alvo, jogar a coisa no fogo mais não conseguir que ela se queime.

Dano qualificado: parágrafo único – Se o crime é cometido:

I- com violência a pessoa ou grave ameaça;

II- com o emprego de substancia inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave. Exemplo: atear fogo em uma bicicleta.

III- contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista. Exemplo: presos que fazem rebelião e destrói as selas.

*IV- por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima.
Exemplo: um vizinho coloca fogo no carro novo do outro, por que seu sonho é ter um igual.*

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em resumo, referente a pesquisa acima apresentada podemos chegar na conclusão de que tanto o furto como o roubo e o dano, se encontra hoje com um dos maiores índices de ocorrências nas estatísticas do Brasil

Também, foi possível observar que o patrimônio, para efeitos penais, compreende não só bens de valor econômico, mas também aqueles de valor puramente moral e/ou afetivo. O *verbo* é o núcleo do tipo-de-ilícito. Ora o verbo é "*neutro*" no sentido penal, ora o verbo é "*carregado de emotividade*". O *sujeito ativo* nos crimes contra o patrimônio, em regra, pode ser qualquer pessoa. Em alguns tipos-de-ilícito, como, *v.g.*, na fraude à execução, o crime é próprio.

Fica concluído desse modo também que crimes contra o patrimônio, em regra, são dolosos e, sendo dolosos, são quase sempre acompanhados por elementos subjetivos do tipo, como, *v.g.*, "*para si ou para outrem*"; "*em proveito próprio ou de outrem*" etc.

A pesquisa resulta também no ressaltado breve sobre o novo projeto apresentado ao senado que visa alterações no código penal, projeto esse que enfatiza várias mudanças que visam uma maior severidade nas condutas estabelecidas em crimes contra o patrimônio, e suas novas modalidades que caso o projeto seja aprovado e entre em vigor serão impostas.

REFERÊNCIAS

Principais mudanças e polemicas: projeto de novo código penal

Disponível em: <https://neemiasprudente.jusbrasil.com.br/artigos/121942830/principais-mudancas-e-polemicas-projeto-de-novo-codigo-penal-pls-236-2012> em:

Acessado em 03 de junho de 2017

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589297>

Brasil tem a terceira maior taxa de roubos da América Latina, diz Pnud

Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/11/brasil-tem-terceira-maior-taxa-de-roubos-da-america-latina-diz-pnud.html>

Acessado em 03 de junho de 2017

Direito comparado: crimes de furto, roubo e estelionato no Código Penal Brasileiro comparados a três países diferentes

Disponível em: <https://rchobaica.jusbrasil.com.br/artigos/375193561/direito-comparado-crimes-de-furto-roubo-e-estelionato-no-codigo-penal-brasileiro-comparados-a-tres-paises-diferentes>

Acessado em 03 de junho de 2017

CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO SÃO OS PRINCIPAIS RESPONSÁVEIS POR PRISÕES NO BRASIL

Disponível em: <http://institutoavantebrasil.com.br/crimes-contr-o-patrimonio-sao-os-principais-responsaveis-por-priso-es-no-brasil/>

Acessado em 04 de junho de 2017

Futuras alterações no Código Penal.

Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22474/futuras-alteracoes-no-codigo-penal/2>

Acessado em 04 de junho de 2017

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. 4.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

NOTA:

[1] <http://lattes.cnpq.br/4428702481856069>

O RECONHECIMENTO E EFEITOS JURÍDICOS DA MULTIPARENTALIDADE

JULLYANNY NATHYARA SANTOS DE ARAUJO:
Bacharelanda do Curso de Direito na Católica do Tocantins.

Karine Alves Gonçalves Mota

(Orientadora)[1]

RESUMO: O presente artigo teve como objetivo contribuir cientificamente no que tange ao reconhecimento e efeitos jurídicos da multiparentalidade. Utilizou-se do método dedutivo, partindo de premissas gerais, analisando a evolução do Direito de família e suas espécies, alcançando o reconhecimento das atuais entidades familiares, bem como seus efeitos, não apenas jurídicos, como também os sociais. Por meio de pesquisas bibliográficas, análise de decisões judiciais, doutrinas históricas e contemporâneas, dentre outras; foi possível identificar a relevância do reconhecimento da multiparentalidade para sociedade, uma vez que a mesma contribuiu para a igualdade entre os filhos, a paternidade responsável, o melhor interesse do menor e/ou adolescente, personalidade e dignidade da pessoa humana, afim de que a pessoa seja respeitada desde o aspecto genético, afetivo até o ontológico, atestando a inexistência de hierarquia na paternidade/maternidade biológica ou afetiva. Por fim, foi exteriorizado como multiparentalidade a existência de duas filiações, biológica e afetiva, em conjunto, sem que haja a exclusão ou hierarquia de uma sobre a outra, tendo como efeitos os direitos e deveres dos pais para com os filhos, bem como dos filhos para com os pais, sem que ocorra qualquer distinção entre os vínculos de parentesco genético e afetivo.

Palavras-chaves: Dupla Filiação, Efeitos Jurídicos, Família, Multiparentalidade.

ABSTRACT: This article aims to contribute scientifically to the recognition and legal effects of multiparentality. The deductive method was used, starting from general premises, analyzing the evolution of family law and its species, reaching the recognition of the current family entities, as well as their effects, not only juridical, but also social ones. Through bibliographical research, analysis of judicial decisions, historical and contemporary doctrines, among others; It was possible to identify the relevance of the recognition of multiparentality for society, since it contributed to the equality between the children, responsible parenthood, the best interest of the minor and / or adolescent, personality and dignity of the human person, so that the Person is

respected from the genetic, affective to the ontological aspect, attesting to the inexistence of hierarchy in biological or affective fatherhood. Finally, the existence of two biological and affective affiliations, together without the exclusion or hierarchy of one over the other, was externalized as multiparentality, having as effects the rights and duties of the parents towards the children, as well as the Children to their parents, without any distinction being made between the ties of genetic and affective kinship.

Keywords: Double Sonship, Legal Effects, Family, Multiparentality.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Evolução histórica do direito de família, 2.1. Família romana; 2.2. Família do Código Civil de 1916; 2.3. A Família e a Constituição Federal de 1988; 2.4. A Família com o Advento do Código Civil de 2002; 3. Espécies de Família; 3.1. Matrimonial; 3.2. Convencional; 3.3. Monoparental; 3.4. Natural, Extensa/Ampliada e Substituta; 3.5. Adotiva; 3.6. Anaparental; 3.7. Pluriparental; 3.8. Eudemonista; 4. Multiparentalidade; 4.1. Efeitos Jurídicos da Multiparentalidade; 5. Conclusão; 6. Referências.

INTRODUÇÃO

Do direito romano ao Código Civil de 2002 o conceito de família sofreu drásticas alterações. No direito romano, é possível afirmar que a família girava em torno do homem, que era considerado o chefe da família, sendo ele o pai ou o marido. A mulher era uma “propriedade” do seu cônjuge, não tendo direito sobre si e nem mesmo os de parentesco com próprio o filho. O Código Civil de 1916 seguiu o mesmo padrão da família do direito romano, porém, instituiu a formação da família mediante o laço matrimonial. Concedeu, mesmo que limitados, alguns direitos para as mulheres. Não sendo mais uma família exclusivamente hierárquica, na qual a única opinião válida pertencia ao homem. Mas a grande mudança ocorreu com a Constituição Federal de 1988, que trouxe um novo conceito a família, outras possibilidades de formação da entidade familiar, o reconhecimento de todos os deveres e direitos para homens e mulheres. Já o Código Civil de 2002, transcreveu e respeitou todos os princípios constitucionais, permitindo uma família ampla e de várias formações.

Diante de tantas mudanças no conceito, pode-se dizer que a família deixou de ser uma instituição e tornou-se um grupo âmago com ponto de vista eudemonista. Foi reconhecido a pluralidade da entidade familiar, surgindo então a necessidade da

anuição da multiparentalidade, regularizando juridicamente aquilo que já existe no mundo de fatos, no qual pode-se ter um pai/mãe biológico e outro socioafetivo.

Com base nesse relato, o presente artigo tem como finalidade demonstrar a necessidade do reconhecimento da multiparentalidade, uma vez que não existe hierarquia entre paternidade/maternidade biológica e afetiva. É de conhecimento de todos um ditado de autor desconhecido que diz “pai é quem cria”, entretanto, a grande verdade é que as obrigações do pai biológico não são excluídas. Diante disso, não há motivo para não permitir o reconhecimento das duas paternidades ou maternidades.

2. Evolução histórica do direito de família

A família possui várias formas, o que gera uma inconstância no seu conceito. Em cada contexto histórico foi classificada de uma maneira, mas é possível afirmar que foi evoluindo de maneira que trouxesse respeito, inspiração e construção familiar que atenda a todos os seres humanos. Sendo assim, afim de entender o atual padrão de família, necessário se faz a identificação dos diferentes cenários pelos quais a família passou.

2.1. Família romana

No direito romano, a família era compreendida pelo *pater*, que de acordo com Pontes Miranda (2000, p. 203 - 204), os descendentes ou não, estavam submetidos ao pátrio poder, e a mulher *in manu*, era considerada na mesma condição análoga à de uma filha: *loco filiae*. Afirma ainda que a relação de parentesco da mãe com os filhos se dá pelo fato dela estar sob o poder do pai.

No mesmo sentido Dimas Messias Carvalho (2015) afirma que enquanto provedor, marido e pai a autoridade do homem prevalecia sempre. A formação da família se dava em razão da religião doméstica, do culto aos antepassados, restrito apenas aos membros da família e realizado pelo chefe da casa, que não tinha limitação de poderes.

Vejamos o funcionamento da família em Roma na visão de Caio Mário (2012, p. 31):

O pater era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (penates) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vende-los, tira-lhes a vida. A mulher vivia *in loco filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manumriti*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis deminutio perpétua* que se justificava *proptersexusinfirmitem et ignorantiamrerumforensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

Destaca-se ainda que no caso de esterilidade feminina, era autorizado o divórcio, uma vez que era inadmissível que a mulher não desse um filho ao marido. E sendo ao contrário, ou seja, esterilidade do marido, independentemente da vontade, a mulher era forçada a manter relação sexual com o irmão ou parente do marido.

Percebe-se que no direito romano a família consistia no princípio da autoridade de um chefe, independia de qualquer demonstração de afeto ou manifestação de vontade.

2.2. Família do Código Civil de 1916

No Código Civil de 1916, a formação de família só era admitida mediante o casamento. A família de 1916 ainda era constituída mediante a autoridade masculina, marido ou pai, que segundo o artigo 233 do respectivo código, era considerado o chefe da família, ele tinha competência para fazer as representações legais; administrar os bens da mulher, sendo eles comuns ou particulares; o direito de mudar e fixar o domicílio da família; autorizar a profissão da mulher e sua residência fora do teto conjugal.

A mulher adquiriu certos direitos, como por exemplo, opinar favorável ou não em relação ao casamento da filha menor de 16 anos, uma vez que a mulher só era capaz após completar 21 anos, precisando da autorização dos pais para casar-se antes. Entretanto, tal liberdade, direito ou autoridade, era limitada, se houvesse divergência na opinião dos pais, prevalecia a vontade do pai. Pelo exposto, percebe-se, que a

mulher e a família ainda estava sujeita a autoridade do homem, que as diferenças do sexo permaneciam.

Pode-se dizer que o sexo feminino era considerado incapaz, um vez que a capacidade era adquirida aos 21 anos, mas a maioria delas casavam antes de completar tal idade, sujeitando-se a autoridade do marido e tornando-se incapazes. Isto significa que grande parte das mulheres não chegaram a capacidade plena, estiveram sempre debaixo da autoridade de um homem, sendo ele o pai ou o marido. Alexandre Correia e Gaetano Sciascia (1949), afirmam que o pai de família é a única pessoa capaz de direitos e obrigações.

O Código Civil de 1916 ainda era discriminatório, o homem continuava como o único chefe e mantedor da família, a mulher era colaboradora do marido nos encargos familiares, entretanto, se faz necessário reconhecer que em muito inovou o direito de família, possibilitando a existência dos princípios de igualdade e liberdade.

2.3. A família e a Constituição Federal de 1988

As constantes modificações sofridas no direito de família tem como marco a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que alterou completamente a estrutura do instituto familiar.

Ratifica Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2013, p. 47):

A família do novo milênio, ancorada na segurança constitucional, é igualitária, democrática e plural (não mais necessariamente casamentaria), protegido todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura socioafetiva, forjada em laços de solidariedade.

Afirma Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas Rego Freitas Dabus Maluf MALUF (2012, p. 63) que com a Carta Magna de 1988 a família recebeu um novo conceito de entidade familiar, tornando-se concebida de forma mais ampla. A família transformou-se em uma sociedade absoluta de responsabilidades, interesses e afetividade recíproca, deixou de ser hierárquica.

Contrário ao Código Civil de 1916, a entidade familiar não mais dependia do casamento para ser constituída. Para efeito da proteção do Estado, necessário se fez a

reconhecimento da união estável, a família formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Os direitos e deveres da sociedade conjugal tornaram-se iguais para homens e mulheres.

Outro ponto de grande relevância na Constituição de 1988, é a plena liberdade do casal no planejamento familiar, fundamentada pelo princípio da dignidade humana e a paternidade responsável.

2.4. A família com o advento do Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 teve sua aprovação após 14 anos da promulgação da Constituição Federal, e apesar de manter a estrutura do Código Civil de 1916, seguiu todas as normas e princípios da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido expõe Dimas Messias de Carvalho (2015, p. 121):

A família hoje é referência de afeto e, resumindo, o Código atual, acolheu os princípios da Constituição de 1988, apresenta essencialmente três eixos modificados:

- reconhecimento da família fora do casamento, saindo do singular (casamento) para o plural (casamento, união estável, monoparental e possibilidade de outras formas);
- extinção da família patriarcal, adotando a igualdade que seja a origem da filiação (legítimo, natural, civil ou socioafetivo), sem distinção,
- isonomia filias, igualando juridicamente os filhos qualquer que seja a origem da filiação (legítimo, natural, civil ou socioafetivo), sem distinção.

Depois de estudado a evolução da família, necessário se faz que a obscuridade que relaciona a palavra família à escravo, seja desconsiderada, visto que família representa um grupo de pessoas ligadas por laços sanguíneos, sociais e/ou afetivos, tornando possível, dessa forma, a multiplicidade de conceito. É bem certo que houveram muitas outras mudanças além das expostas, entretanto, o aprofundamento não se faz necessário, uma vez que não é o objeto principal desse artigo.

3. Espécies de família

O artigo 226 da Constituição Federal, afirma que a base da sociedade é a família, motivo pelo qual tem proteção especial do Estado. Ainda nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2012) afirma que a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda organização social.

A família é identificada pelo afeto, pela manifestação de vontade que une duas ou mais pessoas em um único propósito, encontrar a felicidade. Para Maria Berenice Dias (2010), o principal papel da família é dá suporte emocional ao indivíduo, mais intensidade ao laço afetivo.

Devido as grandes mudanças da família e no seu conceito, surgiu à pluralidade dos modelos de família, algumas, inclusive, exemplificados na Constituição Federal, outras reconhecidas por jurisprudências.

Maria Berenice Dias (2010), entente que a convivência com famílias recompostas, monoparentais entre outras, permite o reconhecimento de que houve uma pluralização na entidade familiar.

3.1. Matrimonial

Até a pluralização da família, a única espécie de família reconhecida era a matrimonial, conceituada por Dimas Messias de Carvalho (2015) como uma união legal vinculada a normas cogentes, vivendo em plena comunhão de vida e em igualdade de direitos e deveres.

É exclusivamente formada com base no casamento civil, no qual, não é necessária a existência do laço afetivo, apenas manifestação de vontade na formação de uma família. A Igreja Católica, determinou que a família só era formada por meio do casamento, e o mesmo era indissolúvel, ou seja, os casal deveria permanecer junto até que fossem separados pela morte.

3.2. Convencional

Com o advento Lei 9.278/96 foi reconhecido como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de uma homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família. Considerada como família convencional,

onde há a união de duas pessoas, sem impedimento para contraírem casamento. É a conhecida união estável.

Maria Berenice Dias (2010) afirma que a união estável transformou-se em um casamento por usucapião, uma vez que o decurso do prazo confere o estado de casados.

3.3. Monoparental

Também considerada uma entidade familiar, a família monoparental é formada pela presença de qualquer dos pais e seus descendentes. Sendo reconhecida pela Carta Magna de 1988, em seu artigo 226, § 4º. Pode ocorrer em casos de separação, morte do conjuge, mãe/pai solteiros, adoção unilateral, ou seja, os filhos residem na companhia apenas de um dos pais.

Dimas Messias de Carvalho (2015) expõe que uma significativa parcela da população é constituída de famílias monoparentais, tendo, na maioria dos casos, a mulher como responsável.

Pode-se afirmar que essa espécie de família tem crescido cada dia mais, uma vez que tem aumentado diariamente o número de separações, de jovens mães solteiras, além das reproduções medicamente assistidas.

3.4. Natural, extensa/ampliada e substituta

Além das entidades familiares já expostas, reconhecidas pelo Estatuto da Criança e Adolescente, estão as naturais, extensas ou ampliada e as substitutas.

A família natural é a considerada tradicional, formada pelos pais e seus descendentes; a extensa foge do tradicional, além dos pais e descendentes, agrega os parentes próximos que mantém convivência diária e estão ligados afetivamente; e por último, a família substituta, que é a entidade familiar que independe do vínculo sanguíneo, é formada através da adoção, tutela ou guarda.

3.5. Adotiva

Uma espécie de família constituída através do vínculo da adoção por meio de sentença judicial. Na adoção uma pessoa ou família acolhe o menor disponível para adoção.

É importante ressaltar a inexistência de diferenças entre o filho biológico e o adotivo, ambos importam os mesmos direitos e qualificações. A Constituição Federal em seu artigo 227, § 6º proíbi qualquer discriminação relativa à filiação.

3.6. Anaparental

Extremamente comum, principalmente na realidade de pessoas que vivem no interior e deixam suas casas para estudar ou trabalhar, é a família anaparental. Constituída através da convivência de vários parentes da mesma ou diferente geração.

Pode ser formada por irmãos, primos, tios e sobrinhos. Apesar de já ter sido arquivado o Projeto de Lei do Senado, nº 470, de 2013, que tratava sobre o Estatuto da família, esta entidade familiar estava disciplinada no art. 69, *caput*, desse projeto, *in verbis*: Art. 69. As famílias parentais se constituem entre pessoas que têm relação de parentesco ou mantêm comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar.

3.7. Pluriparental

Na espécie pluriparental, observa-se uma junção de duas famílias monoparentais. Dimas Messias de Carvalho conceitua de forma clara essa espécie de família:

A família pluriparental ou mosaico são as famílias complexas, reconstituídas ou recompostas, na qual um ou ambos os parceiros possuem filhos de uniões anteriores, resultando pluralidade das relações parentais, multiplicidade de vínculos, ambiguidade dos compromissos e interdependência. Os casais trazem para a nova família filhos de relações anteriores, que se juntam aos filhos comuns. (CARVALHO, 2015, p. 69)

Não necessariamente ambos os cônjuges levam para nova família os filhos da anterior, pode acontecer de apenas um deles ter filhos de outra relação.

3.8. Eudemonista

De acordo com Maria Berenice Dias (2010), A busca pela felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação de vida.

O eudemonismo é uma teoria sustentada pelos filósofos, que apesar de conceituarem felicidade de forma diferente, concordam que todo homem vive em busca da felicidade. Baseado no conceito apresentado por Maria Berenice Dias, a família eudemonista é a busca da felicidade plena.

4. Multiparentalidade

Por anos a identidade da família relacionava-se apenas com os aspectos genéticos, menosprezando o ontológico e o afetivo. Porém, é possível afirmar que as relações não limitam-se ao mundo biológico. A sonhada busca pela felicidade apresentada pela família eudemonista está diretamente ligada a família multiparental.

A multiparentalidade é conceituada da seguinte maneira por Rodrigo da Cunha Pereira, “é o parentesco constituído por múltiplos pais, isto é, quando um filho estabelece uma relação de paternidade/maternidade com mais de um pai e/ou mais de uma mãe”. (2015, p. 470 e 471)

Dimas Messias de Carvalho (2015) define a multiparentalidade como uma família com a existência de dois pais e/ou duas mães, sendo um biológico e outro socioafetivo, sem a ocorra a exclusão do outro.

É extremamente comum nas relações com padrastos/madrastas que em conjunto aos biológicos ou em substituição exercem a função paterna/materna. Rodrigo da Cunha Pereira (2015) afirma que a multiparentalidade é comum, também, nas reproduções assistidas.

O principal foco da humanidade é a felicidade, logo, é clara a necessidade de atitudes e sentimentos voluntários e não compulsórios. É bem certo a impossibilidade do Estado em obrigar que um pai e/ou mãe oferte afeto ao filho. No instituto multiparental o afeto é apresentado de maneira recíproca e espontânea, estabelecida pelo princípio da manifestação de vontade, fazendo com que se iguale ao biológico

não apenas em obrigações, mas, também, em direitos aquele que exerce a socioafetividade.

O fenômeno multiparentalidade é uma realidade cada vez mais comum nas famílias, legaliza juridicamente aquilo que já está firmado no mundo dos fatos. Oposto ao instituto de adoção, que exclui definitivamente qualquer relação com a família biológica, este fenômeno acrescenta, reconhece a existência dos dois, tornando possível a inclusão do “segundo” pai ou “segunda” mãe. Destaca-se ainda a igualdade entre os institutos, um não sobressai ao outro. Nesse sentido:

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. (BRASIL. STF. RE nº 898.060. Relator Min. Luiz Fux).

O supremo Tribunal Federal afirmou que a multiparentalidade é possível sem qualquer prejuízo, uma vez que é possível dizer que a exclusão do direito do reconhecimento biológico não ocorre, mas que não é apenas a genética que compõe a identidade de uma pessoa.

A multiparentalidade nada mais é que a pluralidade de vínculos parentais no qual a função materna e/ou paterna é exercida por mais de uma pessoa.

O moderno direito de família é regido por inúmeros princípios e dentre eles alguns são essenciais na relação multiparental e giram em torno da proteção integral da criança e do adolescente.

O princípio chave da multiparentalidade é a afetividade, classificada por Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2012), como uma relação de carinho ou cuidado que se tem com alguém íntimo ou querido. Está diretamente relacionado aos demais princípios, começando pela dignidade da pessoa humana, como pode observar através da afirmação de Sérgio Resende Barros (2005, apud CORREIA, 2017, p. 65):

[...] o afeto é um direito fundamental individual e social de afeiçoar-se ao outro ser humano e a dignidade humana é o critério pelo qual a Constituição proporciona a proteção do afeto: estabelece a proporção entre os interesses individuais e os deveres sociais, categorias e difusos, no direito de família.

Maria Berenice Dias (2010) afirma que o direito de família está umbilicalmente ligado aos direitos humanos e têm por base o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio esse que indica a ideia de igual dignidade para todas as entidades familiares. A autora afirma ainda a falta de dignidade em oferecer tratamento diferenciado as diversas formas de filiação ou os vários tipos de constituição de família. O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado o alicerce das relações familiares. Visualiza-se a aplicabilidade de tal direito na concepção de múltiplos institutos familiares, como é o caso da multiparentalidade.

Outro princípio é o da solidariedade. A Constituição Federal em seu artigo 3º, inciso I, impõe como um dos objetivos da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Pode-se afirmar que a solidariedade é um dever recíproco por todos. Maria Berenice Dias (2010) afirma que a expressão solidariedade está relacionado com fraternidade e reciprocidade. Basicamente o que é representado pela família multiparental, uma vez que o pai ou mãe biológica exerce uma função obrigatória, enquanto a afetiva desempenha por livre e espontânea vontade.

Quanto trata-se de multiparentalidade é impossível não versar sobre o princípio do melhor interesse do menor, uma vez que, pode-se considerar que seja o principal motivo dessa entidade familiar. O artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente institui a sociedade, a família e ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente os direitos mínimos vitais com absoluta prioridade. Convenha-se que a felicidade da criança e do adolescente é mais importante que a situação jurídica. Entretanto, o reconhecimento jurídico da multiparentalidade desenvolve o respeito e cumprimento aos princípios já explanados anteriormente, dignidade da pessoa humana e solidariedade. Pode-se afirmar que tais princípios andam lado a lado quando trata-se da família multiparental.

A relação afetiva diuturna e duradoura entretida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum (LOBÔ, Paulo. 2011, p. 74). O princípio da convivência familiar relaciona-se a convivência diária entre pessoas, conforme foi conceituado por Lobô. A Carta Magna em seu artigo 5º, inciso XI, afirma que a casa é asilo inviolável do indivíduo. E o artigo 227 assegura ao menor o direito a convivência familiar com absoluta prioridade. O lar deve ser um lugar de paz, segurança, respeito e afeto.

Quando se trata de multiparentalidade, a grande questão é que se existe o respeito a todos os princípios, ao afeto, não há motivos para que o judiciário não reconheça e legalize tal instituto familiar. Oficializar de maneira civil através da inclusão no registro de nascimento, é o Estado cumprindo com seu dever de assegurar o respeito à dignidade humana, a solidariedade, melhor interesse do menor e convivência familiar.

A multiparentalidade tem sido discutida e reconhecida pelos Tribunais. Em 2012 o Tribunal de Justiça de São Paulo a reconheceu, observa-se:

MATERNIDADE SOCIOAFETIVA Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família - Enteado criado como filho desde dois anos de idade Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade Recurso provido.(TJ-SP - APL: 64222620118260286 SP 0006422-26.2011.8.26.0286, Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior, Data de Julgamento: 14/08/2012, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/08/2012)

Percebe-se a declaração de que a maternidade socioafetiva deve constar no registro de nascimento conjunto com a maternidade biológica. Reconhecendo e comprovando que a paternidade/maternidade biológica não sobressai a afetiva, vice versa.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal recebeu um caso que versava sobre a multiparentalidade, constava no registro de nascimento o nome do pai socioafetivo e buscava-se a inserção do pai biológico sem prejuízo ao socioafetivo. Em julgamento realizado sob a sistemática da repercussão geral (tema 22), o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”, vencidos, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso, participando do encontro de juízes de Supremas Cortes, denominado Global Constitutionalismo Semilar, na Universidade de Yale, nos Estados Unidos. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 22.09.2016.

O fato é que não existe hierarquia entre tais paternidade, uma não sobressai a outra. Como já imposto anteriormente, o Estado não possui meio para forçar a prestação de afeto, apenas sobre deveres e obrigações.

Nesse sentido, vejamos o posicionamento jurisprudencial:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ALIMENTOS. EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO PELA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E ILEGITIMIDADE DA REPRESENTANTE DA AUTORA. RECURSO DA AUTORA. RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA GENITORA DA AUTORA LHE REPRESENTAR EM JUÍZO, VISTO INEXISTIR CONFLITO DE INTERESSES. REPRESENTAÇÃO CONFORME ARTIGO 1.634, DO CÓDIGO CIVIL. DIREITO PERSONALÍSSIMO DOS SUJEITOS DIRETAMENTE ENVOLVIDOS NA RELAÇÃO PARENTAL. EXEGESE DO ARTIGO 27 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. EVIDENCIADO O INTERESSE DE AGIR DA FILHA A FIM DE VER ESCLARECIDA SUA ASCENDÊNCIA BIOLÓGICA. EXISTÊNCIA DE LAÇOS AFETIVOS COM O PAI REGISTRAL QUE NÃO

SE AFIGURA OBSTÁCULO INTRANSPONÍVEL AO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. POSSIBILIDADE DO REGISTRO CIVIL DA MULTIPARENTALIDADE. PRECEDENTE UNÂNIME DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL DESTA CORTE. INTERESSE DE AGIR CONFIGURADO. NECESSIDADE DE RETORNO DOS AUTOS A ORIGEM PARA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. SENTENÇA CASSADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. - "A preexistência da paternidade socioafetiva não impede a declaração judicial da paternidade biológica, com todas as consequências dela decorrentes, inclusive as de natureza patrimonial." (TJ-SC - AC: 20160157016 Joinville 2016.015701-6, Relator: Denise Volpato, Data de Julgamento: 19/04/2016, Sexta Câmara de Direito Civil.)

Christiano Cassettari (2014) afirma que se o direito à vida em família não é absoluto, mas qualificado, deverá o ordenamento jurídico tecer soluções para que as pessoas ligadas por um vínculo de afeto possam ter direitos garantidos. Sugere, ainda, uma modificação no art. 1596 do Código Civil, devendo incluir que os filhos por socioafetividade tem os mesmos direito e qualificações.

4.1. Efeitos jurídicos da multiparentalidade

Como já informado anteriormente, a multiparentalidade é a existência conjunta de múltiplas relações familiares. Sua existência não acarreta prejuízo, traz apenas benefícios, seu reconhecimento ocorre de acordo com necessidade e obrigatoriamente deve ser favorável aos indivíduos.

O principal efeito jurídico da multiparentalidade é a filiação. A mesma defende a tese de que não há justificativas plausíveis que impeçam o reconhecimento da paternidade biológica e socioafetiva.

A Constituição Federal de 1988 vedou qualquer discriminação na filiação entre os filhos e a filiação biológica ou socioafetiva, diante disso, a multiparentalidade trata da igualdade de direitos e deveres na paternidade/maternidade.

Desnecessário se faz o impedimento daqueles que expressam a manifestação de vontade em ter o reconhecimento judicial na relação de pais e filhos. Quando o Estado impede essa filiação, está inibindo os indivíduos de seus direitos, como por exemplo, da afetividade, dignidade da pessoa humana, igualdade e isonomia entre os filhos, personalidade, no caso de filho menor, o melhor interesse do menor e a proteção integral da criança e do adolescente.

É importante salientar, que a filiação multiparental traz consigo integralmente os direitos que abrangem os filhos, como os sucessórios e de alimentos, tanto na paternidade biológica quanto na socioafetiva, de maneira igual para todos os filhos, não havendo prioridade para nenhum deles.

O conhecimento da origem biológica é um direito de todos, a multiparentalidade assegura que ele seja respeitado. A inserção na certidão de nascimento daqueles que são conhecido como pais, não influencia na retirada dos biológicos. Assegura, ainda, o princípio da paternidade responsável como efeito dessa filiação.

Na filiação multiparental, ambos os pais participam de maneira efetiva na vida do filho, contribuindo por igual no sustento e educação. Nesse sentido, Emanuelle Araújo Correia (2017, p. 80) afirma:

Assim, caberá aos pais socioafetivos tanto quanto os biológicos, em relação aos filhos menores, dirigir-lhes a criação e educação; tê-los em sua companhia e guarda; conceder ou negar a eles consentimento para casar; nomear tutor por testamento ou documento autêntico, representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte.

Importante salientar, que os filhos socioafetivo tem exatamente o mesmo direito sucessório que os biológicos, todas as normas sucessórias são aplicadas de maneira igual aos filhos, sem discriminação entre a biológica e a socioafetiva. O direito por igual a herança pode ser considerado como o cumprimento ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais do indivíduo.

Ainda no que tange sobre os efeitos, a Constituição da República Federativa do Brasil, nos artigos 229 e 230, pronuncia-se da seguinte maneira:

Art. 229. Os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. *(grifo nosso)*

Diante do exposto, necessário se faz esclarecer que da mesma maneira na qual os filhos socioafetivo estão idênticos em direitos com os filhos biológicos, é possível afirmar que em obrigações também. É dever do filho cuidar dos pais, assegurar a eles uma vida digna com todos os direitos garantidos.

É vedado pela Constituição Federal qualquer tratamento distinto entre os filhos, dessa maneira, entende-se que os deveres também são estendidos aos pais afetivos. Tendo os filhos a responsabilidade de cuidar igualmente de ambos os filiados, sem qualquer distinção.

Conclusão

A humanidade vive em constante mudança, o afeto está sempre em questão, como pode o Estado obrigar que o mesmo seja ofertado de pais para filhos e vice versa, havendo a recíproca intenção de se doar pelo afeto com deveres e direitos, mas ainda existindo a paternidade/maternidade biológica, sendo seu reconhecimento um direito, a melhor solução é a legalização da família multirental. Que nada mais é do que a pluralidade familiar.

A multiparentalidade é uma realidade na qual o Estado e, até mesmo, a sociedade tem evitado enxergar e aceitar que funciona, trazendo benefícios para quem assim vive. A grande verdade é que ela se faz presente em muitas famílias, devendo ser concedido os devidos efeitos de uma relação.

Após todo exposto, ficou claro que a parentalidade socioafetiva não exclui os deveres determinados ao vínculo biológico, não podendo, dessa maneira, o direito excluir ou exercer qualquer discriminação entre o vínculo afetivo e biológico.

O direito de família tem avançado a cada dia, e o reconhecimento da multiparentalidade pode ser considerado um marco nesse progresso, efetivando o princípio do melhor interesse do menor, a paternidade responsável a igualdade entre filhos e a dignidade da pessoa humana.

Além de assegurar que todos os direitos e as obrigações sejam atribuídos concomitantemente para ambas às partes. Finaliza-se expressando que até o presente momento, apenas estão visíveis pontos positivos e favoráveis em relação à multiparentalidade.

Referencias

BRASIL. **Código Civil de 2002**, disponível em: . Último acesso em 23 de março de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, disponível em: . Último acesso em 05 de abril de 2017.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, disponível em: . Último acesso em: 23 de março de 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**, disponível em: . Último acesso em 05 de abril de 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.924 de 17 de abril de 2009**, disponível em: . Último acesso em: 05 de abril de 2017.

BRASIL. **Apelação Tribunal de Justiça de São Paulo**. Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior, 14 de agosto de 2012. . Último acesso em 17 de abril de 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 470 de 2013**, disponível em: . Último acesso em 23 de março de 2017.

BRASIL, **Recurso Extraordinário 898.060, Ministro Luiz Fux**, 21 de setembro de 2016, último acesso em 20 de abril de 2017.

CARVALHO, Dimas Messias. **Direito das Famílias**. 4ª edição, São Paulo – SP: Saraiva, 2015.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: efeitos jurídicos**. São Paulo- SP, Atlas S.A.: 2014.

CORREIA, A; SCIASCIA, G. **Manual de Direito Romano e Textos em Correspondências com os Artigos do Código Civil Brasileiro**. Vol. I, São Paulo – SP, Saraiva: 1949.

CORREIA, Emanuelle Araújo. **Elementos Caracterizadores da Mutiparentalidade**. Pontifícia Universidade Católica de Mina Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte – BH, 2017.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. (Título original: La CitéAntique. Tradução de: Jean Melville). São Paulo-SP: Martin Claret, 2001

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6ª edição, São Paulo – SP, Revista dos Tribunais: 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 25ª edição, São Paulo – SP: 2010.

DONIZETTI, E; QUINTELLA, F. **Curso Didático de Direito Civil**. São Paulo – SP, Atlas S.A: 2012.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 5º edição, Vol. VI, Salvador - BA, JusPODIVIM: 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9ª edição, V. 6, São Paulo – SP, Saraiva: 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4º edição, São Paulo – SP, Saraiva: 2011.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. **Direito das Famílias: Amor e Bioética**. Rio de Janeiro – RJ, Elsevier: 2012.

MALUF, A. C. R. F.; MALUF, C. A. D. **Curso de Direito de Família**. São Paulo – SP, Saraiva: 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas – SP, bookseller: 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 38ª edição, Vol. II, São Paulo – SP, Saraiva: 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 20ª edição, Vol. V, Rio de Janeiro – RJ, Forense: 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 8ª edição, V. 6, São Paulo – SP, Atlas S.A.: 2008.

NOTAS:

[1] Professora do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins; mestre em Direito pela Universidade de Marília e doutoranda em Tecnologia Nuclear IPEN/USP.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO TRIBUTÁRIO

PRISCILA MAIA BARRETO: Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (2013). Especialista em direito e processo tributário. Possui duas Pós-Graduações. Atualmente é advogada e estudante. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, Processual Civil, Empresarial, Tributário, Constitucional. Durante A graduação, foi monitora de Direito Constitucional por um ano. Lecionou aulas de direito constitucional durante 1 ano no Grupo de Estudo Dirigido da UNIFOR. Concluiu o curso com média global 9.12. Apresentação de trabalhos no Mundo Unifor e em Encontros de Iniciação à Pesquisa. Sempre atuante dentro da universidade. Experiências fora do campus: estágio na Justiça Federal, na Procuradoria Geral do Estado e no Tribunal de Justiça. Atualmente, é advogada da empresa Nutrine Nutrimentos Nordeste Ltda. Aprovações em concursos públicos: Procurador Autárquico do DER-CE, Analista Judiciária no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Técnico Judiciária no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Técnico Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte e Oficial da Polícia Militar do Estado do Ceará.

Cada vez mais o conhecimento vai se tornando interdisciplinar. Nas mais diversas categorias do pensamento humano começamos a perceber que não há matéria que se isole não apenas do mundo, mas também de outros campos, e consiga sobreviver. No mundo conectado em que vivemos as respostas vêm se tornando cada vez mais complexas e intrincadas e o Direito acompanha essa tendência. Dessa forma, a disciplina jurídica vem flertando parcerias com diversas outras ciências criando não apenas novos olhares sob o fenômeno jurídico, mas também dando outros horizontes para os antigos problemas.

O Direito Tributário, sendo um dos campos jurídicos que está ligado intimamente à Economia, não poderia escapar de ser um dos objetos da Análise Econômica do Direito. Os métodos da escola de pensamento já vêm sendo usados amplamente por acadêmicos e profissionais estrangeiros ligados ao tema, mas têm sido esquecidos em nosso país. Talvez por uma visão de legalidade estrita que ainda nos persegue, pela ideia de que qualquer estudo sobre os tributos seria necessariamente “pró-fisco” ou “pró-contribuinte” e pela tradição da influência da doutrina alemã e italiana no direito fiscal em detrimento da doutrina norte-americana. Argumentos que

apenas demonstram desconhecimento acerca do uso dos mecanismos do movimento Direito e Economia de forma correta e certa relutância em aceitar novos métodos de pesquisa para incorporar maior abrangência ao Direito.

Antes de qualquer coisa é preciso que se chame a atenção para o fato de que não é unânime o uso do método de Direito e Economia no Direito Tributário, uma parte da doutrina vê como limitada a Análise Econômica do Direito no campo tributário. Há o argumento de que no sistema tributário o trade off apenas se daria entre os grandes benefícios do uso dos impostos e o seu grande custo, não sendo possível falar em eficiência nesses casos, pois o sistema sempre seria ineficiente. Haveria uma fronteira clara para os Estudos tributários, pois não haveria um sistema ótimo tributário, o que nos tiraria o guia para resolver questões básicas com a mesma convicção que conseguimos resolver em outras áreas do Direito.

Das críticas acima expostas o que se percebe é um equívoco comum ao não se diferenciar a Análise Econômica do Direito Positiva (que é aquela que trata da tributação como ela é) da Análise Econômica do Direito normativa (que é aquele que trata de como deveria ser a tributação), esse equívoco faz com que se ofusque na maioria das vezes o verdadeiro objetivo da aplicação dos fundamentos analíticos da Economia na tributação e se perca algo que seria valioso na formulação de políticas públicas ou mesmo no planejamento tributário dos contribuintes. O professor Cristiano Carvalho chama a atenção para que não se confunda o Direito e Economia aplicado à tributação com formas de interpretação que acabam beneficiando os interesses financeiros do Estado, tais como a o estudo modulação dos efeitos nas decisões em ações diretas de inconstitucionalidade.

Parâmetro Constitucional Mediato da Análise Econômica do Direito Tributário: Livre Concorrência (Art. 170, IV CF/88)

A Constituição consubstancia a base do ordenamento jurídico de um determinado Estado, uma vez que comporta os valores da sociedade e tem por função precípua a formação de unidade jurídico-social-política. Tais pressupostos se remetem à afirmação de Grau, de que “não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”, ela é una e deve ser interpretada sistematicamente.

Não se segregam os valores; os mesmos devem ser interpretados em conjunto. Aplicando-se os conceitos formulados à Constituição, esta passa a ser vista como uma

rede axiológica de princípios, de regras e de valores de ordem suprema, cuja função precípua é a de, evitando ou superando antinomias axiológicas, dar cumprimento aos objetivos fundamentais do Estado Democrático, entendidos de maneira predominantemente substancial.

A sistemática interpretação da Lei Fundamental supõe, assim, uma consideração unitária e aberta que reconheça suas disposições sob o prisma dos nunca inteiramente inócuos princípios superiores. Há, como afirmado, eficácia direta e imediata, no núcleo essencial, de todos os princípios fundamentais. Tais considerações ganham relevância quando analisadas no contexto do processo legislativo. Os conteúdos sintático, semântico e pragmático dos princípios demonstraram que a Constituição não institui somente regras de estrutura para a criação de novas normas jurídicas, mas também limita a atividade legislativa por meio dos seus valores, sendo defeso ao legislador a edição de leis que destoam do ordenamento constitucional.

É justamente por isso que o legislador, ao editar regras tributárias, não pode levar em conta tão somente as limitações ao poder de tributar previstos na Constituição, mas também os fundamentos do Estado – soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, no caso do Estado Brasileiro – os direitos e garantias fundamentais, a ordem social, a ordem econômica e financeira.

O artigo 170, da Constituição Federal de 1988, enuncia como Princípios da Ordem Econômica (a) a soberania nacional, (b) a propriedade privada, (c) a função social da propriedade, (d) a livre concorrência, (e) a defesa do consumidor, (f) a defesa do meio ambiente, (g) a redução das desigualdades regionais e sociais, (h) a busca do pleno emprego, e (i) o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, todos fundados na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o objetivo principal de assegurar a todos uma existência digna.

Estes princípios são essenciais ao dirigismo econômico constitucional, à medida que, a economia de mercado possui vários vícios e imperfeições, a exemplo de estruturas de mercado afastadas do protótipo da concorrência perfeita, geração de externalidades negativas, incapacidade para avaliação do mérito de bens e serviços, instabilidade conjectural, ineficiências distributivas, incapacidade para produzir bens

públicos e semipúblicos de alto interesse social e ineficácia alocativa, os quais devem ser controlados por meio do direito positivo.

Assim, ao intervir por meio de políticas tributárias (normativas, fiscalização, incentivo), atentar para os valores econômicos da liberdade, da oportunidade e o do merecimento que são tutelados, também, pelo direito por meio da livre iniciativa e da livre concorrência. Em razão disso, não basta somente assegurar a liberdade de acesso ao mercado (livre iniciativa), deve-se também ser preservada a liberdade de permanência, isto é, a “[...] liberdade de exercer a luta econômica sem a interferência do Estado, bem como sem outros obstáculos impostos pelos demais agentes econômicos privados” (SILVA, 2003, p. 74), o que se faz por meio do Princípio da Livre Concorrência.

O sentido do Princípio da Livre Concorrência parte da ideia de liberdade de competição no mercado a partir da igualdade de condições entre os agentes econômicos. Essa ideia, não obstante, não preenche todo o conteúdo do instituto, uma vez que, segundo Rosseti (2003, p. 485), o ideal da concorrência perfeita, sob a ótica das ciências econômicas, demanda condições “[...] tão rigorosas que, dificilmente, se encontrarão na realidade exemplos que as preencham satisfatoriamente”, sendo estas: (a) o número de compradores e de vendedores devem ser grandes o suficiente para que nenhum tenha expressão suficiente para alterar a situação de equilíbrio prevalente; (b) os produtos transacionados devem ser homogêneos; (c) o mercado deve ser totalmente permeável, sem barreiras de entrada ou de saída; (d) não deve haver quaisquer formas de coalizões entre produtores ou compradores, que agem de forma independente; (e) o preço deve ser estabelecido pelo próprio mercado, sendo resultado de transações transparentes e voluntárias; e (f) tanto os vendedores quanto os compradores devem se submeter aos preços definidos pelo mercado.

Nesse mesmo sentido, Ferraz Jr. (1989 apud GRAU, 2006, p. 210) afirma que a livre concorrência pressupõe competitividade, a qual, por sua vez, demanda a “[...] descentralização de coordenação como base da formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção”. O Princípio da Livre Concorrência, nesse contexto, não se limita à liberdade de competição, abrangendo também as condições para que tal liberdade seja assegurada.

Concluimos ressaltando não apenas a importância da interdisciplinaridade no ensino jurídico, mas também a importância da ligação do ensino do Direito com a

Economia. Tal ligação já pode ser percebida nas inúmeras revistas publicadas sobre o tema e vem trazendo um ganho enorme para o direito, o que não deve ser esquecido principalmente no âmbito do direito tributário.

PEC 67, "DIRETAS JÁ" E PRINCÍPIO DA ANUALIDADE ELEITORAL: UMA REFLEXÃO SOBRE SUA REAL EFETIVIDADE

PAULA OLIVEIRA PEREIRA: Advogada. Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo fazer uma reflexão a respeito da PEC 67, também conhecida como PEC das “Diretas Já”, que se encontra em tramitação no Congresso Nacional. Para tanto, será feita uma breve análise sobre o princípio da anterioridade eleitoral, cláusula pétreia, inserido no artigo 16 da Constituição Federal de 1988. Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Eleitoral. “Diretas Já”. Princípio da Anterioridade Eleitoral.

INTRODUÇÃO

Em 17 de março de 2014 foi deflagrada a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve.

Conhecida como Operação Lava-Jato, a investigação conta com mais de 41 fases operacionais durante as quais mais de cem pessoas foram presas ou condenadas. Esta operação atingiu ricos, poderosos e boa parte dos políticos do país, assombrando toda população.

Diante do contexto, frente ao impeachment sofrido pela, então, Presidente Dilma Rousseff, e as novas delações que envolvem o Presidente em exercício, Michel Temer, muito se tem discutido sobre possibilidade de emenda à constituição para que seja realizada novas eleições diretas.

Ante o exposto, o presente artigo analisará o movimento social já corrido no Brasil denominado de “Diretas Já”, a proposta de emenda constitucional 67, o princípio da anualidade eleitoral e a posição do Supremo Tribunal sobre o tema.

1. O MOVIMENTO POPULAR “DIRETAS JÁ”

“Diretas Já” foi um movimento social popular, ocorrido entre 1983 e 1984, que reivindicava por eleições diretas no Brasil.

A ideia inicial do movimento a favor de eleições diretas ocorreu em 1983 com o Senador Teotônio Vilela que, após longo período ditatorial, defendia que a melhor e única alternativa era a escolha democrática do representante do povo.

O golpe militar que iniciou em 1964 havia vetado a participação dos eleitores para escolha de seus Governadores bem como de seu Presidente. Durante o regime autoritário o Congresso Nacional foi fechado e a escolha dos representantes do poder Executivo ficava sob a responsabilidade de uma junta militar. Anos mais tarde, com a promulgação da Constituição de 1967, as eleições para Presidente passaram a ser realizadas indiretamente por meio de um Colégio Eleitoral.

Com a clara insatisfação do povo, ineficiência econômica do governo militar e perseguição política, o movimento das “Diretas Já” ganhou forte apoio da sociedade e contava com a participação de representantes da sociedade civil, intelectuais, partidos políticos, estudantes e jornalistas, mobilizando milhões de pessoas em comícios e passeatas. Dentre os políticos, destacaram-se: Tancredo Neves, Leonel Brizola, Ulysses Guimarães, Dante de Oliveira, Luiz Inácio Lula da Silva, Fernando Henrique Cardoso, Moreira Franco, entre outros.

Na perspectiva de eleições democráticas o Deputado Dante de Oliveira, eleito pelo PMDB, dedicou-se a coletar assinaturas para apresentar um projeto de emenda à constituição que previa o fim do Colégio Eleitoral e, que se aprovada, traria o voto direto nas eleições de 1985.

Sob grande expectativa nacional, a emenda constitucional foi votada em 1984 e restou rejeitada por não atingir o número mínimo de votos para sua aprovação.

Apesar da grande frustração nacional os adeptos do movimento conseguiram no ano seguinte uma vitória parcial ao eleger Tancredo Neves, por meio do Colégio Eleitoral, Presidente do Brasil.

As primeiras eleições diretas só ocorreram em 1989, 29 anos depois da escolha do último presidente, restando eleito Fernando Collor, o primeiro Chefe do poder Executivo na vigência da Carta Democrática de 1988.

2. ATUAL CENÁRIO POLÍTICO E PEC 67

Diante de quadro político dramático que o Brasil tem passado, em razão das novas etapas da Operação Lava Jato, muito se tem discutido a respeito de eleições diretas ou indiretas no caso de dupla vacância dos cargos de Presidente e Vice-presidente da República.

A Constituição Federal de 1988, prevê em seu artigo 81, §1^[1], que em caso de dupla vacância far-se-á eleição no prazo de noventa dias. Entretanto, se essa dupla vacância ocorrer nos dois últimos anos do período presidencial a eleição será realizada pelo Congresso Nacional, através da eleição indireta.

Em razão das reivindicações populares e pelo desgosto nacional frente a tantos atos de corrupção, o Senador Reguffe, sem partido/DF, propôs a emenda constitucional número 67, com intuito de alterar o artigo 81, §1 da Carta Republicana, para que seja realizada eleições diretas aos cargos de Presidente e Vice-presidente da República na hipótese de vacância desses cargos nos três primeiros anos do mandato presidencial, a fim de que a soberania popular e democracia resem protegidas.

Ocorre que pouco tem-se veiculado a respeito do princípio da anterioridade eleitoral insculpido no artigo 16^[2] da Constituição Federal que determina que lei, em sentido amplo, que altere o processo eleitoral só terá eficácia após um ano de sua entrada em vigor.

Em razão da importância do tema faz-se necessária pequena explanação, à luz da Suprema Corte Brasileira, sobre o que é e quando se inicia o processo eleitoral.

3. DEFINIÇÃO DA EXPRESSÃO PROCESSO ELEITORAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A primeira vez que surgiu a expressão “processo eleitoral” foi no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 354, de relatoria do Ministro Octavio Gallotti^[3]. A grande questão que girava em torno deste processo era se a norma eleitoral que alterasse o sistema de votação e apuração de resultado modificaria o processo eleitoral em vigor.

Várias posições foram estabelecidas neste julgamento entre os Ministros que compunham a Corte na época.

A primeira delas, defendida pelos Ministros Octavio Gallotti e Célio Borja, era que a norma eleitoral que versasse sobre a interpretação da vontade do eleitor não desrespeitava o princípio da anualidade por não modificar o processo eleitoral em vigor[4]; a segunda, defendida pelos Ministros Paulo Brossard, Néri da Silveira e Moreira Alves, era que a expressão “processo eleitoral” abarca somente as normas eleitorais de caráter instrumental e não ao direito eleitoral material[5]; e a terceira, defendida pelos Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, e Aldir Passarinho, que à época foram votos vencidos, compreenderam que para a interpretação do artigo 16 é necessário levar em conta dois aspectos principais: o primeiro é o significado da expressão “processo eleitoral”, enquanto o segundo é a teleologia da norma constitucional[6].

Os Ministros Aldir Passarinho, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso e Marco Aurélio, que à época foram votos vencidos, definiram que a locução “processo eleitoral” é um complexo de atos que podem ser divididos em três fases. Primeiramente a fase pré-eleitoral, que começa com a escolha dos candidatos e termina com a realização das propagandas eleitorais; a seguir vem a fase eleitoral, que abarca o início, a realização e o fim da votação; e, por fim, a fase pós-eleitoral, que se inicia com a apuração e contagem dos votos e finda-se com a diplomação dos candidatos eleitos em seus cargos[7].

Por fim, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a norma eleitoral que alterasse o sistema de votação e apuração, tanto no sistema proporcional quanto no majoritário, não viola o princípio da anualidade, por apenas interpretar o voto do cidadão eleitor, não tirando assim a igualdade de chances entre os candidatos.

Esse julgamento teve uma importância diferenciada, tendo em vista que foi a primeira vez que a expressão “processo eleitoral” chegou a ser interpretada pela Corte. Após esse julgado, o Supremo Tribunal Federal só voltou à questão do artigo 16 da Carta da República, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 3.345, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, no ano de 2005. Nesta época iniciou-se uma segunda fase na jurisprudência da Corte que tinha sua composição substancialmente modificada daquela do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 354[8].

Na ação direta de inconstitucionalidade nº 3.345, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a Resolução do TSE que normatizou os critérios de proporcionalidade para fixação do número de vereadores nos municípios, não ofendia o artigo 16 da Constituição da República. Para chegar a tal conclusão, os Ministros mais uma vez, se viram na necessidade de se interpretar a locução “processo eleitoral” e a teleologia da norma constitucional. Portanto, as razões que foram vencidas na ação direta de

inconstitucionalidade nº 354, agora ajudavam a criar uma sólida jurisprudência quanto à interpretação do artigo 16 da Constituição e, diante desse contexto, quanto ao aspecto da distinção entre direito eleitoral processual e material perdeu a relevância^[9].

Ficou determinado, então, que o “processo eleitoral” é um complexo de atos que possui três fases. A primeira, também chamada de fase pré-eleitoral, inicia-se com a realização das convenções partidárias e com a escolha dos candidatos; a segunda, chamada de fase eleitoral propriamente dita, que abrange o início, a realização e o fim da votação; a terceira, chamada de fase pós-eleitoral, inicia-se com a apuração e contagem dos votos e finda-se com a diplomação dos candidatos que foram eleitos como também de seus suplentes.

O julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 3.345 restou, na parte que interessa, assim ementada:

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ANTERIORIDADE ELEITORAL: SIGNIFICADO DA LOCUÇÃO "PROCESSO ELEITORAL" (CF, ART. 16). - A norma consubstanciada no art. 16 da Constituição da República, que consagra o postulado da anterioridade eleitoral (cujo precípua destinatário é o Poder Legislativo), vincula-se, em seu sentido teleológico, à finalidade ético-jurídica de obstar a deformação do processo eleitoral mediante modificações que, casuisticamente introduzidas pelo Parlamento, culminem por romper a necessária igualdade de participação dos que nele atuam como protagonistas relevantes (partidos políticos e candidatos), vulnerando-lhes, com inovações abruptamente estabelecidas, a garantia básica de igual competitividade que deve sempre prevalecer nas disputas eleitorais. Precedentes. - **O processo eleitoral, que constitui sucessão ordenada de atos e estágios causalmente vinculados entre si, supõe, em função dos objetivos que lhe são inerentes, a sua integral submissão a uma disciplina jurídica que, ao discriminar os momentos que o compõem, indica as fases em que ele se desenvolve: (a) fase pré-eleitoral, que, iniciando-se com a realização das convenções partidárias e a escolha de candidaturas, estende-se até a propaganda eleitoral**

respectiva; (b) fase eleitoral propriamente dita, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação e (c) fase pós-eleitoral, que principia com a apuração e contagem de votos e termina com a diplomação dos candidatos eleitos, bem assim dos seus respectivos suplentes. Magistério da doutrina (JOSÉ AFONSO DA SILVA e ANTONIO TITO COSTA).

No mesmo sentido que a Corte, a escassa doutrina explica o artigo 16 Constituição Federal. Marcos Ramayana, entende que o processo eleitoral inicia-se com a escolha pelos partidos políticos dos seus pré-candidatos e que processo eleitoral é o conjunto de atos que se refletem, ou de alguma forma se projetam no pleito eleitoral, abrangendo as coligações, convenções, registro de candidatos, propaganda política eleitoral, votação, apuração e diplomação^[10].

José Afonso da Silva e Antônio Tito da Costa estabelecem que o processo eleitoral possui três fases. A primeira delas tem início com a realização das convenções partidárias até as propagandas eleitorais. A segunda fase abarca o início até o encerramento da votação. A terceira fase consiste na apuração e contagem dos votos até a diplomação dos candidatos^[11].

Em suma, “processo eleitoral”, para a Corte, e para maior parte da doutrina é um conjunto de ações que vão desde as apresentações das candidaturas pelos partidos políticos até a diplomação dos candidatos eleitos.

4. PRINCÍPIO DA ANUALIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE DE CHANCES

O princípio da anualidade, também conhecido como princípio da anterioridade, está inserido no artigo 16 da Constituição Federal.

Esse princípio visa impedir que alterações no sistema eleitoral sejam feitas após o início do processo eleitoral, estabelecendo assim uma concorrência livre e equilibrada entre os participantes do pleito e, portanto, não comprometendo a essência do próprio processo democrático^[12].

A adoção do princípio da anualidade visa a igualdade de chances^[13], que é uma garantia fundamental dos partidos e candidatos, e tem por fim a isonomia no estado democrático de direito, evitando assim a alteração pelo legislador no processo eleitoral com finalidade de prejudicar um ou outro concorrente.

Nas palavras de Francisco Campos:

Se o princípio deve reger apenas a aplicação da lei, é claro que ao legislador ficaria devassa a imensidade de um arbítrio sem fronteiras, podendo alterar, à sua discrição, por via de medidas concretas ou individuais, as condições da concorrência, de maneira a favorecer, na corrida, a um dos concorrentes, em detrimento dos demais[14].

Gilmar Mendes destaca que modificações das regras do jogo dentro do lapso temporal previsto no artigo 16 da Carta da República causam sérias consequências no resultado da eleição.

[15]Na sua análise pela não aplicabilidade imediata da Lei da Ficha Limpa o Ministro asseverou:

Com efeito, a inclusão de novas causas de inelegibilidade diferentes das inicialmente previstas da legislação, além de afetar a segurança jurídica e a isonomia inerentes ao devido processo legal eleitoral, influencia a própria possibilidade de que as minorias partidárias exerçam suas estratégias de articulação política em conformidade com os parâmetros inicialmente instituídos[16].

Sendo certo que o artigo 16 da Constituição Federal tem por objetivo a igualdade entre os participantes do pleito eleitoral, a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal aplicou este dispositivo para impedir a vigência imediata de uma norma eleitoral foi no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 3.685 de Relatoria da Ministra Ellen Gracie[17].

O objeto da ação era a emenda constitucional nº 52/06 que dava inteira autonomia aos partidos para formarem coligações partidárias no plano municipal, estadual e federal[18].

Os alicerces utilizados neste julgamento foram aqueles estabelecidos nas ações direta de inconstitucionalidade nº 354 e nº 3.345, aqui já abordados.

Em princípio ficou definido que o vocábulo lei, inserido no artigo 16 da Carta da República, é amplo e abrange lei ordinária, lei complementar, emenda constitucional, ou qualquer ato normativo que tenha caráter geral, abstrato e autônomo. Em seguida restou pacificado que o artigo 16 da Constituição é uma garantia fundamental dos partidos políticos, do cidadão candidato e do cidadão eleitor[19].

A Ministra Ellen Gracie, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 3.685, referindo-se ao artigo 16 da Carta da República, menciona:

Flávia Ribeiro, ao dissertar sobre a essência do princípio em análise, preconiza que o tempo é um elemento marcante da dinâmica eleitoral, sendo necessário redobrar as cautelas para que não seja utilizada para os desvirtuamentos, ‘fomentando situações alvissareiras para uns e prejudiciais para outros’. Adverte-se esse doutrinador que ‘as instituições representativas não podem ficar expostas a flutuações nos seus disciplinamentos, dentre os quais sobrepõem os eleitorais, que não fiquem ao sabor do dirigismo normativo das forças dominantes de cada período’[\[20\]](#).

A Ministra continua a explicação sobre o princípio da anualidade e cita, então, o Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 354, nos seguintes termos:

No tocante à garantia fundamental do devido processo legal, na sua ótica substancial, ressaltou o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, na ADI 354, não ser o bastante, para o processo eleitoral, que o jogo possua regras, sendo, assim, necessário que estas sejam prévias “à apresentação dos contendores e ao desenvolvimento da disputa e, portanto, imutáveis, até a sua decisão. Assevera, ainda, S. Exa que a anterioridade exigida pelo art. 16 “é essencial à aspiração de segurança e de isonomia, que estão subjacentes à idéia qualificada de processo, como do devido processo legal”[\[21\]](#).

Também sobre o princípio da anterioridade, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no julgamento do recurso extraordinário nº 630.147, discorre:

A importância do princípio da igualdade está em que, sem a sua observância, não haverá a possibilidade de estabelecer uma concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, o que acabará por comprometer a essência do próprio processo democrático[\[22\]](#).

Conforme evidenciado, é possível concluir que o princípio da anterioridade eleitoral é uma garantia fundamental do partido político, do cidadão candidato e do cidadão eleitor, que compõe o rol de garantias do devido processo legal eleitoral e que, sem dúvida alguma, é considerada cláusula pétrea que protege a segurança jurídica da disputa eleitoral.

CONCLUSÃO

Dessa forma, após análise da jurisprudência consolidada da Suprema Corte, fica claro que eventual emenda constitucional para eleições diretas conforme estabelecida pela PEC 67, por alterar o processo eleitoral, só terá aplicabilidade um ano após sua publicação, o que, não atende aos interesses políticos e sociais do momento, tendo em vista que o decurso do referido prazo coincidirá, na melhor das hipóteses, com a própria eleição direta de 2018, não possuindo, assim, efetividade prática.

Por fim, resta destacar que a Lei 13.165/2015 ao alterar o artigo 224^[23] do Código Eleitoral, prevê novas eleições para os cargos majoritários quando a vacância ocorrer, por exemplo, por cassação do mandato pela Justiça Eleitoral. Nessa hipótese, haverá eleição indireta se a vacância ocorrer nos 6 últimos meses do mandato e, se antes desse período, eleições diretas.

Alguns defendem a inconstitucionalidade deste artigo do Código Eleitoral por ir de encontro à literalidade do artigo 81, §1 da Constituição Federal aqui já trabalhado.

Entretanto, não há que se falar em choque de normas, logo que o Código Eleitoral trata de situações específicas em que há vacância dos cargos por decisão da Justiça Eleitoral, enquanto a Constituição Federal trata da regra geral em que a vacância ocorre, por exemplo, por impeachment ou renúncia^[24].

Pelo exposto, fica a indagação sobre a real efetividade da PEC 67, tendo como parâmetro a cláusula pétrea insculpida na Carta Maior, tantas vezes invocada pelo Supremo Tribunal Federal para proteção da segurança jurídica e que, na dicção da própria Corte, “representa garantia individual do cidadão, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e a quem assiste o direito de receber do Estado o necessário grau de segurança e de certeza jurídica contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral”^[25].

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406 de 29 de setembro de 2015. Altera Código Eleitoral.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

COSTA, Edson Lima. **As Possibilidades no Atual Cenário Eleitoral Brasileiro.** maio 2017. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/as-possibilidades-no-atual-cenario-eleitoral-brasileiro-juiz-edson-lima-costa>. Acesso em: 05/06/2017.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral.** 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral.** 9ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus.

NOTAS:

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

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

[2] Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 4, de 1993).

[3] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso extraordinário nº 630.147/DF. Voto: Ministro Gilmar Mendes. Relator: Ministro Ayres Britto. Dje de 29/09/10. p. 9.

[4] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso extraordinário nº 630.147/DF. Voto: Ministro Gilmar Mendes. Relator: Ministro Ayres Britto. Dje de 29/09/10. p. 10.

[5] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso extraordinário nº 630.147/DF. Voto: Ministro Gilmar Mendes. Relator: Ministro Ayres Britto. Dje de 29/09/10. p. 11.

[6] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso extraordinário nº 630.147/DF. Voto: Ministro Gilmar Mendes. Relator: Ministro Ayres Britto. Dje de 29/09/10. p. 11.

[7] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário nº 630.147/DF. Voto: Ministro Gilmar Mendes. Relator: Ministro Ayres Britto. Dje de 29/09/10. p. 11.

[8] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário nº 630.147/DF. Voto: Ministro Gilmar Mendes. Relator: Ministro Ayres Britto. Dje de 29/09/10. p. 12.

[9] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário nº 630.147/DF. Voto: Ministro Gilmar Mendes. Relator: Ministro Ayres Britto. Dje de 29/09/10. p. 12.

[10] RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 45.

[11] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.345/DF. Voto: Ministro Celso de Mello. Relator: Ministro Celso de Mello. Dje de 19/08/10. p. 10.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário nº 630.147/DF. Voto: Ministro Gilmar Mendes. Relator: Ministro Ayres Britto. Dje de 29/09/10. p. 50.

[13] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário nº 630.147/DF. Voto: Ministro Gilmar Mendes. Relator: Ministro Ayres Britto. Dje de 29/09/10. p. 51.

[14] Campos, Francisco. **Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 210.

[15] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário nº 630.147/DF. Voto: Ministro Gilmar Mendes. Relator: Ministro Ayres Britto. Dje de 29/09/10. p. 52.

[16] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário nº 630.147/DF. Voto: Ministro Gilmar Mendes. Relator: Ministro Ayres Britto. Dje de 29/09/10. p. 55.

[17] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário nº 630.147/DF. Voto: Ministro Gilmar Mendes. Relator: Ministro Ayres Britto. Dje de 29/09/10. p. 14.

[18] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário nº 630.147/DF. Voto: Ministro Gilmar Mendes. Relator: Ministro Ayres Britto. Dje de 29/09/10. p. 14.

[19] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário nº 630.147/DF. Voto: Ministro Gilmar Mendes. Relator: Ministro Ayres Britto. Dje de 29/09/10. p. 15.

[20] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário nº 630.147/DF. Voto: Ministra Ellen Gracie. Relator: Ministra Ellen Gracie. Dje de 25/09/08. p. 5.

[21] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário nº 630.147/DF. Voto: Ministra Ellen Gracie. Relator: Ministra Ellen Gracie. Dje de 25/09/07. p. 6.

[22] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário nº 630.147/DF. Voto: Ministro Gilmar Mendes. Relator: Ministro Ayres Britto. Dje de 29/09/10. p. 59.

[23] Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.

§ 1º Se o Tribunal Regional na área de sua competência, deixar de cumprir o disposto neste artigo, o Procurador Regional levará o fato ao conhecimento do Procurador Geral, que providenciará junto ao Tribunal Superior para que seja marcada imediatamente nova eleição.

§ 2º Ocorrendo qualquer dos casos previstos neste capítulo o Ministério Público promoverá, imediatamente a punição dos culpados.

§ 3º A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

§ 4º A eleição a que se refere o § 3º correrá a expensas da Justiça Eleitoral e será: (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

I - indireta, se a vacância do cargo ocorrer a menos de seis meses do final do mandato; (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

II - direta, nos demais casos. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

[24] COSTA, Edson Lima. **As Possibilidades no Atual Cenário Eleitoral Brasileiro**. maio 2017. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/as-possibilidades-no-atual-cenario-eleitoral-brasileiro-juiz-edson-lima-costa>. Acesso em: 05/06/2017.

[25] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.685/DF. Relator: Ministra Ellen Gracie. Dje de 24/03/06.

O SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO APÓS O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

**JERÔNIMO APARECIDO
GRANGEIRO**

DUTRA: Bacharelando em Direito pela Universidade Brasil - Fernandópolis - SP.

Ailton Nossa Mendonça

(Orientador)[\[1\]](#)

RESUMO: No presente estudo abordamos os aspectos teóricos da incidência dos precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro. Os precedentes são uma realidade no cotidiano da comunidade jurídica brasileira há décadas, no entanto, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, ocorreu a positivação dos precedentes pelo novo instrumento processual. Historicamente, no Brasil predomina o sistema jurídico vocacionado ao *civil law*, ante às mudanças introduzidas pelo novel diploma ganhou relevo às discussões acerca de uma possível conversão ao sistema *common law*, o que demanda uma contextualização das duas escolas considerando as características do ordenamento jurídico pátrio. O cerne da questão reside na vinculação obrigatória de juízes e tribunais aos precedentes, outrora os precedentes eram invocados, mas sua aplicabilidade era facultativa, hodiernamente em razão do arrimo conferido pelo vigente Código à observância dos precedentes passa a ser inescusável. O projeto visa demonstrar que a afirmação dos precedentes reclama esforços constantes da doutrina e da comunidade jurídica. O texto está dividido em duas partes, na primeira são apresentados os atributos das escolas do *civil law* e *common law*, enquanto a segunda, trata do histórico e formação dos precedentes no Brasil. A construção argumentativa tem como substrato os estudos anteriormente realizados sobre o tema.

Palavras-chave: ordenamento jurídico, precedentes, *civil law*, *common law*, força vinculante.

ABSTRACT: In the present study we address the theoretical aspects of the incidence of binding precedents in the Brazilian legal system. The precedents have been a reality in the daily life of the Brazilian legal community for decades, however, with the advent

of the Civil Procedure Code of 2015, the precedence of the precedents was replaced by the new procedural instrument. Historically, in Brazil, the legal system focused on the civil law, before the changes introduced by the diploma, has gained prominence in the discussions about a possible conversion to the common law system, which demands a contextualization of the two schools considering the characteristics of the legal order of the country. At the heart of the matter is the compulsory attachment of judges and tribunals to precedents, former precedents were invoked, but their applicability was optional, since the present Code of Conduct conferred on the precedents is now inexcusable. The project aims to demonstrate that the affirmation of the precedents demands constant efforts of the doctrine and the legal community. The text is divided into two parts, the first presents the attributes of civil law and common law schools, while the second deals with the history and formation of precedents in Brazil. The argumentative construction has as substratum the previous studies already done on the subject.

Keywords: legal order, precedents, civil law, common law, binding force.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DO SISTEMA JURIDICO BRASILEIRO. 2.1 DO CIVIL LAW. 2.2 DO CIVIL LAW A QUESTÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA. 2.3 DO INDIVIDUALISMO DO JUIZ NO CIVIL LAW 2.4 DO COMMON LAW. 2.5 DO COMMON LAW E STARE DECISIS. 2.6 DO RATIO DECIDENDI NO COMMON LAW. 2.7 DO OBITER DICTUM NO COMMON LAW. 2.8 DA APLICAÇÃO DOS METODOS DE DISTINGUISHING. 2.9 DA REVOGAÇÃO DOS PRECEDENTES (OVERRULING). 2.10 DA APROXIMAÇÃO DAS ESCOLAS CIVIL LAW E COMMON LAW. 3 DA FORMAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO. 3.1 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 3.2 DOS PRECEDENTES NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3.3 DA DIFERENÇA ENTRE JURISPRUDÊNCIA UNIFORME E PRECEDENTES. 3.4 DA FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES. 3.5 DA RESISTÊNCIA À OBEDIÊNCIA DOS PRECEDENTES. 4. CONCLUSÃO. 5 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O direito, enquanto ciência, que se ocupa do estudo de fatos sociais, não se funda sobre normas, mas sobre os princípios que as condicionam e as tornam significantes.

As transformações sociais, econômicas e políticas exigem que a incidência da norma positivada esteja adequada ao contexto contemporâneo.

O Código de Processo Civil de 2015 traz o sistema de precedentes vinculantes como a essência do novo diploma processual. Segundo grande parte da doutrina, estamos diante de uma evolução do pensamento jurídico brasileiro, resultado de estudos iniciados a cerca de uma década que permitiram produzir um código processual apoiado nas decisões dos Tribunais Superiores.

O novo instrumento processual nos artigos 926 e 927, estabelece que deverão ser respeitadas à eficácia e à importância reconhecida aos precedentes judiciais, admitimos, que há tempos, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973 os precedentes eram invocados na argumentação das partes na busca pelo convencimento dos magistrados, e também, na fundamentação das decisões judiciais, mas, evidentemente, não havia obrigatoriedade de aplicação, prevalecendo o livre convencimento.

A força vinculante dos precedentes judiciais é justamente o cerne da questão, de um lado, posiciona-se o entendimento que prima por uma jurisprudência estável, íntegra e coerente que visa afastar decisões divergentes em casos congêneres, por outro lado, a obediência aos precedentes é atacada por uma parte de renomados juristas que entendem ser o sistema de precedentes inconstitucional por violar princípios e garantias constitucionais.

Nesse esboço, busca-se, compreender a aplicação dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, para tanto, recorreremos ao histórico de decisões e alterações constitucionais e infraconstitucionais que foram sustentáculo dos precedentes até a sua positivação por meio do Código de Processo Civil de 2015.

2. DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

O sistema jurídico brasileiro estruturou-se vocacionado ao *civil law*, tradição predominante nos países de origem romano-germânica. A Escola do *civil law* tem como fonte primária do ordenamento jurídico a lei, instrumento que permeia e subsidia o judiciário quando provocado.

A atuação do judiciário nos países em que impera o *civil law*, restringe-se ao direito escrito, positivado, competindo ao magistrado à interpretação e aplicação da lei,

ou seja, não reconhece a possibilidade da criação de um direito a partir do exercício da hermenêutica.

A Carta Magna no artigo 5º, inciso II, estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, o que ratifica a adoção do sistema legal positivado em lei.

Ao passo que passamos a fazer uso dos termos sistema jurídico e ordenamento jurídico faz-se necessária a sua conceituação, para qual valemo-nos dos ensinamentos do jurista italiano Norberto Bobbio.

Em sua obra Teoria do Ordenamento Jurídico, esclarece que o “ordenamento jurídico é composto de um complexo de normas, o que justifica seu argumento de que as normas não existem isoladamente, mas são ligadas umas às outras formando um sistema normativo”. Para Bobbio, a unidade e a coerência são características essenciais de um ordenamento.

Quanto ao significado de sistema jurídico, “um ordenamento jurídico constitui um sistema porque nele não podem existir normas incompatíveis”. Nessa acepção, “sistema, equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas”.

No Brasil como em todos os países que adotam a *civil law*, prepondera o direito escrito e legislado em relação a doutrina e a jurisprudência, a regra é a codificação e a primazia da lei.

2.1 DO *CIVIL LAW*

A tradição *civil law*, estrutura-se a partir da influência do Direito Romano exercida sobre países da Europa Continental e suas colônias, uma vez que os princípios do Direito Romano superaram o direito local, ensejando a criação de Leis, Códigos, Constituições.

Nesse sentido, temos as explicações da Andreia Costa Vieira:

A expressão *Civil Law*, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais; portanto, também denominado sistema Romano-Germânico. (2007, p. 270)

Cabe destacar ainda, que os acontecimentos no século XX na França, decorrentes dos excessos de privilégios aos nobres, clero e magistrados, resultaram na Revolução Francesa, que foi determinante para a criação de um novo modelo jurídico.

2.2 DO *CIVIL LAW* E A QUESTÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Na tradição *civil law*, prevalente no ordenamento jurídico brasileiro há séculos, irradia a idealização de que é imprescindível à observância da lei para que o Estado no exercício de sua função jurisdicional ofereça segurança jurídica aos seus administrados.

Entretanto, no exercício da hermenêutica, o magistrado recorre a um rol de métodos de compreensão e aplicação da norma positivada, valendo-se, inclusive de elementos textuais e extratextuais com o fim de dar a correta aplicação da lei ao caso concreto, contudo, prevalecerá sempre o seu livre convencimento, ainda que motivado.

Ainda que nossos magistrados tenham atuações diligentes no trato da aplicação da norma jurídica, é forçoso reconhecer que por reiteradas vezes as decisões prolatadas a partir de percepções morais do próprio julgador, são ineficazes a solução das contendas e pouco contribuem para sustentar a segurança jurídica aos jurisdicionados.

2.3 DO INDIVIDUALISMO DO JUIZ NO *CIVIL LAW*

Quanto ao poder monocrático conferido aos magistrados em jurisdição de primeiro grau, temos as explicações do professor Luiz Guilherme Marinoni:

Embora as decisões no sistema *civil law* variem constantemente de sinal, trocando de sentido ao sabor do vento, isso deve ser visto como uma patologia ou como equívoco que, lamentavelmente, arraigou-se em nossa cultura jurídica. (2016, p. 54-55).

Diante de uma extensa variedade de interpretações e decisões a cerca de fatos semelhantes, o Estado-Jurisdição é acometido pelo descrédito, consequência das decisões conflitantes prolatadas por órgãos do judiciário.

2.4 DO *COMMON LAW*

Na tradição *common law*, prevalece uma construção jurídica fundada em normas e regras não escritas, mas sancionadas pelo costume e jurisprudência, as quais são dotadas de efeitos normativos, o *common law* representa a lei nos Tribunais.

A tradição do *common law* tem seu início e desenvolvimento baseado na habitualidade cotidiana da sociedade inglesa, fundada em duas teorias de jurisdição, a primeira delas primava pela ideia de que o juiz apenas declarava o direito, enquanto a segunda, constitutiva ou positivista, defendia que ao magistrado era conferido o poder de criação do direito, no final ambas as teorias convergiram, adaptaram-se a um sistema de respeito obrigatório aos precedentes.

2.5 DO *COMMON LAW* E *STARE DECISIS*

De início cabe apontar as diferenças entre *common law* e *stare decisis*, logo, o *common law*, é o resultado das decisões dos tribunais e dos costumes, enquanto o *stare decisis*, ou precedente de respeito obrigatório, constitui apenas um elemento do moderno *common law*, que não deve ser comparado ao *common law* antigo.

Logo, explica Marinoni que realça a diferença entre ambos, enfatizando que o *common law* foi formado pelos costumes gerais e já existia por vários séculos antes do surgimento do *stare decisis* ou precedente de respeito obrigatório.

Oportuno destacar, que não há vinculação e simultaneidade do *common law* ao *stare decisis*.

2.6 DA *RATIO DECIDENDI* NO *COMMON LAW*

A formação de um precedente dar-se-á a partir de decisões maturadas em Tribunais Superiores que influenciará sobre diversos casos em condições análogas, portanto a *ratio decidendi* ou “razão para a decisão” ou “razão para decidir”, representa as razões e as justificativas que conduziram ao entendimento para a solução de uma demanda judicial.

2.7 DO *OBITER DICTUM* NO *COMMON LAW*

No enfrentamento das teses, inquirições e indagações que formam o escopo de uma problemática levada a apreciação do judiciário, há questões indiscutivelmente necessárias que deverão ser julgadas e avaliadas, como também, haverá outras que não demandam apreciação, em vista de sua irrelevância para o deslinde e alcance da decisão, quanto a essas últimas estamos diante da *obiter dictum*.

O conceito de *obiter dictum*, segundo Marinoni:

Para se compreender o significado de *obiter dictum*, ainda que na dimensão do *common law*, torna-se necessário sublinhar que a *ratio decidendi* seria um passo necessário ao alcance da decisão. Isso fundamentalmente porque, quando se olha para uma questão perguntando-se se ela constitui *ratio decidendi* ou *obiter dictum*, indaga-se sobre a necessidade ou não de enfrentamento a fim de se chegar à decisão (2016, p.169).

Inegavelmente, existe uma dificuldade acentuada em formar o conceito de *obiter dictum*.

2.8 DA APLICAÇÃO DOS MÉTODOS DE *DISTINGUISHING*

O *distinguishing*, ou melhor, a distinção, é a técnica pela qual se vale o operador do direito ao tratar um caso específico, comparando este, com aquele formador da tese jurídica que resultou na formação do precedente.

A comparação para a correta aplicação do precedente recebe o nome de *distinguishing*, que, segundo Cruz e Tucci “é método pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”.

A decisão pela aplicabilidade ou não de um precedente a um determinado caso exige do magistrado pleno conhecimento das razões de fato e de direito que formaram o precedente.

2.9 DA REVOGAÇÃO DOS PRECEDENTES (*OVERRULING*)

A afirmação de um precedente no ordenamento jurídico decorre de uma necessidade aferida no momento em que uma decisão é proferida, passando está a refletir em casos futuros, razão pela qual, se faz necessária uma avaliação constante da

contribuição de um precedente em vista das transformações políticas, sociais e econômicas.

Logo, o interprete-julgador não restringe a sua atividade hermenêutica aos fundamentos da norma escrita, ao reunir elementos que o subsidie em uma decisão, considera os anseios contemporâneos da sociedade, momento em que fará exame do cabimento ou não da aplicação de um precedente.

No que diz respeito à revogação, acrescenta Marinoni:

A revogação de um precedente depende de adequada confrontação entre os requisitos básicos para o *overruling* - ou seja, a perda da congruência social e o surgimento da inconsistência sistêmica – e os critérios que ditam as razões para a estabilidade ou para a preservação do precedente – fundamentalmente a confiança justificada e a prevenção contra a surpresa injusta (2016, p. 254).

A técnica do *overruling* se distancia da *distinguishing*, enquanto na primeira temos a revogação do entendimento padronizado que forma o precedente, na segunda, ocorre o confronto do caso concreto em análise a tese formadora do precedente, aplicando-o ou afastando.

2.10 DA APROXIMAÇÃO DAS ESCOLAS *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

A escola do *civil law* ancorada nos ideais da Revolução Francesa tinha como desígnio o fiel cumprimento da lei pelos juízes, tornando o magistrado submisso à norma escrita, vinculando a garantia da segurança jurídica a aplicação da norma.

No entanto, a densidade da escola do *civil law* foi parcialmente desfigurada ao longo dos anos, tornando o juiz contemporâneo distante daquele idealizado nos ideais genuínos da escola, aproximando-se, em partes do juiz do *common law*, ainda que nos dias atuais sejam decididos casos iguais de forma desigual.

A evolução fica evidente quando é assegurado ao juiz da *civil law* o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, a função exercida aproxima o juiz brasileiro dos juízes atuantes em países vocacionados ao *common law*.

3. DA FORMAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO

O entendimento quanto à formação dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro é uma questão intrincada. Por muito tempo prevaleceu à tradição da escola do *civil law*, o que inegavelmente afasta-nos dos sistemas de tradição jurídica do *common law*, manifestamente, no ordenamento jurídico pátrio à admissão e aplicação dos precedentes dependerá de previsão legal.

Nas palavras de Jaldemiro Rodrigues Ataíde Junior *apud* Elpídio Donizete , as perspectivas “se volta a solucionar com maior segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia as demandas de massa, as causas repetitivas, ou melhor, as causas de relevância ultrapassam os interesses subjetivos das partes”.

Apoiando-se no posicionamento doutrinário dominante, em uma avaliação inteligível, podemos afirmar que há mais de vinte anos no Brasil temos uma adesão ao sistema de precedentes, estabelecida a partir da hierarquização dos julgados realizados pelos Tribunais Superiores.

Em um primeiro momento, cabe recordar que a Lei 8.038, de 20 de maio de 1.990, que instituiu normas procedimentais para os processos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, em seu artigo 38, atualmente revogado pela Lei 13.105 de 2015, assim, determinava:

O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.

Com a promulgação da Emenda Constitucional número 03 de 17 de março de 1993, que acrescentou o § 2º ao artigo 102 da Carta Magna, podemos dizer que houve uma recepção constitucional aos precedentes, ainda que realizada por meio do poder constituinte derivado, seguramente é a positivação da aplicação dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, destacamos a inclusão do § 2º ao artigo 102 da Lei Maior:

§ 2.º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

No âmbito normativo infraconstitucional, merece destaque o Código de Processo Civil já revogado, a Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1.973, em razão das alterações de diversos dispositivos ao longo dos anos também demonstrou a inclinação do diploma aos precedentes judiciais, como exemplo, destacamos: art. 285-A; art.481, parágrafo único, art. 557, art. 475, § 3º; e art. 518, § 1º.

Indubitavelmente, a mais profunda alteração em nosso ordenamento jurídico que reforça a necessidade de estudo dos precedentes judiciais veio com a Emenda Constitucional, nº 45 de 30 de Dezembro de 2004, conhecida como a reforma do Poder Judiciário. Além da reforma, conferiu ao Supremo Tribunal Federal o direito de instituir súmulas vinculantes com respeito obrigatório pelos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta.

Entre as principais alterações constitucionais produzidas pela EC 45/04, merece destaque o § 3º acrescentado ao artigo 102 da Lei Maior, que tratou do reconhecimento da repercussão geral em sede de recurso extraordinário.

3.1 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Com o advento do novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105, de 10 de março de 2015, o legislador deu mais alguns passos no sentido de valorizar o significado dos precedentes judiciais, passando a denomina-los vinculantes ou obrigatórios, cabendo aos tribunais uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Por sua vez elenca no art. 927 um rol exemplificativo dos pronunciamentos que deverão ser observados pelos juízes e tribunais:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

O disposto no art. 927 representa uma combinação entre decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, súmulas, decisões tomadas em vias de casos repetitivos, e orientações do plenário ou do órgão especial, todas estas, tendentes a uniformizar a jurisprudência.

Nota-se, que o atual diploma processual não faz nenhuma menção a precedentes, *ratio decidendi* ou fundamentos determinantes da decisão.

Nessa acepção pondera Eduardo Talamini “o Código, portanto, não é causador de nenhuma alteração de paradigmas. Antes, ele é o reflexo de paradigmas que foram gradativamente se alterando nos últimos cinquenta ou sessenta anos”.

Logo, prevalece perfunctoriamente o entendimento de que a ampliação dos pronunciamentos vinculantes não torna o sistema jurídico brasileiro fundado genuinamente nos precedentes, como ocorre no *common law*.

3.2 DOS PRECEDENTES NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Após a edição do atual Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça – STJ editou as Emendas de nº. 23, 24 e 26 alterando o regimento interno com vistas à disciplinar o procedimento de mediação no Tribunal e adequá-lo ao novo Código Processual vigente.

Merece destaque a Emenda Regimental nº 26, que acrescentou o inciso V ao art. 40 e o artigo 46-A ao regimento interno, tendo como finalidade a criação da comissão gestora de precedentes em atendimento a Resolução 235 do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre a padronização dos procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos na Lei 13.105, de 16 de março de 2015.

O Tribunal da Cidadania composto por um número extenso de ministros encontra dificuldades em alinhar o entendimento entre as turmas, entretanto, espera-se que com a observância aos precedentes, evite decisões conflituosas e desiguais para casos iguais, assegurando a igualdade do direito judicial.

A instabilidade do posicionamento jurisprudencial é objeto de críticas de renomados doutrinadores, entre eles, destacamos o jurista Sacha Calmon Navarro Coêlho, que enfatiza “temos uma instabilidade jurisprudencial elevadíssima e os juízes estão na base disso”; “não há tribunal nesse país que desunifique mais o entendimento jurisprudencial do que o Superior Tribunal de Justiça”.

Luis Guilherme Marinoni, com a precisão que lhe é peculiar, acrescenta:

[...] É completamente absurdo imaginar que, tendo o Superior Tribunal de Justiça o dever de uniformizar a interpretação da lei federal, possam os Tribunais de Justiça e Regionais Federais aplica-la de modo diferente [2016, p. 315].

A dificuldade em harmonizar o entendimento jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça representa uma das maiores dificuldades para implantação dos precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro.

3.3 DA DIFERENÇA ENTRE JURISPRUDÊNCIA UNIFORME E PRECEDENTES

A jurisprudência uniforme representa um conjunto de decisões reiteradas pelos Tribunais, de modo que, revela-se como um elemento norteador para decisões de casos análogos. O preclaro Miguel Reale, assim definiu a palavra jurisprudência “a forma de revelação do Direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”.

Por outro lado, o precedente, apesar de também exercer uma função de orientar jurisdicionados e magistrados, sua formação se dá a partir de uma decisão em matéria de direito, sopesadas as razões de fato.

Contudo, o magistrado ao deparar-se com um caso semelhante, no qual seja aplicável um entendimento jurisprudencial já uniformizado, não restará vinculado, pois é facultada a interpretação segundo o livre convencimento, podendo, desatrelar-se das razões de fato e de direito da jurisprudência pacificada.

Em sentido oposto, o precedente tem incidência abrangente, impede o magistrado, em casos iguais, desvincular-se das razões jurídicas e dos fatos que foram fundamentos para firmar um paradigma, sustentando o ideal, de igualdade e coerência do direito.

3.4 DA FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES

O diploma processual explicita no artigo 927 que os juízes e os tribunais observarão os precedentes judiciais com o intuito de tornar a jurisprudência estável, íntegra e coerente, por essa determinação, resta-nos crer, que em casos congêneres a uma situação fática que ensejou paradigma decisório, o magistrado ou tribunal, deverá apreciar o caso concreto invocando a incidência do precedente cabível, de modo que, seja aplicado ou afastado, justificando na forma do artigo 499, §1º, incisos V e VI.

Nesse diapasão, admite-se reputar aos precedentes disciplinados no Código de Processo Civil força vinculante equivalente à reservada aos instrumentos de convalidação constitucional, ou seja, o controle concentrado de constitucionalidade reservado ao pleno da Suprema Corte.

3.5 DA RESISTÊNCIA À OBEDIÊNCIA AOS PRECEDENTES

O novo diploma processual é alvo de críticas por parte de renomados doutrinadores, para um seleto grupo de célebres juristas, o Código obstará o desenvolvimento do direito tornando-o ineficaz às demandas sociais contemporâneas, pontuam ainda, que estamos diante de uma violação aos princípios, da separação dos poderes, da independência dos juízes, do juiz natural e da garantia do acesso à Justiça.

Para o ilustre Nelson Nery Jr. “o que o Código nos diz é esqueçam a lei, a Constituição e a doutrina porque o que vale agora é o que eu Tribunal (STF ou STJ)

disser”, para o processualista, “o sistema de precedentes vinculante considerado o espírito do CPC de 2015 é inconstitucional”.

Como visto, o instituto dos precedentes vinculantes para se afirmar passará por um processo de validação doutrinária.

4 CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 2015, inegavelmente, trouxe profundas mudanças em matéria processual, tem como fundamento a aplicação obrigatória dos precedentes judiciais, o diploma reforça a grandeza dos precedentes já aceitos e aplicados no ordenamento jurídico brasileiro com vistas a assegurar a manutenção de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente.

Reconhecemos que o propósito vai de encontro com as necessidades dos jurisdicionados e de toda a comunidade jurídica, primeiro, às partes ao recorrer ao judiciário buscam a proteção de um direito e desejam uniformidade de decisões como forma de segurança jurídica, por outro lado, os operadores do direito, exigem uma atuação homogênea do judiciário que impeça decisões divergentes em situações análogas.

Nesse contexto não se vislumbra um judiciário engessado, subtraindo direitos e garantias ou contrariando à Constituição Federal, pelo contrário, uma atuação harmônica pautada pelas razões de fato e direito, que nos permita evoluir na construção jurisprudencial adaptada as necessidades sociais.

Por fim, se alcançada à pretensão de uniformizar a jurisprudência e a atuação jurisdicional, renovam-se as esperanças de que os processos no âmbito judicial ou administrativo possam ter razoável duração nos termos do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna, obviamente, seria uma grande conquista do Estado e seus jurisdicionados.

5 REFERÊNCIAS

Donizetti, Elpídio. A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil. Disponível em:

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Apresentação: Tércio S. Ferras Junior. Tradução: Maria Celeste C.J.Santos, rev.téc. Cláudio de Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 6ª ed. 1995. Pág. 71.

BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. São Paulo: Edipro, 2008, p.37.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. São Paulo: Edipro, 2011. p. 79/82.

MARINONI, Luis Guilherme. Precedentes obrigatórias. 5ª ed; ver. atual. e amp. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2016, p.54.

VIEIRA, Andréia Costa. Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.

MARINONI, Luis Guilherme. Precedentes obrigatórias. 5ª ed; ver. atual. e amp. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2016, p.27.

MARINONI, Luis Guilherme. Precedentes obrigatórias. 5ª ed; ver. atual. e amp. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2016, p.31.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004. p.174

Lei 8.038, de 20 de maio de 1.990, art. 38.

Código de Processo Civil já revogado, a Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1.973. art. 285-A; art.481, parágrafo único, art. 557, art. 475, § 3º; e art. 518, § 1º.

Emenda Constitucional 45/2004, inserção do art. 103-A (súmulas vinculantes) e § 3º ao artigo 102 (repercussão geral),

Lei 11.418 de 2016 , que incluiu o artigo 543-A, § 3º.

BARROSO, Luis Roberto. MELLO, Patrícia Campos Perroe. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>

Morgana Henicka Galio. HISTÓRIA E FORMAÇÃO DOS SISTEMAS CIVIL LAW E COMMON LAW: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas. Disponível

em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>

JR, Nelson Nery. Núcleo duro do novo CPC é inconstitucional. 21 de dezembro de 2016. Disponível em <https://jota.info/justica/nucleo-duro-novo-cpc-e-inconstitucional-diz-jurista-21122016>. Acesso em 03/06/2017.

NOTA:

[1] Possui graduação em Matemática pela Centro Universitário de Votuporanga (1983), graduação em Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto (1997), especialização em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto (1999), mestrado em Direito Público pela Universidade de Franca (2000) e doutorado em Direito Empresarial pela Universidade de Extremadura (2002). Atualmente é assessor jurídico da Prefeitura Municipal de Fernandópolis e professor da Universidade Brasil.

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

CÍNTIA CRISTINA ZANETONI: Bacharelado no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais - DIREITO, na Instituição de ensino Universidade Brasil - UNICASTELO, Campus Fernandópolis - SP.

Ailton Nossa Mendonça (Orientador) [1]

RESUMO: O incidente de resolução de demandas repetitivas foi incluído pelo novo Código de Processo Civil, com ares de esperança, a fim de tornar uma importante ferramenta no deslinde de demandas individuais de massa em que haja multiplicidade de processos que contenham controvérsia sobre idêntico ponto de direito, com o propósito de fixar tese jurídica aplicável a todos os casos. O presente trabalho tem por finalidade observar os fundamentos práticos e teóricos do instituto.

Palavras-chave: incidente de demandas repetitivas, multiplicidade de processos, idênticos.

ABSTRACT: The incident of resolution of repetitive demands was included by the new Code of Civil Procedure, with an air of hope, in order to become an important tool in the delineation of individual mass demands in which there are multiplicity of processes that contain controversy on the same point of law, With the purpose of establishing legal theory applicable in all cases. The present work aims to observe the practical and theoretical foundations of the institute.

Keywords: Incident of repetitive demands, multiplicity of processes, identical.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DA FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO. 3 BREVES CONSIDERAÇÕES DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. 3.1 DO CABIMENTO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. 3.2 LEGITIMADOS. 3.3 COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO. 4 PROCEDIMENTO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. 4.1 DA TUTELA DE URGÊNCIA DURANTE A SUSPENSÃO DO PROCESSO. 4.2 DO PRAZO PARA JULGAMENTO. 4.3 DA REVISÃO DA TESE JURÍDICA FIRMADA EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. 4.4 CONSEQUÊNCIAS VINCULANTES. 5 CONCLUSÃO. 6 REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

A lei 13.105/2015, que institui o novo Código de Processo Civil, estabelece um microsistema destinado à resolução de casos repetitivos, que compreende as técnicas destinadas ao julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivo e incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Estes mecanismos visam a conferir tutela jurisdicional diferenciada para a litigância de massa.

Trata-se de uma técnica que estabelece uma espécie de cisão na cognição do processo, estabelecendo o julgamento das questões comuns em demandas repetitivas para os juízes de segundo grau, originando uma espécie de “procedimento-modelo”.

A ideologia do novo Código de Processo Civil visa ultrapassar a mera eficácia das normas instrumentais e atingir a efetividade do processo, nessa esteira o incidente de resolução de demandas repetitivas traz como escopo uniformizar entendimentos e possibilitar a agilidade no julgamento dos processos, uma vez estabelecido o processo-modelo pelo segundo grau.

O juízo de primeiro grau, depois de instalado e julgado o incidente, deverá aplicar o padrão decisório estabelecido, mas com competência e legitimidade para atender as peculiaridades de cada caso concreto.

O incidente de resolução de demandas repetitivas pode ser um instrumento muito importante para ressignificar à tutela da litigiosidade repetitiva no nosso sistema, tornando-a constitucionalidade adequada à efetiva. Nas linhas que seguem, desenvolveremos ideias que possam gerar ao menos algum debate sobre o tema.

2. DA FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

O sistema jurídico brasileiro adotou em regra o sistema jurídico romano-germânico Civil Law, segundo o qual, considera a lei como fonte primária do Direito que é positivado e escrito tendo o juiz como àquele que interpreta e desempenha a lei, posto que a Constituição Federal vigente, ao elencar direitos e garantias fundamentais em seu artigo 5º, prevê, no inciso II, o princípio da legalidade, assim mencionado na Carta Magna:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

No aspecto histórico do Civil Law, percebe-se a influência do direito romano, deste modo, o Civil Law reporta-se a época do Império Romano que desenvolveu a estrutura do que seria o sistema jurídico codificado, uma vez que, recebeu a influência da doutrina alemã e francesa do século XIX.

Verifica-se a proximidade entre os sistemas do civil law e common law, tendo por decorrência, um intercâmbio entre tais institutos, pois, o sistema jurídico brasileiro vem recebendo há muito tempo influências de países que tradicionalmente, adotam o sistema common law. Na tradição common law predomina a construção jurídica formada em normas e regras não escritas porém sancionadas pelo costume e jurisprudência, as quais são dotadas de efeitos normativos.

A princípio, dentre as razões indicadas para a criação do Novo Código de Processo Civil, havia a comunidade jurídica com os seus jurisdicionados que esperavam por uma revolução em matéria processual tendente a tornar mais célere a atividade judiciária, reduzindo a morosidade e os atrasos ao sistema judicial, diminuindo a quantidade de recursos passíveis a oposição, tal como outros instrumentos que acabavam por protelar o seguimento do processo. Há muito tempo o Brasil aceita o sistema de precedentes, definida a partir da hierarquização dos julgados realizados pelos tribunais superiores.

Com a Emenda Constitucional número 3 de 17 de março de 1993, que acrescentou o parágrafo 2º ao artigo 102 da Constituição Federal, houve a recepção constitucional aos precedentes, embora realizada pelo poder constituinte derivado, certamente é a positivação da aplicação dos precedentes ao ordenamento jurídico brasileiro, destacamos:

Art. 1º: Os dispositivos da Constituição Federal abaixo enumerados passam a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 102.

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Indiscutivelmente, a maior alteração em nosso ordenamento jurídico que reforça a necessidade de estudo dos precedentes judiciais veio com a Emenda Constitucional conhecida como a reforma do poder judiciário, emenda nº 45 de 30 de dezembro de 2004.

3. BREVES CONSIDERAÇÕES DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O Código de Processo Civil prevê o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como instrumento jurídico destinado a fixar teses jurídicas.

Este incidente de resolução de demandas repetitivas destina-se as situações em que haja multiplicidade de processos que contenham controvérsia sobre idêntico ponto de direito, com o objetivo de fixar a tese jurídica aplicável a todos os casos.

O artigo 985 do Código de Processo Civil determina que julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada em todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, e os casos futuros que versem idêntica questão de direito venha a tramitar no território de competência do tribunal.

Os princípios que influenciam o incidente de resolução de demandas repetitivas, assim como seus objetivos, consistem em: economia processual, previsibilidade, segurança jurídica e isonomia entre os jurisdicionados.

3.1 DO CABIMENTO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Segundo o artigo 976 do Novo Código de Processo Civil, o incidente de resolução de demandas repetitivas, será admissível nos casos, em que, juntamente, forem analisados os seguintes requisitos:

Art. 976 (...)

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Sendo assim, não basta somente a perspectiva de que venham a surgir vários processos em que se questione a mesma questão de direito. A pluralidade de processos já deve existir e ser efetiva, e não somente potencial. Ainda que o objeto da resolução do incidente seja a questão jurídica, verifica-se que é indispensável o padrão fático repetitivo, isto é, a questão jurídica repetitiva presume, por idênticos aspectos fáticos repetitivos nos diversos processos.

A questão repetitiva pode ser uma questão de direito processual, conforme o artigo 928, parágrafo único do Novo Código de Processo Civil:

Art. 928. (...)

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

Todavia, não basta à efetiva reiteração de processos com a mesma questão jurídica, é necessário também que exista o risco de violação da isonomia ou da segurança jurídica, quando em vários processos a mesma questão jurídica estiver recebendo soluções diferentes.

Quando estiver ausente um dos pressupostos de admissibilidade, nada impede que uma vez sanado o requisito seja o incidente novamente provocado, destacamos:

Art. 976.(...)

§ 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

Sendo assim nada impede que uma vez satisfeito o requisito de admissibilidade, o incidente seja novamente provocado.

3.2. DOS LEGITIMADOS

De acordo com o novo Código de Processo Civil, os legitimados para motivar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas são: o juiz ou relator, por ofício; as partes por petição; o Ministério Público e a Defensoria Pública, também por petição. Podendo então o incidente ser instaurado por iniciativa do órgão jurisdicional, de sujeitos parciais de processos pendentes, e de instituições públicas essenciais à função jurisdicional do Estado.

Confere ao relator que mesmo sem o pedido das partes, oficiar pleiteando o incidente de resolução, quando constar a existência de questão jurídica repetitiva que preencha os pressupostos de admissibilidade. O relator não instaura o incidente, ele apenas pede ao presidente do tribunal a instauração. O juiz de primeiro grau também tem tal poder, e poderá exercer quando remeter recurso ou reexame necessário ao tribunal.

A legitimidade do Ministério Público, não é somente quando ele for parte no processo, mas também poderá atuar como fiscal da lei, e à Defensoria Pública, nos processos em que atua.

O Código ainda prevê a intervenção do Ministério Público, como condutor no caso de desistência ou abandono, e ainda que possa se manifestar em alguns momentos: após a admissão do incidente; após a manifestação das partes e dos demais interessados; e na sustentação oral.

O Ministério Público tem a legitimidade mais abrangente, já que ele compete a defesa da ordem jurídica, destacamos:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Portanto fica demonstrado que a atuação do Ministério Público é mais ampla, já que o mesmo tem legitimidade tanto para a instauração quanto para a instrução, e ainda, para interposição de recurso.

3.3 DA COMPETENCIA PARA JULGAMENTO

Ainda que o endereçamento seja feito ao presidente do Tribunal, o julgamento de mérito será efetuado pelo órgão fracionário estabelecido pelo regimento interno de cada Corte. Considerando que a Carta Magna conferiu aos próprios tribunais, a responsabilidade de definir em seus regimentos internos. Sendo assim, é admitido que os tribunais locais concedam ao órgão especial ou de plena a competência para processar e julgar o incidente ou, além disso, que criem novos órgão fracionários com a competência específica para julgamento de processos repetitivos.

Segundo o tema a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados- ENFAM, que editou o enunciado que, ao contrário da literalidade do caput do artigo, confere ao órgão colegiado dos juizados especiais a competência para processar julgar o incidente, no âmbito daquele órgão:

Enunciado 44: admite-se o IRDR nos juizados especiais, que deverá ser julgado por órgão colegiado de uniformização do próprio sistema.

O Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC editou o enunciado em sentido contrário ao ENFAM:

Enunciado 343: o incidente de resolução de demandas repetitivas compete ao tribunal de justiça ou tribunal regional.

Há uma controvérsia a respeito do tema, a Carta Magna por sua vez, conferiu aos tribunais a responsabilidade de definir em seus regimentos internos.

4. PROCEDIMENTO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O procedimento judicial do incidente de resolução contém duas fases: a primeira é a da admissibilidade, e a segunda é a do mérito ou da fixação de tese jurídica.

Ao ser motivado, devido o pedido de instauração do incidente, o presidente do tribunal, depois de tomar as devidas providências para a divulgação do pedido no site do tribunal e no Conselho Nacional de Justiça, distribuirá a competência para a condução do incidente a um desembargador relator, que tomara as providências para que o tribunal possa realizar o juízo de conhecimento.

Compete ao desembargador relator conduzir o pedido incidental para julgamento no colegiado, para ser ou não admitido. Ainda que possa ocorrer eventualmente esse julgamento de admissibilidade do colegiado por meio eletrônico, bem como faz o Supremo Tribunal Federal na análise da repercussão geral das questões constitucionais discutidas, nos termos da Constituição Federal, artigo 102 §3º, não é admissível que o regimento interno dos tribunais transfira essa competência ao colegiado para o julgamento monocrático do relator, posto que o artigo 981, caput do Código de Processo afirma:

Art. 981. Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do [art. 976](#).

Isto é, o exame de admissibilidade ao incidente de demandas cabe ao órgão colegiado, e não ao relator da decisão singular.

Assim sendo positivo o juízo de admissibilidade, torna-se ao procedimento meritório para a criação de tese ou decisão jurídica relativa ao caso em apreciação no tribunal.

Na segunda fase, o desembargador relator tomará algumas providências antes do julgamento de mérito do incidente: ordenará a suspensão, comunicando assim os juízes competentes naqueles processos idênticos pendentes na área de atuação do tribunal; solicitar informações a órgãos em que cujo juízo tramita o respectivo processo; intimar o Ministério Público para manifestar quanto este não for parte, na qualidade de fiscal da lei.

Essa fase possibilita que qualquer interessado que tenha algum processo semelhante em qualquer lugar do país pedir diretamente ao Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça para que determine a suspensão de todos os processos idênticos, isto é, ampliando a suspensão para todos os processos que versem da mesma situação jurídica no território nacional, destacamos:

Art. 982. (...)

§ 3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no [art. 977, incisos II e III](#), poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso

extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

Compete ainda ao desembargador relator ouvir as partes e os demais interessados; fazer instrução de documentos e ouvir pessoas com conhecimento técnico e experiência na matéria.

O julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas acontecerá em sessão do colegiado de acordo com seu regimento interno, na forma que estabelece o artigo 984 do Código de Processo Civil:

Art. 984. No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem:

I - o relator fará a exposição do objeto do incidente;

II - poderão sustentar suas razões, sucessivamente:

a) o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos;

b) os demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 (dois) dias de antecedência.

§ 1º Considerando o número de inscitos, o prazo poderá ser ampliado.

§ 2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

Porém é necessário que as teses jurídicas extraídas sejam claras, concisas e completas, não deixando dúvidas sobre o que foi decidido, do mesmo modo, o acórdão de mérito do incidente deverá ser dotado de certeza e plenitude, como explica Dantas:

“a atenção redobrada com a fundamentação da decisão no IRDR se deve justamente ao fato de que o acórdão-paradigma projetará seus efeitos para casos cujas partes processuais muitas vezes sequer terão tido a oportunidade fática de apresentar suas razões ao tribunal. Desse modo, o reforço argumentativo exigido na fundamentação está longe

de ser mero preciosismo do legislador; ao contrário, é requisito que acresce legitimidade e autoridade ao julgamento”. (WAMBIER, 2015, p. 2194)

Depois de julgado o incidente, encerra-se a segunda fase, e a tese jurídica formada será utilizada aos processos idênticos que tramitem na jurisdição do tribunal e em eventuais casos futuros.

Porém, a decisão do colegiado tribunal de justiça (regional ou trabalho) no julgamento de mérito do incidente admite recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça ou recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, conforme a hipótese, dotado de efeito suspensivo do julgamento, considerando-se na segunda hipótese presumida a repercussão geral exigida pela Constituição para fins de conhecimento do recurso pelo Supremo Tribunal.

4.1 DA TUTELA DE URGÊNCIA DURANTE A SUSPENSÃO DO PROCESSO

Devido à suspensão do processo em primeiro grau em razão da análise do incidente de resolução de demandas repetitivas pelos tribunais e precisando de uma tutela de urgência, o artigo 982, parágrafo 2º do Código de Processo Civil, dispõe que nesta condição mesmo que o incidente seja de competência originária do tribunal, o eventual pedido de tutela de urgência, será definido pelo juiz de primeiro grau, justamente onde o processo ficou suspenso, destacamos:

Art. 982. (...)

§ 2º Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso.

Portanto, a suspensão do processo em primeiro grau devido o incidente de resolução repetitiva, não afeta os pedidos de tutela de urgência, quer seja antecipada ou cautelar, satisfativa ou não satisfativa.

4.2 DO PRAZO PARA JULGAMENTO

O incidente de resolução de demandas repetitivas possui o prazo de um ano para julgamento, findo o prazo cessa a suspensão dos processos, conforme o artigo 980 do Código de Processo Civil:

Art. 980. O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

Parágrafo único. Superado o prazo previsto no caput, cessa a suspensão dos processos prevista no [art. 982](#), salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

Logo esse prazo de um ano poderá ser prorrogado por decisão fundamentada do relator.

Tendo sido determinado a suspensão nacional pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, sua duração termina com o escoamento do prazo para interposição do Recurso Extraordinário ou Recurso Especial. Se porventura vier serem interpostos tais recursos do acórdão que julgar o incidente, a suspensão se manterá, pois nesse caso os recursos possuem efeito suspensivo automático, se não interpostos nenhum dos recursos cessa a suspensão dos processos, aplicando a tese fixada no incidente de resolução de demandas repetitivas.

4.3 DA REVISÃO DA TESE JURÍDICA FIRMADA EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

A revisão da tese jurídica parece-nos ser um procedimento próprio que deverá ser expressamente regulado pelos regimentos internos dos tribunais pátrios. Não há como conceber que um Tribunal de Justiça ou um Tribunal Regional Federal reveja tese jurídica fixada pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal.

Ademais nos parece interessante definir quem pode requerer a instauração do procedimento de revisão da tese jurídica. Os Desembargadores e Ministros eventualmente poderão requerer a revisão da tese jurídica perante o Tribunal competente, sendo esta interpretação possível considerando que há possibilidade de revisão de ofício, sendo que, neste caso, somente os Desembargadores poderão instaurar a revisão perante os seus respectivos Tribunais e somente o Ministros poderão instaurar a revisão perante os Tribunais Superiores respectivos. Isso porque o texto legal não se refere a pedido de revisão ao Tribunal competente e sim a instauração de ofício, sendo que não seria possível cogitar-se que um Desembargador

determine de ofício, a instauração de um procedimento perante o Superior Tribunal de Justiça.

No que diz respeito à possibilidade de instauração pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, esta possibilidade fica, por deveras restrita, considerando que o Ministério Público e a Defensoria Pública somente poderão requerer a instauração e a revisão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas para as matérias que constitucionalmente, legalmente e regimentalmente houver competência para atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Os jurisdicionados não podem pleitear a revisão da tese jurídica. O artigo 986 do Novo Código de Processo Civil estabelece que somente os legitimados previstos no artigo 977, inciso III; Ministério Público e Defensoria Pública, é que podem requerer a revisão da tese jurídica. Os legitimados do artigo 977, inciso II, partes não podem requerer a instauração do procedimento de revisão de tese jurídica. Este é um tema difícil e pode-se cogitar aqui uma inconstitucionalidade por violação ao artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Outros questionamentos válidos dizem respeito aos efeitos da revisão da tese jurídica. Haverá possibilidade de ajuizamento de ação rescisória pela revisão da tese jurídica com fundamento no artigo 966, inciso V, do Novo Código de Processo Civil, se já houver transcorrido o prazo de 2 (dois) anos para ajuizamento de ação rescisória, poder-se-á falar em relativização da coisa julgada e ajuizamento de nova demanda. Estas questões são complexas, sendo que podem e devem ser objeto de reflexões específicas que não pertencem ao objeto do presente trabalho. De toda forma, vale observar a opinião de Theresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello:

“... no sentido de que é possível e recomendável que haja modulação dos efeitos da revisão da tese jurídica”.

(WAMBIER, Theresa Arruda Alvim... [et al.]. Primeiros Comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo, 1 Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015, Pág 1.412).

Na opinião dos autores fica claro que é possível e fica recomendado tenha a modulação dos efeitos da revisão da tese jurídica.

4.4 CONSEQUÊNCIAS VINCULANTES

O artigo 985 do Novo Código de Processo Civil estabelece que julgado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal e a todos os casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo o caso de revisão da tese jurídica.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas deve servir como instrumento apto à pacificação social mediante a pacificação da jurisprudência a respeito da interpretação de determinada tese jurídica. Essa pacificação social deve se dar pela resolução das lides já em tramitação, mas, ao mesmo tempo, pela orientação da sociedade e do Poder Público a respeito da tese jurídica fixada de forma a que os padrões comportamentais e sociais se adequem à tese jurídica fixada.

Até porque a tese jurídica fixada no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas serve como orientação para os jurisdicionados e para a Administração Pública, conforme expressamente previsto no artigo 985, §2º, do Novo Código de Processo Civil, ou seja, espera-se a pacificação dos conflitos com a adoção de conduta pela Administração Pública e pelos jurisdicionados decorrente da fixação da tese jurídica.

5 CONCLUSÃO

Este estudo pretendia apresentar uma proposta de sistematização para o incidente de resolução de demandas repetitivas, inserido no novo Código de Processo Civil como uma técnica processual destinada a solucionar questões de direitos comuns, repetidas em diversos processos.

Portanto, foram analisados os principais elementos do incidente de resolução de demandas repetitivas, com o objetivo de identificar sua função, objeto, natureza, fases procedimentais, seus contornos objetivos e subjetivos e os requisitos e eficácia de suas decisões. Buscando dar direção da construção de uma dogmática específica para o instituto, que possibilite o bom emprego da técnica a favor da efetividade e adequação da tutela jurisdicional.

6 REFERÊNCIAS

BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de Direito Processual Civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. São Paulo. Saraiva, 2008. _____, Novo Código de Processo Civil - Anotado 2015, Saraiva. 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória. São Paulo. RT, 2002. _____[et al.]. Primeiros Comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo, 1 Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luis Guilherme. Precedentes obrigatórias. 5ª ed; ver. atual. e amp. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2016, p.54.

Morgana Henicka Galio. HISTÓRIA E FORMAÇÃO DOS SISTEMAS CIVIL LAW E COMMON LAW: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>

<http://www.conjur.com.br/2016-abr-10/incidente-resolucao-demandas-repetitivas-cpc> (Acessado em 23/03/2017)

<http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/incidente-de-resolucao.pdf>(Acessado em 23/03/2017)

<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/332271658/entenda-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-irdr-do-novo-cpc>(Acessado em 23/03/2017).

http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2105/Monografia_Rafaela%20Possera%20Rodrigues.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Acessado em 13/04/2017)

<https://karinaduarteadv24.jusbrasil.com.br/artigos/385433859/entendendo-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-uma-analise-esquematisada>(Acessado em 13/04/2017)

<https://rosasfridman.jusbrasil.com.br/artigos/336578395/incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas>(Acessado em 13/04/2017)

<https://gaaabys2.jusbrasil.com.br/artigos/339672190/incidente-de-resolucao-de-demanda-repetitiva-no-novo-codigo-de-processo-civil>(Acessado em 13/04/2017)

<https://boliveiras.jusbrasil.com.br/artigos/337513854/incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas> (Acessado em 13/04/2017)

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589297>

NOTA:

[1] Possui graduação em Matemática pela Centro Universitário de Votuporanga (1983), graduação em Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto (1997), especialização em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto (1999), mestrado em Direito Público pela Universidade de Franca (2000) e doutorado em Direito Empresarial pela Universidade de Extremadura (2002). Atualmente é assessor jurídico da Prefeitura Municipal de Fernandópolis e professor da Universidade Brasil.

A GUARDA COMPARTILHADA DOS FILHOS APÓS A SEPARAÇÃO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

MARCOS APARECIDO RODRIGUES DA SILVA: Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil. Fernandópolis-SP.

Prof.^a **Érica Cristina Molina dos Santos**(Orientadora) [1]

RESUMO: Nos últimos cinquenta anos a sociedade passou por muitas mudanças, a tecnologia transformou a vida em sociedade, a comunicação em todos os sentidos alavancou uma série de mudanças profundas. No contexto familiar as mudanças também foram consideráveis. A convivência entre pais e filhos atualmente ocorre de forma bem diferente; a convivência pais e filhos sob o mesmo teto passou a ser uma situação rara, via de regra os relacionamentos não são duradouros como outrora, e os filhos, frutos destes relacionamentos muitas vezes ficam envolvidos em situações de convivência com apenas um dos pais. Muitas vezes os conflitos gerados com o fim do vínculo conjugal acabam por atingir de forma dura os filhos. Com o objetivo de amenizar e tentar solucionar estes conflitos, a sociedade criou leis que procuram proporcionar aos filhos a assistência material e emocional que necessitam ao seu desenvolvimento físico, moral e emocional. A guarda compartilhada instituto previsto no artigo 1.583 do Código Civil, bem como na Lei 13.058/2014, é um dispositivo criado de forma a tentar encontrar um ponto de equilíbrio neste tipo de relação. Então, este instituto deve ser analisado de uma forma sucinta, pois atualmente é imprescindível a presença de ambos os pais na educação dos filhos.

Palavras-chave: guarda compartilhada, família, convivência, separação, menor.

ABSTRACT: In the past fifty years society has undergone many changes, technology has transformed life into society, communication in every way leveraged a number of profound changes. In the family context the changes were also considerable. The coexistence between parents and children currently occurs quite differently; The coexistence of parents and children under the same roof has become a rare situation, as a rule relationships are not as long-lasting as before, and children, the fruits of these relationships are often involved in situations of coexistence with only one parent. Often the conflicts generated by the end of the marital bond end up hitting their children hard. In order to ease and try to resolve these conflicts, society has created laws that seek to provide children with the material and emotional assistance they need

for their physical, moral and emotional development. The shared guard institute provided for in Article 1,583 of the Civil Code, as well as in Law 13.058 / 2014, is a device created in order to try to find a balance in this type of relationship. Therefore, this institute must be analyzed in a succinct way, because currently the presence of both parents in the education of the children is essential.

Keywords: shared guard, family, coexistence, separation, minor.

INTRODUÇÃO

Pretende-se através de pesquisa demonstrar como nos dias de hoje a responsabilidade pela educação e formação dos filhos transformou-se de forma profunda em função das consequências da ruptura da relação conjugal, fato muito comum nos dias atuais.

Neste contexto a guarda compartilhada com previsão na lei de nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014, assume grande importância, uma vez que prima pelo convívio da criança com ambos os criadores, como forma de manter o conjunto da autoridade parental reservando a ambos o direito de participar nas decisões relativas ao desenvolvimento do filho.

Entretanto embora a norma jurídica busque de forma justa proporcionar uma assistência material e emocional ao menor fruto de relacionamentos rompidos, é preciso olhar de forma mais abrangente para a questão, uma vez que as consequências do fim do vínculo conjugal para uma personalidade em pleno processo de formação muitas vezes podem estar além da solução jurídica.

A guarda compartilhada foi sem dúvida alguma uma evolução no que diz respeito às questões de responsabilidade pelo menor fruto de relacionamentos rompidos, entretanto a velocidade de evolução da vida em sociedade muitas vezes transforma uma norma jurídica concebida de forma a garantir o direito e a segurança da família em algo que carece de atualização constante, visto que a evolução da sociedade como um todo ocorre a passos largos.

O tema a ser abordado no trabalho em tela sem dúvida alguma mostrará através da pesquisa e estudo um amplo leque de situações onde aplicado o instituto da

guarda compartilhada por vezes atende as necessidades do menor, garantindo o direito de participação na vida dos filhos por parte dos genitores, por outras em função da falta de entendimento entre os genitores se transforma em uma situação muito complicada. As informações captadas neste estudo formarão a base para a proposta de soluções jurídicas possíveis dentro da realidade da vida em sociedade atualmente, buscando não só a garantia do direito como também proporcionar o bem estar material, afetivo e emocional necessário à formação da personalidade e bem estar do menor.

1. FAMÍLIA: ASPECTOS PERTINENTES

1.1 Conceito

Desde os primórdios temos com base a família como sendo alicerçada entre o pai, a mãe e o filho, já dizia Freud (1897), destacado pelo nobre SZYMANSKIA (2006), o poder familiar, em primeiro lugar a mãe e seu filho são de fundamental importância para o crescimento e desenvolvimento infanto-juvenil, durante os primeiros anos de vida, a criança precisa de uma convivência com pessoas saudáveis e estáveis, pois a mesma família gera incertezas e inseguranças.

Então para se tornar exemplo deve-se seguir este alicerce, podendo assim ter a plena convivência familiar, aprimorando os anseios buscados para o pleno desenvolvimento do menor.

Importante destacar também a ideia de Ramos (2016, p. 29), que nos aduz:

“Como organismo social, que tem o seu fundamento na natureza e nas necessidades naturais da união sexual, na procriação, no amor mútuo, na assistência, na confiança e na cooperação, que são as razões de sua existência, a família tem notável influência da religião, do costume e da moral, nos quais encontra grande parte de sua regulamentação. E antes de jurídico a família é um fato sociológico”.

Podemos verificar uma mudança considerável no conceito de família ao longo dos tempos como nos afirma o célebre SZYMANSKIA (2006), desta forma, além das mudanças ocorridas no seio familiar, ela é centralizada juntamente com expectativas e influências, isto atrelado na imaginação do coletivo, sendo o modelo aceito como

família o pai a mãe e o filho, demonstrando assim a real constituição familiar, alicerçada e completamente estruturada. Esta forma de conhecer a família advém da revolução industrial onde as mulheres começaram exercendo com a mesma igualdade dos homens seus direitos e deveres.

Então com o advento deste mundo imensamente global, onde a própria sociedade adapta-se ao novo contexto atual tem-se a lógica baseada na conjectura de educar e ensinar os filhos atualmente.

1.2 Separação

Na atualidade em que se vive hoje, os casais estão cada vez mais afoitos quando a responsabilidade para cuidar de seus filhos, seja por entraves relacionados ao convívio familiar, ou por um conflito conjugal, causando assim inúmeras separações, sem contar que, o processo de separação está rápido e célere, podendo até divorciar-se extrajudicialmente.

Temos os ensinamentos das ilustres doutrinadoras FERREIRA e MACEDO (2016, p. 68) explanando o seguinte:

“As dificuldades encontradas na equação dos problemas inerentes ao divórcio - quando se tem filhos menores ou filhos incapazes por motivo que não a idade -, como a resolução de como se dará a guarda dos filhos, como se processarão as visitas e como se prestarão alimentos, são decorrência de conflitos, tanto interpessoais como intrapsíquicos”.

Com as desavenças do casal ocorre, por conseguinte a separação e com isto uma disputa tremenda para delimitar quem tem verdadeira razão em ficar com a criança após o rompimento familiar. Mas o que realmente deve prevalecer é o melhor interesse da criança em um acordo entre pai e mãe, pois a guarda compartilhada informa como o nome diz compartilhar o filho com a mãe juntamente com o pai, ou até mesmo na falta destes pelos avós, inclusive, tios, instituindo assim no seu desenvolvimento, uma noção de família dando cuidado e ensinamento adequado para seu desenvolvimento emocional e intelectual.

2. ESPÉCIES DE GUARDA

2.1 Guarda Unilateral

Guarda unilateral está explanada no art. 1.583 do Código Civil, que vem a ser a espécie de guarda onde um só dos genitores serão responsável pela criança como nos coloca os ensinamentos de RAMOS (2016, p. 105), da seguinte forma:

“Ambos os genitores, mesmo separados, com um deles exercendo a guarda física exclusiva (guarda única ou unilateral) da criança, estão teoricamente em igualdade de condições para o exercício do poder familiar, que somente se altera em relação ao fato de que a criança não mais estará em tempo integral com ambos os genitores. Haverá sempre o momento em que a criança estará com somente um de seus pais, seja porque é ele o guardião, seja em razão do exercício do direito de visita do não guardião”.

Neste modelo a guarda compartilhada pura e simplesmente não sendo possível a convivência com os dois pais, ou seja, apenas um dos pais ficará responsável pelos cuidados inerentes à criação do filho, podendo a outra parte fazer visitas periódicas ao filho, sem deixar de estar com ele.

2.2 Guarda Alternada

Esta modalidade de guarda mesmo não estando respaldada pelo dispositivo brasileiro é, aplicada também, delimitando a alternância da guarda do filho, em sendo assim aquele que estiver com a responsabilidade de cuidar da criança em determinado dia terá no mesmo, a guarda e assim sucessivamente como nos delineia Ferreira e Macedo (2016, p. 89) “modalidade de guarda no qual é estabelecido a permanência dos filhos menores um tempo na casa paterna e, o mesmo tempo, na casa materna. No Brasil, é pouco aplicada”. Neste caso é delimitado um tempo de permanência para com os pais, em casas separadas por determinado período, seja dias, meses ou até mesmo anos.

Outro exemplo fático a ser ensinado é da ilustre Dias (2011, p. 558), nos demonstrando, que este tipo de guarda é caracterizado pela exclusividade da guarda, em sendo assim um dos pais terá a oportunidade de ficar com a criança por um tempo predeterminado, não encontrando respaldo na legislação brasileira e em nada parecido com a guarda compartilhada pois esta constitui harmonicamente a estimulação de

vínculos extremamente afetivos, importantes para o pleno desenvolvimento da personalidade do menor.

2.3 Guarda Compartilhada

Como já delineado, e será exemplificado no tópico seguinte, este perfil de guarda é o que melhor se adequa ao nosso ordenamento e o que prevalecerá daqui em diante, pois na guarda compartilhada, tanto o pai como a mãe em conjunto deliberadamente tem poder familiar sobre o filho, dividiram os mesmos afazeres, mesmo o pai pagando alimentos ele verá que a situação que melhor se enquadra aos moldes atuais é com certeza a guarda compartilhada.

Então o assentamento voltado no melhor interesse da criança é o regramento a ser seguido, ou seja, a convivência com ambos os pais e seus respectivos familiares.

3. GUARDA COMPARTILHADA

3.1 Conceito

A guarda compartilhada foi sancionada através da Lei nº 13058, de 22 de dezembro de 2014, veio como um norte para estabelecer o verdadeiro significado da palavra “guarda compartilhada” dispondo assim a respeito de sua aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico, inclusive alardear para este tão famigerado instituto para ambos os tutores do menor de idade que fica a mercê, em uma separação conturbada.

Explana-nos o ilustríssimo doutrinador Silvio Rodrigues (2011), apresentando seu ponto de vista acerca da guarda compartilhada asseverando, estar intrinsecamente ligada com o instituto do antigo pátrio poder, que posteriormente passou a ser denominado pelo Código de 2002, como Poder Familiar, vindo a ser apresentado como um emaranhado de direitos e deveres dado aos pais em relação ao filho e aos bens dos mesmo não emancipados, tendo em vista o caráter protetor que é exercido para com os filhos.

Então vê-se como um corolário para preservação do Poder Familiar, pois a questão aqui elencada diz respeito justamente a criança que estando a sombra da escuridão tem sua dignidade assegurada perante a convivência para com seus genitores.

Comentando ainda, nos salienta Ramos (2016, p.72) assim:

“Dentro da perspectiva da guarda legal, compreendida como a modalidade decorrente da relação paterno-filial e exercida pelos pais sem a necessidade de intervenção judicial, colocam-se em debate, na hipótese de ausência ou ruptura da vida conjugal, as expectativas dos pais de exercerem, com a maior amplitude possível, o poder familiar e o seu desejo inerente à paternidade de criar e educar os filhos.

Então após separação dos pais geralmente acontece um contrassenso para ambos os lados, começando uma disputa sem fim, ocasionando assim uma verdadeira disputa para com quem irá ficar a criança.

Nesse diapasão temos primordialmente falando o que prevalecerá é o melhor interesse da criança, princípio este acochado também pelo interesse intrinsecamente interligado com o casal que se separou, pois mesmo da ruptura conjugal deve-se ter a convivência parental.

Explanando sobre o assunto insta salientar a palavra do ilustre doutrinador Motia (2000, p. 79), dizendo que a familiaridade, convivência, da criança com ambos os genitores é um importante princípio, sendo que deve observar-se, pois é indispensável que o futuro desenvolvimento emocional e intelectual da criança se dê de forma salutar.

Os genitores deverão entrar em um consenso, é de extrema importância este convívio de forma amigável por parte de ambos, não ocorrendo, o juiz escolherá da melhor maneira possível intervir nesta decisão, pois a tendência de apenas um genitor escolher ficar com o filho vem se restringindo aos poucos.

Fundamentadamente, na Lei 11.698 de 13 de junho de 2008, em seu artigo 1583 §1º, conceituando a guarda compartilhada como sendo certa responsabilidade em conjunto entre pai e mãe na criação do filho mesmo que não haja convivência no mesmo lar. Na guarda compartilhada, os cuidadores escolhem sobre a vida da criança: onde morará, onde estudarão, quais serão seus afazeres diários.

3.2 Vantagens e desvantagens em relação à guarda compartilhada

Ao estudar este viés, temos mais vantagens do que desvantagens nesse modelo completo para compartilhar os melhores momentos da vida do filho a idade infanto-juvenil, a fase de pleno desenvolvimento cognitivo-comportamental, então esta permanente convivência com ambos é de extrema importância.

A questão de falta de tempo, é um dos fatores preponderantes alegados por parte dos pais para não estar com seu filho, ocorre que na guarda compartilhada a uma certa equiparação dos dois lados podendo combinar o dia a hora a permanência do filho em sua casa e assim sucessivamente.

Acerca das desvantagens, como ocorre com qualquer separação, deve-se ater qual é maneira que o filho abstrai os preceitos e entendimentos do pai como da mãe, ou seja, na casa do pai a forma de dar educação é diferente da maneira de educar da mãe, gerando assim certa confusão na mente da criança.

Deve-se destacar o entendimento do ilustre Tartuce (2013, p.1160), asseverando da seguinte forma “A mediação e a orientação psicológica são importantes para que essa guarda seja bem compreendida pelos pais e possa resultar em efetivos benefícios para crianças e adolescentes”.

Discrepância esta que pode ocorrer por tomadas de decisões pelo Juiz, podendo ocasionar erros judiciais, prejudicando ambos, no momento da perícia interdisciplinar a ser realizado com a família ele deve estar atento a interesses mútuos antes de homologar uma sentença de guarda compartilhada, necessário estar atento a psicologia, relacionada ao social do casal antes de tal separação, o que realmente ocasionou esta celeuma entre ambos, verificando assim o melhor interesse do filho sempre pautado na melhor convivência possível.

Noutro diapasão esta insígnia doutrina do ilustre Tartuce (2013, p.1162) nos elenca da seguinte forma:

“Insta esclarecer que na *guarda compartilhada* ou conjunta o filho convive com ambos os genitores. De toda sorte, haverá um lar único, não se admitindo, *a priori*, a *guarda alternada ou fracionada*, em que o filho fica um tempo com um genitor e um tempo com o outro de forma sucessiva (*guarda de mochila*, pois a criança fica o tempo todo de um lado para o outro). Para a efetivação da guarda compartilhada,

recomenda-se a medição interdisciplinar, uma vez que ela pressupõe certa harmonia mínima entre os genitores, muitas vezes distante na prática”.

Posto isso interessante salientar a primordial importância dos guardiões no seio familiar para o melhor desenvolvimento da criança, sendo imensamente importante a presença de ambos tanto na fase da pré-adolescência, bem como até a juventude plena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Posto estas colocações relacionado ao instituto da guarda compartilhada, pode-se verificar quão importante é este instituto, primordial para família contemporânea de nossos dias, por conta que em ocorrendo uma separação, e o casal tiver um filho menor advindo do casamento de ambos, possam entrar em um consenso, a respeito de visitas, e entrega do menor em dias alternados, pois o que prevalece sempre é o melhor interesse da criança.

Deve-se ater ao fato de utilizar este instituto tão famigerado, na verdade ambas os pais sairão ganhando com a utilização desta atualizada forma de compartilhamento dos filhos.

Em sendo assim, mesmo vivendo aos solavancos o casal deve equacionar a questão primordial que é o desenvolvimento do filho no seio familiar, devendo ao máximo ensinar o filho de forma adequada e alicerçada.

Portanto os genitores terão a oportunidade de dar os devidos ensinamentos para que essa criança se desenvolva nitidamente no alicerce familiar, então o que deve prevalecer é a convivência familiar, consubstanciada no afeto, carinho, afago, amor para uma excelente e sadia harmonia entre pais e filhos.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, A. M. **Tipos de guarda**. Disponível em: . Acessado em mai. 2017.

BORGES, M. de S. **Guarda compartilhada, buscando qual o seu maior interessado: o menor ou o guardião**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 94,

nov 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10734>.

Acesso em mai. 2017.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERREIRA, V. A. da M. C.; MACEDO, R. M. S. **Guarda compartilhada: uma visão psicojurídica**. Porto Alegre: Artmed, 2016.

Ramos, P. P. de O. C. **Poder familiar e guarda compartilhada**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SZYMANSKI, H. et al. **Guarda Compartilhada: conceito, evolução e importância**. Disponível em: <http://www.unipacto.com.br/revista2/arquivos_pdf_revista/revista2015/14.pdf>. Acessado em mai. 2017.

TARTUCE, F. **Manual de direito civil: volume único**. 3ª ed. rev. São Paulo: Método, 2013.

NOTA:[1] <http://lattes.cnpq.br/8162028523742165>

A QUEBRA DO MONOPÓLIO NO SETOR BÉLICO NACIONAL

LUCELIA ROCHA

Prof. Me. **Andre de Paula Viana**

(Orientador)

RESUMO: O processo licitatório foi instituído em nosso ordenamento jurídico calcado na indisponibilidade do interesse público, tendo por finalidade selecionar a melhor proposta apresentada, assegurada a igualdade de condições a todos os interessados no certame. Analogamente ao desenvolvimento nacional sustentável, instituído com a Lei n. 12.349 de 2010, temos o primado do desenvolvimento da indústria de defesa nacional, essa que foi fortalecida com a criação da Lei n. 12.598 de 2012, trazendo inovações quanto às vantagens para indústrias brasileiras de defesa consideradas estratégicas, gozando essas de exclusividade nos certames nacionais perante produtos estrangeiros. Não obstante, o Decreto Presidencial n. 3.665 de 2000, que aprovava o R-105, já previa que, perante os produtos fabricados por indústrias consideradas de valor estratégico pelo Exército Brasileiro, os produtos estrangeiros teriam sua importação negada ou restringida, isso dentro da finalidade buscada pelo Estado de promover a pesquisa e inovação de produtos, sistemas e processos no campo industrial de defesa, considerando também que tais tecnologias podem ser utilizadas em indústrias civis com finalidades diversas. Assim, visando abordar de forma mais inteligível o tema, passa a tratar de licitações expondo seus conceitos, fazendo sempre referência às hipóteses de contratação de material militar, tema desse trabalho, com enfoque para os princípios da isonomia, vantajosidade econômica e desenvolvimento nacional. Adentra-se a contratação direta, seja por dispensa ou inexigibilidade, em especial sobre o que trata do fornecedor exclusivo, sob a luz da Lei n.º 8.666/93, também contextualizando com a aquisição de material bélico a que se destina esse estudo mostrar a necessidade da efetivação da política do desenvolvimento da indústria bélica.

Palavra chave: Licitação, armamento, monopólio, vítimas.

ABSTRACT: The bidding process was instituted in our legal system based on the unavailability of the public interest, with the purpose of selecting the best proposal presented, ensuring equal conditions for all interested in the event. Analogously to the national sustainable development, instituted with Law n. 12,349 of 2010, we have the primacy of the development of the national defense industry, which was strengthened with the creation of Law n. 12,598 of 2012, bringing innovations regarding the

advantages for Brazilian defense industries considered strategic, enjoying these of exclusiveness in the national events against foreign products. Nevertheless, Presidential Decree n. 3,665 of 2000, which approved R-105, already foresaw that, in the case of products manufactured by industries considered of strategic value by the Brazilian Army, foreign products would have their importation denied or restricted, this within the purpose sought by the State to promote research And innovation of products, systems and processes in the industrial defense field, considering also that such technologies can be used in civil industries with diverse purposes. Thus, in order to approach the theme in a more intelligible way, it begins to deal with bids exposing its concepts, always referring to the hypothesis of contracting military material, the subject of this work, focusing on the principles of isonomy, economic advantage and national development. Direct contracting is introduced, either by exemption or non-enforceability, especially on what deals with the exclusive supplier, under the light of Law No. 8.666 / 93, also contextualizing with the acquisition of war material for which this study is intended to show the need The implementation of the development policy of the war industry.

Keyword: Bidding, weaponry, monopoly, victims.

1. INTRODUÇÃO

A Indústria Bélica Nacional teve seu início com a criação da Casa do Trem, no Rio de Janeiro, em 1762, com a finalidade de guardar, conservar e realizar pequenos reparos no armamento e nos equipamentos das tropas existentes no vice-reinado.

Em 1808, foi fundada por D. João VI a Fábrica de Pólvora da Lagoa Rodrigo de Freitas, localizada no bairro do Jardim Botânico no Rio de Janeiro. Em 1826 foi transferida para a cidade de Magé no estado do Rio de Janeiro, com a denominação de Real Fábrica de Pólvora da Estrela, mediante decreto de D. Pedro I.

A partir de 1939 foi reestruturada, passando a ter a atual denominação de Fábrica da Estrela, funcionando como uma Organização Militar do Ministério do Exército até a criação da IMBEL em 1975. Através dos tempos, teve sua existência marcada por impulsos de modernização exigidos pela dependência externa dos principais produtos internacionais.

Há indicativos que a criação da empresa pública IMBEL - Indústria de Material Bélico do Brasil foi em decorrência do rompimento, no ano de 1974, pelo Governo Geisel, do Acordo de Cooperação Militar Brasil - Estados Unidos, firmado durante a 2ª Guerra Mundial. Com a sua criação, as Fábricas Militares do Exército foram transferidas para a estatal, e com isso, o setor de defesa, integrado com as

demais empresas privadas da época, passou a ser uma atividade estratégica para o país, com uma tecnologia nacional em evolução, que permitiria ao Brasil tornar-se mais independente em produtos militares.

No exercício de sua função produtora, administra industrial e comercialmente cinco unidades de produção que têm por vocação a produção de material bélico e outros bens, cuja tecnologia derive da gerada no desenvolvimento de equipamentos de aplicação militar, por força de contingência de pioneirismo, conveniência administrativa ou no interesse da segurança nacional.

Entretanto há de se verificar se realmente a lei vigente tem condições de se sustentar para que o mercado interno possa suprir as necessidades do mercado de armamento, e se seguem os requisitos que a Lei determina para a fabricação desse tipo de produto.

2. LICITAÇÃO COMO REGRA

O dever de licitar é decorrente do artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, o qual prevê expressamente que: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação” (BRASIL,1988).

Assim, tem-se que licitar é regra, sendo que as exceções deverão estar previstas em legislação específica, no caso a Lei n. 8.666/93.

Tal assertiva é decorrente do princípio da indisponibilidade dos bens e interesses públicos, segundo o qual o professor Alexandrino (2012 pag.188) afirma que “são vedados ao administrador quaisquer atos que impliquem renúncia a direitos do Poder Público ou que injustificadamente onerem a sociedade”.

Esse princípio, juntamente com o da supremacia do interesse público, que aduz que “toda atuação do Estado seja pautada pelo interesse público, cuja determinação deve ser extraída da Constituição e das leis, manifestações da vontade geral”, formam as bases que regem todo o sistema de Direito Administrativo MELO (2010 pag. 56).

Sem querer adentrar a discussão doutrinária que cercam tais princípios implícitos (já que não estão expressos na constituição federal), é importante, nesse momento, frisar que o princípio da indisponibilidade do interesse público resulta em que o Administrador, não sendo proprietário do interesse público, pois esse é de titularidade do Estado, deve gerenciar e aplicar os bens públicos da melhor maneira possível, devendo seguir o procedimento previsto em lei para aplicação eficiente dos recursos, qual seja, o procedimento licitatório.

A conceituação doutrinária teve por fundamento a Lei Geral de Licitações e Contratos - Lei 8.666/93, que no artigo 3º, assim aduz:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Essa finalidade da licitação está também correlacionada com o desenvolvimento da indústria de defesa nacional, que com a Lei n. 12.598/2012, que estabeleceu normas especiais para compras, desenvolvimento e contratação de produtos e sistemas de defesa, vez que visa fomentar o desenvolvimento de empresas, produtos e sistemas de defesa no país.

Quanto aos princípios licitatórios insculpidos no artigo 3º supracitado, eles surgem como consequência lógica do princípio da indisponibilidade do interesse público fundamentado na Constituição Federal de 1988, sendo que o artigo elenca os seguintes: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo; além dos lhes serão correlatos.

Essas medidas de compensação já foram instituídas anteriormente pelo Ministério da Defesa na Portaria Normativa n. 764/MD/2002, e se tratam da figura do offset, que é definido como toda e qualquer prática compensatória acordada entre as partes, como condição para a importação de bens, serviços e tecnologia, com a intenção de gerar benefícios de natureza industrial, tecnológica e comercial podendo ser concretizada na forma de transferência de tecnologia e contrapartida comercial, por exemplo.

2.2 Controle de Material Bélico pelo Exército Brasileiro

A Constituição Federal, no inciso VI do artigo 21, reservou à União a competência para autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico.

A Lei n. 10.826/2003, conhecida com “Estatuto de Desarmamento”, estabeleceu, no artigo 24, a competência do Exército Brasileiro (EB) para autorizar e fiscalizar armas de fogo e produtos controlados:

Art. 24. Excetuadas as atribuições a que se refere o art. 2º desta Lei, compete ao Comando do Exército autorizar e fiscalizar a produção, exportação, importação, desembaraço alfandegário e o comércio de armas de fogo e demais produtos controlados, inclusive o registro e o porte de trânsito de arma de fogo de colecionadores, atiradores e caçadores.

O Decreto n. 3.665, de 20 de novembro de 2000, aprovou o Regulamento para Fiscalização de Produtos Controlados pelo Exército Brasileiro (R105), que está consoante à questão do desenvolvimento industrial e da soberania nacional, estabelecendo em seu artigo 2º, in verbis:

Art. 2º As prescrições contidas neste Regulamento destinam-se à consecução, em âmbito nacional, dos seguintes objetivos: II - a obtenção de dados de interesse do Exército nas áreas de Mobilização Industrial, de Material Bélico e de Segurança Interna; V - o desenvolvimento da indústria nacional desses produtos; e VI - a exportação de produtos controlados dentro dos padrões de qualidade estabelecidos.

Como já exposto no capítulo anterior, muitas das tecnologias desenvolvidas no campo militar, tem seu uso civil, ou vice-versa.

No sentido de proteger e base industrial nacional para o desenvolvimento de produtos e tecnologias, o R-105, estabeleceu que os produtos fabricados por indústrias consideradas de valor estratégico pelo Exército, terão sua importação negada ou restringida:

“Art. 190. O produto controlado que estiver sendo fabricado no país, por indústria considerada de valor estratégico pelo Exército, terá sua importação negada ou restringida, podendo, entretanto, autorizações especiais ser concedidas, após julgada sua conveniência”.

O artigo 196 do mesmo Decreto, deixa claro que a autorização para importação de produtos de uso restrito para órgãos de segurança pública é uma excepcionalidade:

“Art. 196. O Exército, a seu critério e em caráter excepcional, poderá autorizar a importação, por

empresas registradas, de armas, equipamentos e munições de uso restrito, quando destinados às Forças Auxiliares e Organizações Policiais, não podendo esses produtos serem consignados à particulares.”

Por sua vez, a Portaria n. 620 do Ministério da Defesa, de 05 de maio de 2006, em seu artigo 5º, estabelece que “a importação de produtos controlados poderá ser negada, quando existirem similares fabricados por indústria brasileira do setor de defesa”.

A mesma Portaria, no artigo 3º, trouxe a definição de indústria brasileira do setor de defesa, “ Art. 3. Industria brasileira do setor de defesa: é a empresa constituída sob as leis brasileiras, com sede e administração no Brasil e destinada ao desenvolvimento ou à fabricação de produtos de defesa, excluindo se desta definição a empresa constituída, conforme a legislação nacional, com finalidade apenas de revenda e de comercialização de produtos controlados não fabricados no País” .

O R-105, por sua vez, dispôs em seu artigo 8º, que a classificação do produto controlado parte da premissa da existência do poder de destruição ou outra propriedade de risco que indique a necessidade de restringir seu uso, sendo que o artigo 10 classifica os produtos em categorias de controle, que vão de 1(um) até 5 (cinco), de acordo com as atividades sujeita a controle, que são: fabricação, utilização, importação, exportação, desembaraço alfandegário, tráfego e comércio.

Por fim, o artigo 13 do R-105 estabelece que também que o Exército “poderá incluir ou excluir qualquer produto na classificação de controlado, criar ou mudar a categoria de controle, colocar, retirar ou trocar a classificação de uso restrito para permitido, ou vice-versa, ou ainda alterar o grau de restrição.” (BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 3.665 de 20 de novembro de 2000).

Dos dispositivos mencionados até aqui, infere-se para realização de compras públicas que envolvam os produtos controlados pelo Exército, somente serão realizadas em conformidade com as autorizações e classificações de competência daquela Força.

Pois bem, o mercado de material bélico se comporta como um mosopsônio ou oligopsônio, uma vez que depende quase que exclusivamente das compras governamentais ou da exportação para outros governos, mas também possui a característica de monopólio ou oligopólio, considerando o número reduzido de ofertantes.

Na referida aquisição, a justificativa para inexigibilidade se fundamentou na Declaração da Diretoria de Fiscalização de Produtos Controlados - DPFC/ Exército

Brasileiro, que afirma ser a FORJAS TAURUS/SA, a única empresa nacional a fabricar o objeto da inexigibilidade, bem com a Declaração da Confederação Nacional da Indústria, que afirma não haver produto similar nacional às pistolas ali especificadas.

Tais inexigibilidades foram balizadas pela existência de fabricante nacional, sendo que, mesmo havendo produtos estrangeiros que atendam a necessidade da Administração, ainda que de melhor qualidade ou melhor preço, não seria possível se adquirir perante a política da base industrial de defesa e o controle exercido sobre o objeto tratado nesse capítulo.

Esse critério absoluto de proteção à indústria bélica nacional parece ferir, em tese, os princípios da isonomia, competitividade e vantajosidade econômica, daí se pergunta: até que ponto será vantajoso proteger a indústria nacional, quando houver produto de tecnologia mais avançada e com menor custo fora do país.

CONCLUSÃO

A política de desenvolvimento da indústria de defesa, alinhada à política de desenvolvimento nacional, é determinante nas aquisições públicas no setor armamentista, influenciando na balança dos princípios administrativos aplicáveis aos processos licitatórios ou contratações diretas, ademais porque o objeto dessas aquisições é controlado pelo Exército Brasileiro.

Essa exclusividade, em tese, afronta o princípio da isonomia do artigo 3º da Lei de Licitações: ao desequilibrar o princípio da isonomia, interfere também na competitividade e consequentemente da escolha da proposta mais vantajosa.

No caso de material bélico, as regras das compras públicas não estão fundadas na mesma razoabilidade e proporcionalidade de que tratam as margens de preferência da Lei de Licitações, são mais radicais em razão do protecionismo nacional.

Nesse quesito, se faz necessária a aplicação de regras objetivas com vistas a realizar o incentivo ao desenvolvimento local por meio das compras governamentais.

Pela legislação e jurisprudência vigente, não há óbice no ordenamento jurídico quanto à existência de instrumentos discriminantes tendentes a favorecer empresários nacionais nas aquisições públicas, sobretudo de materiais que comprometem a segurança nacional e a soberania do País.

Na inexigibilidade para compra de armamento, crítica deve ser feita à legislação que atribui ao Exército Brasileiro o controle de forma que, hipoteticamente, em uma compra de armamento de melhor tecnologia e mesmo com menor custo, ainda assim poderá ser restrita a compra ao produto nacional, desde que similar, porém mais caro e com menos tecnologia embutida.

Na legislação aplicável prevaleceu o entendimento pelas razões de soberania, do desenvolvimento de tecnologias de uso dual (civil e militar), pela geração de emprego e riqueza nacionais, bem como no objetivo de tornar o Brasil mais competitivo no mercado externo, em contrapartida da eficiência, isonomia, competitividade e vantajosidade perseguidas, de forma geral, nas compras públicas.

O que vale mais? A legislação ultrapassada que assegura a soberania de uma fabricante nacional de armas ou a integridade dos agentes públicos que garantem a segurança do nosso País. Certamente o cidadão de bem responderá que é mais importante fornecer equipamentos de boa qualidade para que as polícias e as Forças Armadas brasileiras desempenhem suas atividades da melhor maneira possível. Entretanto um lobby inescrupuloso praticado por pessoas de índole duvidosa faz com que prevaleça o monopólio da obsoleta indústria armamentista no Brasil. Para contribuir para esse debate, seria vital que os fabricantes de armas oferecessem propostas favoráveis à segurança pública e não somente ao aumento de lucro.

Por fim, buscando enquadrar o processo de mudança estabelecido pelos documentos de defesa do Exército Brasileiro, verificamos que mudança se trata de uma modernização, onde o processo que leva a melhora e desenvolvimento de novas capacidades para o cumprimento das missões atuais estabelecidas para a força, e não uma transformação, que implicaria no desenvolvimento de novas capacidades para o cumprimento de novas missões estabelecidas por uma mudança na política de defesa nacional e na doutrina estabelecida.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012

AGENCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL. Estudos Setoriais de Inovação: Base Industrial de Defesa. Brasília, 2010. Disponível em : Acesso em 26 abril de 2017 ,

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.,

DE ALMEIDA, Carlos Wellinton Leite. Aquisição de Material Militar no Brasil. Tribunal de Contas da União. Biblioteca Digital de Licitação. Disponível em : Acesso em 08 de abril de 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010. Disponível em: . Acesso em 10 de abril de 2017.

Lei nº8.666, de 21 de junho de 1993. Institui normas para licitações e contratos da administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da República federativa do Brasil, Brasília, 28 nov 2011, Disponível em:. Acesso em: 12 de março de 2017.

Lei n.10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinam, define crimes e dá outras providências. Disponível em: Acesso em 15 de março de 2017

Lei 12.598, de 21 de março de 2012. Estabelece normas especiais para compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa; dispõe sobre regras de incentivo à área estratégica de defesa; altera a Lei nº12.249, de 11 de junho de 2010; e dá outras providências. Disponível em:Acesso em 20 de março de 2017.

MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 9ª ed. Curitiba: Zênite, 2013.

Presidência da República Decreto n.3665 de 20 de novembro de 2000. Dá nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105). Disponível em: Acesso em: 02 de abril de 2017

Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU. 4ª Ed.rev., atual. E ampl. Brasília: TCU,2010.

www.sociedademilitar.com.br/.../policiais-o-risco-do-monopolio-das-armas-no-brasil-.(acessado no dia 15/04/2017).

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E SUA EQUIPE NO CENÁRIO JURÍDICO ATUAL

NATALIA TACIANE DA SILVA GUARNIERI: Bacharelanda do curso de Direito pela Universidade Brasil - Fernandópolis - SP.

Profª **Mestre Thalita Toffoli Páez** (Orientadora)

RESUMO: O crescente aumento de processos contra os médicos reflete a proteção dada aos consumidores que alimenta a indústria do dano fundado na má fé, entretanto, existem casos em que realmente o profissional age com imperícia, imprudência ou negligência em que realmente o paciente tem o direito de ser justamente indenizado. Após o surgimento do Código Civil Brasileiro o ordenamento jurídico inovou trazendo como fundamentos que são base da ética e a boa-fé, devendo a jurisprudência inovar seus compromissos, aplicando os recursos que o Código Civil oferece aos julgadores afim de coibir excessos, e preocupando-se principalmente com a dignidade, nome, intimidade e honra destes profissionais que em determinadas situações são injustiçados. Sendo assim, trata-se de um assunto de extrema importância para o conhecimento da sociedade, tendo em vista que todos, em ao menos uma oportunidade, necessitarão dos serviços de saúde prestados pelos médicos, estando sujeitos a possíveis erros, que levarão o paciente a buscar pela reparação dos danos através das vias judiciais.

Palavras chaves: ato lícito e ilícito, dano, perda de uma chance, indenização.

ABSTRACT: The increasing number of lawsuits against physicians reflects the protection afforded to consumers that feeds the industry from harm based on faith. However, there are cases in which the professional actually acts with malice, recklessness or negligence in which the patient really has the right to Be justly indemnified. After the emergence of the Brazilian Civil Code, the legal system innovated bringing as a foundation that are the basis of ethics and good faith, and jurisprudence must innovate its commitments, applying the resources that the Civil Code offers to the judges in order to curb excesses, With the dignity, name, intimacy and honor of these professionals who in certain situations are wronged. Therefore, it is a matter of extreme importance for the knowledge of society, since all, at least one opportunity, will require the health services provided by the doctors, being subject to

possible errors, which will lead the patient to Seek redress for damages through judicial channels.

Keywords: Licit and unlawful act, damage, loss of a chance, indemnification;

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 RESPONSABILIDADE E ATO ILÍCITO. 2 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL. 2.1 Elementos da Responsabilidade Civil. 3 RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS MÉDICOS: OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO. 3.1 Obrigação de meio. 3.2 Obrigação de resultado. 4 A MÁ FÉ PROCESSUAL NAS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO POR RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. 5 DOS DEVERES DOS MÉDICOS. 5.1 Excludentes Da Responsabilidade Médica. 6 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS, CLÍNICAS, CASAS DE SAÚDE E SIMILARES. 7 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O Direito é uma ciência que deve caminhar conforme a sociedade na qual está inserido, de maneira que acompanhe as evoluções sociais, pois seria totalmente inviável reger as relações que se dão entre as pessoas caso não aconteçam modificações na maneira em que a sociedade evolui.

Sendo assim e considerando o avanço na medicina nos últimos anos, faz-se necessária uma análise das responsabilidades e direitos que cercam tanto esses profissionais da saúde quanto os usuários desse tipo de serviço.

No decorrer desse artigo será debatido que identificar um erro médico pode ser uma tarefa muito árdua, ainda mais no tocante à solidariedade profissional entre médico e sua equipe e o estabelecimento de saúde. Porém, é de suma importância mencionar que nem todo resultado mal sucedido decorre de erro médico, uma vez que eles, assim como profissionais de outros ramos, estão suscetíveis à prática de determinado erro, até porque, na maioria das vezes, os estabelecimentos de saúde não oferecem a eles condições de trabalho compatíveis com uma prestação de serviços de qualidade.

1 RESPONSABILIDADE E ATO ILÍCITO

A responsabilidade civil ocorre quando uma pessoa transgride uma norma jurídica através de um ato lícito ou ilícito, surgindo então, a partir daí, a obrigação de reparar. Ou seja, o dever é não causar dano a ninguém, mas violando esse preceito surge o dever de reparar o prejuízo causado.

De acordo com o artigo 186 do Código Civil, a definição de ato ilícito: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Vale ressaltar que o ato ilícito somente terá relevância no que tange à responsabilidade se dele resultar dano, pois eles não produzem unicamente o efeito indenizatório, motivo pelo qual é extremamente importante não se confundir com a responsabilidade civil.

2 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

A responsabilidade contratual tem sua origem num pacto, num acordo, por outro lado, a responsabilidade extracontratual é oriunda do descumprimento do dever de não lesar. Na primeira, as partes já criaram um vínculo antecipadamente por meio da obrigação e a culpa contratual é a infração do dever de adimplir. Já na culpa aquiliana não existe um vínculo pré-existente entre as partes e a culpa a ser comprovada é a transgressão de um dever negativo que constitui-se em não causar prejuízo a outrem. Nessa ordem de ideias a culpa contratual é presumida e a obrigação de provar é transmitida para o ofensor. Na culpa extracontratual, a mesma deve ser comprovada pela vítima

2.1 Elementos da Responsabilidade Civil

a) Conduta humana: ela é inconsciente e mostra por meio de uma ação ou omissão, gerando consequências jurídicas.

b) Dano ou prejuízo: é a atuação do agente afim de promover responsabilidade civil, devendo demonstrar o motivo do prejuízo a vítima.

c) Nexu de causalidade: é a ligação entre o ato lesivo e o prejuízo. Se este não for provocado por conduta do agente, então não existe a relação de causalidade.

d) Culpa ou dolo do agente: é caracterizada a culpa quando o responsável pela ocorrência dano não tinha o objetivo de ocasioná-lo, mas por imprudência, negligência, imperícia o faz e por isso surge o dever repará-lo. Já o dolo consiste na vontade, na intenção de cometer a violação de um direito.

3 RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS MÉDICOS: OBRIGAÇÃO DE

MEIO OU DE RESULTADO 3.1 Obrigação de meio

Na obrigação de meio o médico não arca com risco de um determinado resultado, mas com o dever de agir com primor e prudência, de acordo com as técnicas habituais, comprometendo-se a tratar do paciente com dedicação. Os médicos serão responsabilizados apenas quando for evidenciada qualquer modalidade de culpa: negligência, imprudência e imperícia. A comprovação de que o médico agiu com culpa pertencerá, a princípio, aos prejudicados, sendo facultativo ao magistrado inverter do ônus da prova em benefício do consumidor. Sendo assim, o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 14, § 4º, faz a seguinte observação: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada através da verificação de culpa”. Sendo assim, a responsabilidade civil dos médicos, será subjetiva, cabendo à vítima comprovar não apenas o dano e o nexo causal, mas também a culpa do médico.

É fundamental esclarecer as três modalidades de culpa: · Negligência: é deixar de fazer aquilo que a diligência normal impõe; · Imprudência: uma ação insensata, em que o profissional não se preocupou em impedir o dano previsível; Imperícia: falta de proficiência na profissão, um agir incapaz do agente para o exercício da profissão.

3.2 Obrigação de resultado

É aquela em que há um acordo do contratado com a contratante afim de buscar um resultado específico. O contratado se obriga a atingir um resultado preciso, a fim de atender aquilo que se obrigou com o contratante. Esse entendimento é hoje quase que cabal na doutrina brasileira. Inverte-se o ônus da prova, incumbindo ao contratado demonstrar que não agiu com culpa e que o resultado esperado não ocorreu devido à razões alheias à sua atuação, por influência de qualquer causa que exclua sua responsabilidade. Não se pode, porém, considerar a culpa só porque está diante de um

contrato. O que se deve levar em consideração é o tipo de obrigação contraída. Tratando-se de obrigação de resultado, o contratado, caso não atinja o estabelecido, será considerado culpado.

4 A MÁ FÉ PROCESSUAL NAS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO POR RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

O crescente aumento de ações judiciais contra médicos em que se busca a reparação civil dos eventuais danos materiais e morais é cada vez maior. A contestação do ato médico não é rara e em alguns casos é traçada por alegações falsas, em que as pessoas, mesmo cientes de que os médicos utilizaram-se de todas as técnicas necessárias para o tratamento, propõem ações indenizatórias absurdas com o intuito de obter vantagem econômica indevida. Não se pode negar que existem vários médicos que exercem sua atividade com descaso para com o paciente, sem tomar os devidos cuidados ao ministrar ou receitar medicamentos. Mas, em contrapartida, existem ainda os bons profissionais que atuam com toda presteza e atenção necessária durante o atendimento de seus pacientes, e que ainda assim, em determinadas situações ocorre um evento gravoso, por omissão do paciente ou mesmo em virtude de alguma peculiaridade deste, imprevisível pelo médico.

Um instrumento importante e muito eficaz que o médico pode utilizar para se precaver é o prontuário médico, devendo ser preenchido sem rasuras, com todos os procedimentos e prescrições escritos de forma clara e concisa. Através dele poderá ser feita uma avaliação da atuação do profissional durante todo o tratamento. Assim, as indenizações por danos morais devem proporcionar às vítimas satisfação justa na medida do dano sofrido e não um enriquecimento ilícito.

5 DOS DEVERES DOS MÉDICOS

Estão entre os diversos deveres do médico o de informar, que está previsto no art. 34 do Código de Ética Médica. O médico tem o dever de informar e aconselhar o paciente, familiares e responsáveis legais a sobre a enfermidade e suas peculiaridades, dos riscos existentes, bem como complicações que possam surgir e dos efeitos colaterais provocados pelo tratamento, mesmo sendo este um assunto que cause um certo medo e insegurança.

São ainda previstos pelo Conselho de Ética Médica os seguintes deveres do médico: alertar o paciente acerca das determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença; utilizar de todos os métodos disponíveis de diagnóstico e tratamento em favor do paciente; atender paciente que procure seus cuidados profissionais em caso de urgência ou emergência, quando não houver outro profissional ou serviço médico em condições de fazê-lo; esclarecer ao doador, ao receptor ou seus representantes legais sobre os riscos decorrentes de exames, intervenções cirúrgicas e outros procedimentos nos casos de transplantes de órgãos; conceder laudo médico ao paciente ou a seu representante legal quando o mesmo for encaminhado ou transferido para continuação do tratamento ou em caso de solicitação de alta; tornar acessível ao paciente seu prontuário, fornecendo cópia quando solicitada, bem como lhe dar explicações necessárias à sua compreensão.

5.1 Excludentes Da Responsabilidade Médica

Se um médico comete erro bruto, grosseiro, nada mais honesto que ele indenize o paciente que foi lesado. Entretanto, existirão causas nas quais a culpa do médico será eliminada, ocasionando a improcedência da ação penal e consequentemente a extinção da punibilidade do agente. Entre as principais causas de excludentes da responsabilidade, podemos destacar:

a) **Iatrogenia:** trata-se de um prejuízo impossível de ser evitado, provocado por ato médico em pacientes saudáveis ou enfermos, cujas adversidades são irreversíveis e incomuns. A lesão iatrogênica não gera a responsabilidade para o médico e hospital, salvo em virtude do descumprimento do dever de informação ou resultando de uma omissão ou atuação culposa. Nessas hipóteses, não haverá ato ilícito, tendo em vista que tratam-se de lesões provocadas por ato médico, porém não advindas de um atuar negligente, imperito ou imprudente, mas por serem medidas imprescindíveis para salvar uma vida. Sendo assim, não há que se falar em dever do médico de indenizar.

b) **Fato de terceiro:** Dolosa ou culposa, a ação foi oriunda de uma ação que não foi do médico. Nestes casos, uma força que está alheia à relação médico paciente rompe o nexo de causalidade existente entre a ação do agente e o resultado lesivo, uma vez que a conduta não parte do médico.

c) Erro escusável: Aqui trata-se da falha humana, uma vez que os médicos comentem erros porque na condição de seres humanos estão passivos a cometê-los. Eles podem ocorrer em qualquer profissão, porém, o fato de lidar com a vida humana faz com que o erro cometido pelo médico seja, muitas vezes, dramático. Porém, em algumas situações será este prescindível, visto que o médico não poderá ser responsabilizado, quando de sua atividade regular venha a ocorrer um acidente nocivo.

d) Intercorrência médica: é a ocorrência de um evento incomum em um procedimento médico imprevisível ao paciente. Todo e qualquer procedimento, desde o mais simples até o mais complexo, está sujeito à intercorrências, o que não resulta necessariamente em erro médico

e) Culpa exclusiva da vítima: ocorre em situações que o fato gerador do dano decorreu de uma ação do próprio paciente, sem intervenção do médico. Não há que se falar em nexo causal entre a ação praticada e o resultado, uma vez que o médico não contribuiu para a ocorrência do dano. A ação culposa da vítima fulmina com o nexo causal excluindo a responsabilidade civil do médico. Geralmente ocorre nos caso em que o paciente não segue corretamente o tratamento prescrito ou os cuidados pré-operatórios recomendados pelo médico.

f) Caso fortuito e força maior: Neste caso ocorre um evento imprevisível e inesperado, não só pelo médico, mas por qualquer outra pessoa que estivesse em sua situação. Não existe ação ou omissão por parter do agente, fazendo dntão com que quebre o nexo de cuasalidade no campo da responsabilidade.

6 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS, CLÍNICAS, CASAS DE SAÚDE E SIMILARES.

Os hospitais, clínicas ou similares, são responsáveis pelos atos médicos dos profissionais sob sua administração e dos médicos que sejam seus prepostos. Porém, não existe responsabilidade quando o médico apenas utiliza as instalações do hospital para a internação e tratamento dos seus pacientes. O que se deve analisar é se o médico atua no estabelecimento de saúde através contrato de prestação de serviços, sendo neste caso, considerado seu preposto. Importante ressaltar que o fato dos hospitais e similares responderem objetivamente pelo erro médico, isso não quer dizer que haverá condenação pelo ato danoso, pois para eximir-se, basta o hospital comprovar que não houveram falhas, defeito ou inadequação do serviço prestado, ou

até mesmo que o dano somente ocorreu em razão de culpa da própria vítima ou de terceiros.

Ainda que o médico seja colocado na condição de profissional liberal, isto por si só não autoriza a comunicação desta situação à pessoa jurídica, visto que a proteção legal recai apenas sobre a pessoa física. Não se pode falar em apurar a responsabilidade da pessoa jurídica através da culpa do profissional, afinal não se trata mais de responsabilidade pessoal, uma vez que não existirá e característica, caso em que configura responsabilidade objetiva da pessoa jurídica que o emprega.

7 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

O autor do dano será responsabilizado quando impedir alguém de obter uma vantagem ou de evitar prejuízo. Nesse caso não se trata de prejuízo direto à vítima, mas de uma probabilidade. O médico não tem a obrigação de curar seus pacientes, mas sim de aplicar-lhes todo conhecimento e técnica de seu ofício, disponibilizando todas as oportunidades e chances de se alcançar a cura ou sobrevivência. Por outro lado, quando os cuidados prestados pelos médicos são frustrados ocasionando a perda da oportunidade que o paciente teria o paciente de se curar ou sobreviver, torna-se imprescindível a sua responsabilização, ainda que não se tenha certeza de que aquela pessoa seria curada ou sobreviveria, suas chances foram minimizadas, não tendo tido ela a chance de ser tratada corretamente e em tempo hábil. Por fim, a indenização a que a vítima faz jus, via de regra, não será integral, uma vez que não estará diante de uma certeza absoluta, mas de uma possibilidade de atingir um resultado.

Essa teoria pode ser exemplificada através da análise do julgado que será exposto a seguir:

TJ-RS - Apelação Cível : AC 70052376779 RS

Ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. QUEDA CRIANÇA DA ALTURA DE CINCO METROS. TRAUMA CRÂNIO-ENCEFÁLICO. AUSÊNCIA DE EXAME RADIOLÓGICO. PARA AVALIAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO DAS LESÕES

SOFRIDAS PELO TRAUMA. CAUSA DOS SINTOMAS DA PACIENTE. PERDA DE UMA CHANCE. CONFIGURAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR.

O caso acima diz respeito a uma criança que sofreu uma queda de uma altura aproximada de 5 metros e, em decorrência disso, foi encaminhada a uma unidade de saúde. Porém, ao chegar até o local, foi atendido por médicos que lá atuavam, permanecendo 17 horas em observação. Foi medicado, mas não foi submetido a quaisquer exames de radiografias para verificar a extensão do dano causado pela queda. Os pais optaram por transferi-lo de hospital e, lá chegando, foi realizada uma craniotomia em que constatou-se fratura de crânio. A criança sofreu sequelas neurológicas e psicológicas irreversíveis, tornando-a incapaz. O fato do hospital não ter realizado de pronto o exame e o ter transferido para outra unidade com condições de prestar o atendimento adequado, diminuíram as chances de eventual minoração das sequelas, tendo esse erro agravado o estado de saúde do menino.

CONCLUSÃO

Chegou-se à conclusão de que a obrigação do médico pode ser de meio ou de resultado, sendo que quando se tratar de obrigação de meio a mesma será subjetiva, tendo a vítima que comprovar não só a conduta, o dano e o nexos causal, mas também a culpa do médico. Quando se tratar de obrigação de resultado, a culpa será presumida, cabendo ao agente comprovar que não agiu com negligência, imprudência ou imperícia, afim de se inocentar.

Ainda foram expostos os deveres do médico, dentre eles o de informar aos pacientes sobre os riscos do tratamento ou procedimentos, bem como as possibilidades de excludentes da responsabilidade. Relatou-se ainda de um grande medo que assombra os médicos: o crescente aumento das ações indenizatórias. De fato, até pelo modismo, é perceptível a má-fé das pessoas que procuram obter vantagens, se aproveitando das situações mais inesperadas. Já com relação à responsabilidade dos estabelecimentos de saúde, a mesma será objetiva, conforme disposto no art. 14, *caput*, do CDC, sendo afastada somente quando presentes as excludentes da responsabilidade previstas no art. 14, §3º, CDC.

Por fim, tratou-se da teoria da perda de uma chance, em que o autor do dano será responsabilizado quando privar outrem de obter uma vantagem ou impedi-la de evitar prejuízo. No que tange a responsabilidade pessoal do médico, tratando-se de obrigação de meio, tendo em vista a imaleabilidade dos tribunais com relação às provas, e ainda a chamada solidariedade profissional entre a classe médica, acredita-se que responsabilidade médica deveria ser objetiva, mesmo porque os médicos podem fazer uso de variadas causas de excludentes da responsabilidade, mesmo porque antes de tudo ele é humano, sujeito a cometer erros, sendo muito mais fácil para um médico comprovar que não agiu com negligência, imprudência ou imperícia, do que para a vítima comprovar a culpa médica.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, n. 116.

BRASIL **Código de Ética Médica**. Resolução do CFM nº1931/2009. Disponível em: <http://www.portaldomedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/19312009.htm>. Acesso em 02 de dezembro de 2016

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição.htm Acesso em : 02 de dezembro de 2016.

Responsabilidade civil das clínicas, hospitais e médicos. *Revista jurídica*, v. 159, p. 122.

. <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112584289/apelacao-civel-ac-70052376779-rs>

<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4439590Y4>

<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4472340Y3>

O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA AO MENOR: PRINCIPAIS REQUISITOS PARA CONCESSÃO.

CAMILA PIEROBON DA SILVA: Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil - Fernandópolis/SP.

Prof. Rodrigo Freschi Bertolo

(Orientador)

RESUMO: Durante algum tempo o menor incapaz foi considerado inapto a receber o benefício de prestação continuada, pois a incapacidade, além dos requisitos, baseava-se tão somente no aspecto financeiro e na incapacidade para o trabalho. Logo, por este ponto de vista, não haveria motivo para enquadrar o menor deficiente diante da impossibilidade legal do mesmo trabalhar. Ocorre que, o acordo com a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com deficiência, deu lugar a uma noção mais ampla, considerando deficiente aquele com impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Derrubando a questão do trabalho, os demais requisitos abriram as portas para o menor ser amparado pelo benefício. O objetivo deste trabalho é trazer as peculiaridades que englobam tal benefício, esclarecendo de maneira clara e precisa a cerca de sua concessão, como medida de garantir ao menor deficiente uma vida digna. Os conceitos utilizados abordam entendimentos jurisprudenciais atualizados, para facilitar a interpretação do benefício. O trabalho propõe dizimar dúvidas relacionadas ao assunto, tornando o benefício mais acessível a todo menor que dele necessita.

Palavras chave: BPC, menor, deficiente, LOAS.

ABSTRACT: For some time the incapable under old was considered unfit to receive the continuous benefit, since the disability, besides the requirements, was based only on the financial aspect and the incapacity for work. Therefore, from this point of view, there would be no reason to frame the handicapped minor before the legal impossibility of working. It occurs that, according to the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, this point of view has changed, giving rise to more modern and broad notion, where it was considered deficient that one with a physical, mental, intellectual or sensorial long-term disability, Which, in interaction with one or more barriers, may obstruct their full and effective participation in society

on an equal basis with others. Breaking down the question of work, the other requirements opened the door for the minor to be supported by the benefit. The objective of this work is to bring the peculiarities that encompass this benefit, clarifying clearly and precisely about its concession, as a measure to guarantee the least deficient a life in the least dignified. The concepts used deal with updated jurisprudential understandings, in order to facilitate the interpretation of the benefit. The work proposes to decipher some doubts related to the subject, to make the benefit more accessible to all the smaller that it needs.

Keywords: BPC, minor, handicapped, LOAS.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO – 2 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA; 2.1 O ENQUADRAMENTO DO MENOR DEFICIENTE; 3 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE; CONCLUSÃO

1 INTRODUÇÃO

O presente tem como objetivo analisar o direito a assistência social, quanto ao benefício de prestação continuada, também conhecido como BPC, concedido ao menor portador de deficiência física e psíquica, que comprovem não possuir meios para prover a própria manutenção e nem de tê-la provida pela sua família.

No Brasil a previdência social é de filiação obrigatória, com caráter contributivo, onde quem não contribuir não terá direito aos seus benefícios. O tema é de extrema importância para o conhecimento de todos, pois se trata de uma assistência que será dada somente a quem dela necessitar, neste caso, somente aqueles que se encaixam nos requisitos específicos. Importante salientar que na seguridade social nem todos contribuem para o custeio, mas todos têm direito a algum tipo de proteção social; se pode contribuir é segurado da previdência social; se não pode contribuir tem direito à assistência social, desde que preenchidos os requisitos legais; assim, todos têm direito à assistência à saúde, independentemente de contribuição para o custeio.

A relevância da pesquisa visa demonstrar os argumentos que envolvem os beneficiários, com enfoque ao menor deficiente, no que diz respeito às formas de aquisição do benefício, levando em consideração o princípio da solidariedade e da

inclusão social, de modo que tal benefício não seja visto como forma de discriminação ou favorecimento para aqueles que realmente fazem jus ao mesmo.

O empenho pela temática escolhida se deu com o objetivo de abordar e esclarecer dúvidas existentes quanto ao direito a assistência social que garante a manutenção de um padrão mínimo de vida digna aos cidadãos, com ênfase no que tange o benefício de prestação continuada, previsto na Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS).

2 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Os incisos I a V do art. 203 da Constituição Federal asseguram assistência social por meio de benefícios e serviços. Destes benefícios, somente o inciso V prevê o pagamento de benefício assistencial. Previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal, o Benefício de Prestação Continuada está disciplinado pelos artigos. 20 e 21 da LOAS, e regulamentado pelo Decreto n. 6.214, de 26.09.2007. Com a redação dada pelo Decreto n. 7.617/2011, a Constituição Federal de 1988 quis dar proteção às pessoas idosas ou com deficiências físicas e psíquicas em razão das dificuldades de colocação no mercado de trabalho e de integração na vida da comunidade, com ausência de meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida pela família, situações que não são sinônimas.

A Constituição garante um salário mínimo de benefício mensal a essas pessoas, o benefício independe de carência, possui caráter personalíssimo e não tem natureza previdenciária, e, por isso, não gera direito à pensão por morte e abono anual. Em caso de falecimento no decorrer do deslinde processual, o valor não recebido em vida pelo beneficiário será pago aos seus herdeiros ou sucessores, na forma da lei civil. Essa disposição é novidade trazida pelo Decreto n. 6.214/2007 (art. 23, parágrafo único), uma vez que não era prevista no regulamento anterior (Dec. n. 1.744/95).

Os requisitos para concessão são cumulativos: a deficiência ou a idade e a necessidade. As limitações físicas, mentais, intelectuais e sensoriais devem ser conjugadas com fatores sociais, de modo a analisar o contexto em que vive a pessoa com deficiência, comprovando que suas limitações a impedem de se integrar plenamente na vida em sociedade, dificultando sua convivência com os demais.

O respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade são exigências da lei para a concessão da cobertura

assistencial. A assistência social não pode ser imposta, mas, sim, prestada em razão da vontade manifestada do necessitado, quando suas condições pessoais o permitirem, não podendo resultar discriminação de nenhuma espécie em relação à pessoa assistida, sendo proibida qualquer comprovação vexatória de necessidade.

A Assistência Social é um dos entes componentes da seguridade social, e, por isso, está submetida aos mesmos princípios constitucionais. Porém, os arts. 203 e 204, da Constituição, e o art. 4º, da LOAS, têm regras específicas que devem orientar as políticas públicas destinadas à cobertura pela assistência social, pautadas, principalmente, pelo respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. A transparência da utilização dos recursos destinados ao financiamento da assistência social está prevista no inciso V, que impõe a ampla divulgação dos benefícios, serviços e projetos assistenciais e dos critérios para sua concessão.

2.1 O ENQUADRAMENTO DO MENOR DEFICIENTE

A contingência da lei é ser pessoa com deficiência ou idosa com 65 anos ou mais, que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família. Pela interpretação ao pé da letra da lei, em se tratando de deficiente, que é o tema do presente trabalho, não há o que se falar em idade mínima ou máxima para a concessão do benefício. Difícil é avaliar o caso de menores que possuem tais tipos de incapacidades, cujo trabalho, por força da própria Constituição da República (artigo 7º, XXXIII, da CR/88), é vedado, tal conceito de deficiência é insuficiente. Afinal, nesse sentido, toda criança seria incapaz para o trabalho e, dependendo da idade, para viver de forma independente. Nestes casos, tratando-se de criança ou adolescente, a análise da deficiência deve ser feita sob a ótica do art. 4º, § 1º, do Decreto nº 6.214/2007, com redação dada pelo Decreto nº 7.617/2011. A avaliação da existência de deficiência, com impacto na limitação do desempenho de atividade e restrição da participação social, deve ser compatível com a idade. Ademais, em 31/8/2011, quando entrou em vigor a Lei nº 12.470, passaram as crianças e adolescentes a adquirir direito ao recebimento do benefício de amparo social, desde que satisfeitos os requisitos da nova legislação. Assim, a avaliação da condição de deficiente não mais se concentra na incapacidade laboral e na impossibilidade de sustento, mas, senão, na existência de restrição capaz de obstaculizar a efetiva participação social de quem o postula de forma plena e justa.

Partindo deste pressuposto, surge a polêmica das formas de aquisição do benefício ao menor que é deficiente. A obrigação em tela seria dos pais de acordo

com a lei, mas existem casos em que a deficiência extrapola o individualismo da pessoa deficiente e se estende aos seus pais, que ficam impossibilitados de prover a manutenção dos filhos, por estarem submetidos a vigia deles, que neste caso necessitam de cuidado e proteção 24 horas por dia.

Diante desta polêmica, os tribunais acabaram por consolidar jurisprudências a respeito do tema, que é de tamanha importância sua divulgação e será tratada no próximo capítulo. Importante salientar que a responsabilidade do Estado nestes casos é subsidiária, pois cabe aos pais a obrigação de sustento e cuidado de seus filhos e somente em casos peculiares e é claro, desde que preenchidos todos os requisitos, o benefício será concedido.

3 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE

O sujeito passivo do pedido é o INSS, a ele será feito um pedido administrativo para a concessão do benefício. Após seu recebimento, o requerente se submeterá as avaliações médica e social por peritos da própria autarquia. Caso indeferido o benefício, caberá recurso à Junta de Recursos do Conselho de Recursos da Previdência Social, no prazo de 30 dias, contados do recebimento da comunicação. Concedido o BPC pelo INSS, a este caberá efetuar o pagamento do benefício, o que fará com recursos repassados pelo Fundo Nacional de Assistência Social. Há, porém, situações em que o interessado requer o benefício na via judicial, diretamente ou após o indeferimento na via administrativa. Acontece que nos casos ajuizados diretamente no judiciário, em que inexistir prévio requerimento administrativo, poderá ser considerado falta de interesse de agir, extinguindo o feito sem resolução de mérito. Em todo caso, os requisitos da concessão serão os mesmos de acordo com os artigos 20 a 21-A, da Lei 8.742/93: deficiência (impedimento de longo prazo); vulnerabilidade própria (sem meios de prover sua manutenção); vulnerabilidade familiar (nem de tê-la provida por sua família).

No requisito deficiência o julgador firmará seu convencimento com base na prova pericial, destacando que não há necessidade ou obrigação legal da parte por especialista em determinada área, bastando que o juízo sintá-se suficientemente munido das informações necessárias para o deslinde da controvérsia. O laudo pericial deverá ser analisado como um todo.

Diz o art. 20, § 2º, da Lei 8.742/93, que se considera pessoa com deficiência "aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas" (redação dada pela Lei nº 13.146/15), definindo-se impedimento de longo prazo aquele que "produza efeitos pelo prazo mínimo de dois anos", tais circunstâncias devem ser extraídas do laudo pericial.

Existe somente um caso específico em que o prazo será de no máximo três anos, o caso de crianças vítimas de microcefalia decorrentes de doenças transmitidas pelo mosquito *Aedes aegypti*, previsão da lei 13.301/16, que entrou em vigor em 27/06/2016, trazendo a adoção de medidas de vigilância em saúde, diante da situação de perigo à saúde pública, pelo mosquito transmissor do vírus da dengue, *zika* e *chikungunya*.

Para fins de identificação de pessoa com deficiência, insignificante a referência à necessidade de trabalho, em se tratando de menor, razão pela qual deve comprovar que a doença que o acomete acarreta impedimento ou restrição ao desempenho das atividades inerentes sua faixa etária e à participação social. Do requisito vulnerabilidade prevê o art. 20, da Lei 8.742/93 (com redação dada pela Lei nº 12.435/11), a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo, integrando neste cálculo o requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto, é presumidamente incapaz de prover a manutenção do sujeito ativo do benefício. Porém, o STF, na Reclamação (RCL) nº 4374 e, sobretudo, nos Recursos Extraordinários (REs) nº 567985 e nº 580963 (ambos com repercussão geral), em 17 e 18/04/2013, reconheceu superado o decidido na ADI 1.232-DF, de tal modo que "(...) o critério de renda per capita de ¼ do salário mínimo não é mais aplicável, motivo pelo qual a miserabilidade deverá ser aferida pela análise das circunstâncias concretas do caso analisado (à míngua de novo critério normativo)". Neste sentido: TRF3 - 7ª Turma, Rel. Des. Fed. Toru Yamamoto, AC 0019447-66.2016.4.03.9999/SP, j. de 10/10/2016. Ademais, conforme consolidações jurisprudenciais modernas devem ser excluídos do cálculo da renda per capita familiar:

"o valor auferido por idoso com 65 anos ou mais a título de benefício assistencial ou benefício previdenciário de renda mínima" (...), bem como "a título

de benefício previdenciário por incapacidade ou assistencial em razão de deficiência", ressaltando-se que "tal beneficiário, em decorrência da exclusão de sua renda, também não será considerado na composição familiar, para efeito do cálculo da renda per capita". De outra parte, "os cuidados necessários com a parte autora, em decorrência de sua deficiência, incapacidade ou avançada idade, que acarretarem gastos - notadamente com medicamentos, alimentação especial, fraldas descartáveis, tratamento médico, psicológico e fisioterápico, entre outros -, configuram despesas a ser consideradas na análise da condição de risco social da família do demandante". Também, "o fato de a parte autora ser beneficiária e perceber renda proveniente do Programa Bolsa Família, não só não impede a percepção do benefício assistencial do art. 203, V, da Constituição Federal, como constitui forte indicativo de que a unidade familiar encontra-se em situação de risco social". Logo, em linhas gerais, para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, "a situação de risco social a que se encontra exposta a pessoa idosa ou portadora de deficiência e sua família deve ser analisada em cada caso concreto". Neste sentido: TRF4 - 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Salise Monteiro Sanchothene, AC 5017122-40.2015.4.04.9999/PR, em 25/01/2017.

Todavia, sem descuidar das ponderações acima, o requisito da miserabilidade não poderá ser analisado tão somente levando-se em conta o valor per capita e a famigerada situação de "renda zero". Destarte, a ausência, ou presença, desta condição econômica deve ser aferida por meio da análise de todo o conjunto probatório.

Cumprido ressaltar que o benefício possui caráter nitidamente assistencial, devendo ser destinado somente àquele que dele necessita e comprova a necessidade e não cumpre com a função de complementar a renda familiar, visto que o seu fim precípuo é o de proporcionar as mínimas condições necessárias para a existência digna do indivíduo. Conforme lições do Desembargador Federal Carlos Delgado:

“O dever, portanto, é, em primeiro lugar, da família. Repito que o benefício em questão, que independe de custeio, não se destina à complementação da renda familiar baixa e a sua concessão exige do julgador exerça a ingrata tarefa de distinguir faticamente entre as situações de pobreza e de miserabilidade, eis que tem por finalidade precípua prover a subsistência daquele que o requer” (TRF3 - 7ª Turma, AC nº 0039928-02.2006.4.03.9999/SP, de 05/12/2016).

O estudo social deverá demonstrar a situação de miserabilidade, prevista no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93, não apontando no sentido da existência de parentes próximos com capacidade financeira para auxiliar no sustento do menor, obrigação, aliás, insculpida no art. 229 da Constituição Federal e nos arts. 1.566, IV, 1.632, 1.696 do Código Civil e art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A incapacidade da criança ou do adolescente deve ser aquela que prive um de seus genitores de trabalhar, de modo que não consiga contribuir efetivamente com a renda familiar, por ser necessário na vigilância deste menor portador de deficiência.

Concluída a questão dos requisitos, desde que preenchidos, há também que se esclarecer quanto ao pagamento e data do início do benefício (DIB), que é tema de inúmeras contestações via judicial. Pois bem, a regra geral é a de que o pedido seja feito administrativamente, neste caso, o BPC será pago a partir da Data da Entrada do Requerimento (DER).

Nos casos em que o benefício tenha sido pleiteado via judicial, haverá algumas peculiaridades a serem analisadas, que são elas:

- a) Caso inexista informação sobre eventual requerimento administrativo efetuado recentemente ao ajuizamento, a data de início do benefício será a data da citação, momento em que a autarquia foi constituída em mora, de acordo com o artigo 240, do NCPC.
- b) Caso haja recente requerimento administrativo indeferido pela autarquia, a data de início do benefício será a data de entrada do requerimento administrativo.
- c) Caso não haja elementos indicando o preenchimento dos requisitos à época do requerimento administrativo ou da citação, a data de início do benefício será a data do último laudo.
- d) Caso considere que a parte deu causa à negativa do requerimento administrativo, por não comparecer à perícia, ou que não tenha levado os documentos necessários, a data de início do benefício será a data da citação, ou seja, data em que a autarquia foi constituída em mora.

Vale lembrar, que a jurisprudência atual considera recente ao ajuizamento o requerimento administrativo feito no mínimo após 6 meses de seu indeferimento, pois

não faz sentido que uma pessoa que necessite urgentemente do benefício, fique de 1 a 2 anos ou mais aguardando para requerê-lo judicialmente.

CONCLUSÃO

É comum nos depararmos com um amigo, vizinho, conhecido, ou até mesmo um parente deficiente que esteja passando por imensas dificuldades de se integrarem no meio social, pois a sociedade em que vivemos infelizmente não é tão receptiva quanto parece. Além da falta de recepção no meio social, existem também inúmeras famílias que são privadas de viverem com dignidade por simplesmente terem um deficiente em casa.

A falta de informação necessária acaba por não satisfazer o compromisso com aqueles que realmente fazem jus ao benefício, a solidariedade está elencada como um princípio da assistência social, se todos colaboraram, porque não levar ao conhecimento dos necessitados uma garantia que pertencem a eles? Faz-se de suma importância a divulgação a respeito da assistência social e do benefício em questão como um direito a ser pleiteado, pois esse direito não depende que o necessitado seja segurado de alguns dos regimes previdenciários disponíveis, basta que preencha os requisitos legais.

Este trabalho teve de certa forma a finalidade de clarear a mente de quem ainda tem alguma dúvida a cerca do benefício, a questão do deficiente atualmente se encontra muito sensível em nosso ordenamento jurídico, principalmente do menor. Sua deficiência possui peculiaridades relativas com cada estágio de sua vida, o que é muito difícil ser discutida em uma simples ação judicial. Cabe ressaltar, que deficientes, menores ou não, são seres humanos como todas as outras pessoas.

Importante salientar que este estudo para os intercessores da lei é de extrema relevância, pois é seu papel fazer justiça e levar principalmente aos que mais necessitam o que é seu por direito. A dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, a solidariedade social, o desenvolvimento, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos são os alicerces, os princípios e diretrizes norteadores da elaboração, da interpretação e da aplicação do direito.

Os resultados da interpretação da legislação previdenciária nunca podem acentuar desigualdades nem contrariar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Há muita coisa a ser levada em consideração no que tange às diversidades de necessidades e realidades em que vivem os brasileiros, cada qual com sua singularidade, é necessária a inclusão social de maneira justa, não só financeiramente, de modo que não seja para os demais grande esforço oferecer oportunidades iguais de acesso a bens e serviços a todos.

REFERÊNCIAS

BRASIL (2017). Tribunal Regional Federal 3ª Região - 7ª Turma. Acórdão nº 0019447-66.2016.4.03.9999. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Apelada: Maria Bernardino Ribeiro. Relator: Desembargador Toru Yamamoto. SÃO PAULO, 10 de setembro de 2016. Disponível em:

<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5531548>.

Acesso em: 30 de maio 2017.

BRASIL (2017). Tribunal Regional Federal 3ª Região- 7ª Turma. Acórdão nº 0039928-02.2006.4.03.9999. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Apelado: Antônio Geraldo dos Santos. Relator: Desembargador Carlos Delgado. SÃO PAULO, 06 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5698578>.

Acesso em 15 de maio de 2017.

BRASIL (2017). Tribunal Regional Federal 4ª Região- 6ª Turma. Acórdão nº 5017122-40.2015.4.04.9999. Apelante: Aparecida Lopes da Silva. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Desembargadora Salise Monteiro Sanchonete. RIO GRANDE DO SUL, 25 de janeiro de 2017. JUSBRASIL. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/423181280/apelacao-civel-ac-50171224020154049999-5017122-4020154049999/inteiro-teor-423181345>. Acesso em: 02 de maio de 2017.

BRASIL, 2017. Tribunal Regional Federal 3ª Região - 7ª Turma. Acórdão nº 0011267-85.2016.4.03.0000. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Apelado: Francisco Pereira de Souza. Relator: Desembargador Fausto de Sanctis. SÃO PAULO, 31 de janeiro de 2017. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5746344>. Acesso em: 27 de abril de 2017.

BRASIL Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993. **Lei Orgânica da Assistência Social.** Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm. Acesso em: 29 de maio de 2017.

BRASIL Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. **Regulamento do Benefício de Prestação Continuada.** Brasília, Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2007/decreto-6214-26-setembro-2007-560259-normaatualizada-pe.html>. Acesso em 14 de abril de 2017. BRASIL Decreto nº 7.617, de 17 de novembro de 2011. **Regulamento do Benefício de Prestação Continuada.** Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7617.htm. Acesso em: 12 de abril de 2017.

BRASIL Lei nº 13.301, de 27 de junho de 2016. **Adoção de medidas de vigilância e saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika.** Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13301.htm. Acesso em 12 de abril de 2017.

BRASIL Lei nº 12.435, de 06 de julho de 2011. **Organização da Assistência Social.** Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12435.htm. Acesso em 26 de abril de 2017.

SANTOS, Mariza Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquematizado.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

O TRABALHO COMO FORMA DE RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO

AMANDA MENDES DA SILVA: Bacharelanda do curso de Direito pela Universidade Brasil - Fernandópolis - SP.

ANDRÉ DE PAULA VIANA
(Orientador)

RESUMO: O sistema penitenciário brasileiro sofre muito com o descaso dos poderes competentes, com a falta de efetivação da Lei de Execução Penal, que possui como um dos principais objetivos a ressocialização dos condenados e a reinserção dos mesmos ao convívio social. Uma das inúmeras formas de proporcionar um retorno a sociedade é por meio do trabalho, onde, aproveita-se do período de cumprimento de pena para oferecer a qualificação profissional do preso, para que, no momento em que se tornar um egresso do sistema prisional, possa encontrar facilmente um meio de buscar seu sustento e o de sua família por meio do trabalho lícito. A ressocialização tem como função principal de amenizar os problemas da população carcerária, e auxiliar na reabilitação dos presos, oferecendo uma qualificação profissional bem como um novo convívio em sociedade, uma vez que, na atualidade, esta se caracteriza pela obtenção de lucros de maneira imediata, e em função disso incidem, principalmente, os delitos de furto, roubo, receptação e tráfico.

Palavras-chave: preso; ressocialização; trabalho; sistema prisional.

ABSTRACT: The Brazilian penitentiary system suffers greatly from the disregard of the competent powers, with the lack of enforcement of the Criminal Execution Law, which has as one of its main objectives the resocialization of convicted persons and their reintegration into social life. One of the innumerable ways of providing a return to society is through work, where one takes advantage of the period of fulfillment of sentence to offer the professional qualification of the prisoner so that, the moment he becomes a prisoner of the prison system, Can easily find a way to seek his livelihood and that of his family through lawful labor. Resocialization has as main function to alleviate the problems of the prison population, and to assist in the rehabilitation of the prisoners, offering a professional qualification as well as a new society in society, since, at present, this is characterized by the obtaining of profits of immediate way , And as a result of this, theft, robbery, reception and trafficking are the main crimes.

Keywords: prison-resocialization-work-prison system.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 A ORIGEM DO SISTEMA PRISIONAL. 2 DA RESSOCIALIZAÇÃO. 3 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL SOBRE A RESSOCIALIZAÇÃO DOS APENADOS. 4 A RESSOCIALIZAÇÃO ATRAVÉS DO TRABALHO. 5 A REMISSÃO PELO TRABALHO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo mostrar a realidade brasileira no que diz respeito ao sistema prisional e sua precariedade com a falta de atendimento à Lei de Execução Penal, que dentre os direitos resguardados aos condenados, tem como maior objetivo ressocializá-los para que ao final da pena, estarem prontos para voltar ao convívio de familiares e da sociedade com uma qualificação profissional ou até com um emprego garantido, evitando assim que voltem a praticar ilícitos contra a sociedade.

Após a entrada em vigor da Lei nº 7.210, de 1984, lei que rege a Execução Penal, as penitenciárias surgiram como forma de punir e de prevenir novos ilícitos.

Outro aspecto a ser abordado, será o investimento na qualificação profissional do preso, para que a cada dia de punição, seja também um dia a mais de ressocialização, e, diante da precariedade do nosso sistema, a forma mais inteligente de reinserir o reeducando na sociedade é por meio de qualificação profissional.

1 A ORIGEM DO SISTEMA PRISIONAL

Desde muito tempo atrás, as penas, principalmente a de prisão, possuíam a finalidade de controle, a guarda e disciplina dos submetidos às normas determinadas geralmente por um ser mais forte, que era quem ditava as regras, ser este, que nos dias que hoje denominamos de Estado.

De acordo com estudos realizados pela Escola de Educação em Direitos Humanos sediada em Curitiba, Paraná, “a criação de instituições prisionais, das leis e teorias criminais como conhecemos hoje teve início na sociedade moderna, a partir do século XVII”.

A pena privativa de liberdade surgiu a partir do século XVIII, época em que foram criadas as prisões, fazendo surgir políticas e penas para reeducar aqueles que infringiam as leis.

A cerca da importância e a finalidade da pena, Beccaria ressalta :

(2002, p. 162-163), “para que toda a pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos, fixadas pelas leis”.

Entre as práticas penais mais aplicadas na tentativa de reeducar os detentos inicialmente estava o trabalho prisional. No início do século XIX foram construídas as penitenciárias industriais agrícolas, isso na Europa e América do Norte.

Nessas penitenciárias, a disciplina por meio do trabalho, o que era uma inovação no âmbito penal. O trabalho na pena veio como o principal fim a reabilitação, sendo este desenvolvido de uma forma que beneficiasse o apenado e o próprio sistema prisional, permitindo que o preso tivesse um melhor preparo para a volta à sociedade.

O apenado tem inúmeras dificuldades, e ao longo da história este fato só vem se agravando, pois a prisão exclui o indivíduo no momento em que impõem a pena, e logo após o seu cumprimento, que é o momento em que sofre a dificuldade na reinserção socioeconômica.

O doutrinador Mirabete disserta sobre a finalidade da pena (1988, p. 39), “é ressocializar, recuperar, reeducar ou educar o condenado, tendo uma finalidade educativa que é de natureza jurídica”.

Diante de todo o exposto, pode-se observar que a pena teve, desde o momento em que foi criada, tem como uma de suas finalidades, a de ressocializar o condenado, criando condições para que o apenado possa, em liberdade, resolver os conflitos próprios da vida social, sem recorrer ao caminho do delito novamente.

2 DA RESSOCIALIZAÇÃO

A maior e principal finalidade da pena privativa de liberdade é, nada mais nada menos do que a ressocialização.

Ressocializar significa reinserir o condenado ao convívio social, reeducar ou educa-lo de tal maneira que ele tenha uma nova chance de viver em sociedade respeitando as regras (normas) impostas.

Neste sentido, destaca Bitencourt (2012, p.130)

[...] A Lei de Execução Penal (LEP), já em seu art.1^o, destaca como objetivo do cumprimento de pena a reintegração social do condenado, que é indissociável da execução da sanção penal. Portanto, qualquer modalidade de cumprimento de pena em que não haja a concomitância dos dois objetivos legais, quais sejam, o castigo e a reintegração social, com observância apenas do primeiro, mostra-se ilegal e contrária à Constituição Federal.

Ou seja, para que haja ressocialização, é preciso que haja uma ligação entre diversos fatores importantes para resgatar o que foi perdido no meio do caminho, ou seja, entender e buscar o motivo pelo qual o indivíduo foi falho em algum momento de sua vida, seja na educação, ou em qualquer outro fator importante.

São úteis a ressocialização os vínculos familiares, afetivos e sociais, a educação (o estudo), a religião e o trabalho. Até mesmo não acredita no efeito da ressocialização, sabe a necessidade de tratar a pena como uma forma de educação e de assistência ao preso, que lhe facilite o acesso aos meios capazes de permitir-lhe o retorno à sociedade em condições de convivência normal sem trauma ou sequelas do sistema.

É notório o quanto vários fatores contribuem para uma boa e agradável ressocialização, tendo em vista que não é somente privar a liberdade por um determinado tempo, mas sim usar este tempo para preparação para um novo convívio em sociedade.

Conforme afirma Bitencourt *apud* Mirabete (2008, p. 26):

[...] diz Carlos Roberto Bitencourt a respeito da execução penal na visão da Criminologia Crítica: “A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmos, no qual se reproduzem e se agravam as graves contradições que existem no sistema social exterior. (...) A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre uma função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de dominação”.

Podemos perceber que, a pena não cumpre seu principal fato ressocializador sozinha, mas a união de diversos fatores importantes para o indivíduo podem construir um novo indivíduo para o retorno em sociedade.

A LEP, veio como uma forma inovadora de ressocializar, deu ênfase no principal sentido da pena, trouxe um avanço no tratamento do preso, e além de tudo, trouxe o papel importante que a sociedade tem nos dias atuais que é de auxiliar na ressocialização do preso.

São diversos fatores importantes e principais para a ressocialização do preso, dentre eles são: a família, religião, educação, estudo, ou seja, ressocializar é trazer à tona tudo o que foi perdido ou de alguma forma deixado de lado pelo preso. A ressocialização só será eficaz caso esteja todos esses fatores diretamente ligados de alguma maneira

3 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL SOBRE A RESSOCIALIZAÇÃO DOS APENADOS

A Lei de Execução Penal, que está em vigor desde 1984, dispõem sobre a efetivação da pretensão punitiva do Estado, tal pretensão é concretizada na

sentença condenatória com trânsito em julgado, a sentença pode ser: pena privativa de liberdade, pena restritiva de direitos ou pecuniária.

De acordo com a lei, em seu artigo 10, menciona que é dever do Estado a assistência ao preso e ao internado para que previna a ocorrência de crimes e que possibilite um bom retorno a sociedade:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I - material;

II - à saúde;

III - jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa.

Além de ressocializar, a referida lei foi criada com o intuito de retribuir o erro causado pelo criminoso e, prevenir novos crimes

Dentre outras coisas, a lei dispõe que é dever do poder público investir em programas que visem a ressocialização dos reeducandos e egressos do sistema prisional, devendo assim, buscar por condições para que haja uma harmônica integração social do preso ou do internado.

A maior dificuldade para que haja uma boa ressocialização, atualmente, é a superlotação dos presídios Brasileiros, Nucci (2011, p. 1028) destaca sobre este principal problema enfrentado:

Se não houver investimento efetivo para o aumento do número de vagas, respeitadas as condições estabelecidas na Lei de Execução Penal para os regimes fechado, semiaberto e aberto, nada de útil se poderá esperar do processo de

recuperação do condenado. Na verdade, quando o presídio está superlotado a ressocialização torna-se muito mais difícil, dependente quase que exclusivamente de boa vontade individual de cada sentenciado.

Como principal ideia, a lei busca a efetivação da execução penal como sendo forma de preservar os bens jurídicos e de reinserção da pessoa que praticou um delito à sociedade, em determinada parte, a referida lei fala sobre os direitos do preso, reconhecendo este como ser humano, que, apesar do crime cometido contra a sociedade, terá ele direitos internos dentro do respectivo sistema penitenciário o qual se encontre.

A criação da lei veio para que o Estado adote medidas para que a sentença fosse cumprida e que o apenado veja tal punição como uma forma de preparo para a sua volta ao convívio social. Visa combater o excesso ou o desvio da execução penal que ameaça a dignidade ou a humanidade ao aplicar a pena.

No nosso ordenamento jurídico e Estado democrático de Direito, a execução penal deve obedecer os limites de caráter humanitário. A pena imposta deve ser proporcional ao crime em que o condenado cometeu.

Um dos aspectos da Lei de Execução Penal brasileira é a modernidade, e uma visão ressocializadora da pena privativa de liberdade. Apesar do intuito de tratar o assunto e efetivamente aplicar a ressocialização através das penas, hoje, enfrentamos o problema da falta de efetividade no cumprimento e na aplicação da LEP.

Dentre várias medidas adotadas como maneira de ressocializar o preso, uma das medidas adotadas para a contribuição da ressocialização do preso na execução penal, é o trabalho, que é uma das formas de preparar o preso e qualificá-lo para a sua volta no mercado. O Artigo 28, 29 e 30 da Lei trata que o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

§ 1º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene.

§ 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;

b) à assistência à família;

c) a pequenas despesas pessoais;

d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

§ 2º Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

Art. 30. As tarefas executadas como prestação de serviço à comunidade não serão remuneradas.

Ao ler e observar a lei de execução, pode-se perceber que o legislador reflete e tem a intenção em reconhecer o condenado e o egresso como parte integrante da sociedade, a qual deverá retornar, tal aspecto pode ser percebido em seu artigo 108, pois "surgiram assim os sistemas penitenciários fundados na ideia de que a execução penal deve promover a transformação do criminoso em não criminoso, possibilitando-se métodos coativos para operar-se a mudança de suas atitudes e de seu comportamento social" (MIRABBETI, 2004:62), trazendo ainda em seu artigo 11 9 da LEP os tipos de assistências garantidas aos detentos, logo o

regime penitenciário deve empregar, de acordo com a necessidade do tratamento do prisioneiro toda a assistência de que pode dispor e todos os meios curativos, educativos, morais, espirituais e de qualquer outra natureza.

Como pode-se observar, o Artigo 10 da LEP, tem como objetivo evitar qualquer tratamento discriminatório e acima de tudo, assegurar a dignidade da pessoa humana através de sua assistência material, fornecendo alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

O trabalho é um direito garantido ao presidiário, conforme trata o Artigo 41 da LEP inciso II, e pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6 que prevê que o trabalho é um dos direitos sociais.

Nosso sistema penitenciário sofre com o tratamento que o Estado oferece a ele, é importante destacar a indignação do respeitado doutrinador Grecco, quanto ao tratamento que o Estado aplica aos condenados ao indagar que:

Como o Estado quer levar a efeito o programa de ressocialização do condenado se não cumpre as funções sociais que lhe são atribuídas pela Constituição Federal? De que adianta ensinar um ofício ao condenado durante o cumprimento de sua pena se, ao ser colocado em liberdade, não conseguirá emprego e, o pior que, muitas vezes voltará ao mesmo ambiente que lhe propiciou o ingresso na “vida do crime”? O Estado não educa, não fornece habitação para a população carente e miserável, não se preocupa com a saúde de sua população; enfim, é negligente em todos os aspectos fundamentais para que se preserve a dignidade da pessoa humana (GRECCO, 2009, p. 150).

4 A RESSOCIALIZAÇÃO ATRAVÉS DO TRABALHO

Em um momento tão complicado para o sistema prisional Brasileiro, tratar sobre a ressocialização do preso é algo bastante delicado. Entretanto, se não

há solução efetiva para o caso, o tema precisa continuar sendo discutido, pois a realidade prisional do nosso País está precária.

Falar em ressocialização no Brasil atualmente parece algo inalcançável, fora da realidade do nosso sistema prisional. Este é um dos principais motivos pelo qual o trabalho como forma de ressocialização é tratado como uma maneira fora da nossa realidade de ressocializar. Em regra, o encarcerado é esquecido, salvo nos casos em que nos deparamos com rebeliões, que demonstram o descaso, obscuridade e falência do nosso sistema.

A penitenciária industrial terceirizada de Itaitinga, que retrata de forma clara e concisa como o Estado vem tratando a questão da ressocialização de encarcerados:

“[...] O Estado precisa desenvolver ações eficazes que possibilitem a ressocialização de pessoas em privação de liberdade. Atualmente, a ressocialização é um mundo de “faz-de-contas”, e as ações voltadas para este fim quase não existem”. (CARVALHO, 2011, p. 138-139).

O trabalho do preso não é uma medida que foi criada para gerar algo que possa dificultar a pena nem vir a prejudicar o condenado, na verdade ele tem como principal objetivo a reinserção do condenado à sociedade, preparando-o para uma profissão, vindo a contribuir para a formação da personalidade do mesmo e, além do mais, do ponto de vista econômico, permite ao recluso dispor de algum dinheiro. Além de ser uma maneira de usar o tempo ocioso disponível para que ele cresça não somente como pessoa, mas sim profissionalmente.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVII, estabelece que não haverá pena de trabalhos forçados, o trabalho previsto na CF e na LEP é altamente aceito e constitucional, pois não caracteriza um trabalho danoso, penoso, que possa trazer algum malefício, haja vista, como vimos, este último estar vedado pela nossa Magna Carta. Ao contrário do que muitas pessoas pensam, o trabalho só tem a trazer benefícios, pois é através dele que se adquire dignidade, pois usa do tempo ocioso que o preso tem para fazer o bem para si e até mesmo para o estado, pois ocupa sua mente e não o ocupa para atividades de cunho reprováveis (ex. fuga). Por isso é que se faz necessário observar as aptidões e capacidade dos presos.

O preso é tão cidadão quanto aquele que nunca cometeu nenhum crime, apesar da perda provisória de alguns direitos, ele deve apenas pagar pelo erro cometido e ser preparado para ter melhores condições de não mais cometê-los.

Para que haja essa preparação, a melhor escolha é utilizar os mesmos mecanismos já usados na formação do cidadão comum, ou seja, educação e trabalho profissionalizante, até por que a falta desses elementos contribui ainda mais para a ocorrência da atitude criminosas.

O Estado deve levar em conta que o presidiário deve deixar a prisão em melhores condições do que quando entrou, inclusive no que tange a preparação intelectual e profissional, para melhor conseguir sua ressocialização. O trabalho é uma maneira eficiente e eficaz de ressocializar, pois já prepara o apenado para o momento em que ele terá que voltar para o convívio em sociedade. Como sabemos, o mundo não para esperar por aqueles que erraram e cometeram seus delitos, portanto, mesmo estando preso e pagando sua pena, a lei assegura que o preso tem o direito de trabalhar e crescer profissionalmente, podendo assim ter uma maior oportunidade de se qualificar e aprender mais para poder retornar ao convívio em sociedade.

O trabalho é uma forma de mostrar para a sociedade que o criminoso pode mudar, entretanto, precisa ser estimulado. Além de tornar útil o tempo ocioso do preso, o trabalho pode ser uma forma de cortar gastos do poder público, tendo em vista que o próprio apenado pode desenvolver atividades dentro das penitenciárias a fim de evitar serviços terceirizados, o que seria uma grande solução para os infinitos gastos com o excesso de presidiários

5 A REMISSÃO PELO TRABALHO

Artigo 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena.

§1 A contagem do tempo para o fim deste artigo será feita a razão de um dia de pena por três de trabalho.

§ 2 O preso impossibilitado de prosseguir no trabalho, por acidente, continuara a beneficiar-se com a remição.

§ 30 A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvido o Ministério Público.

Com mais uma de suas intenções de ressocializar o preso, o legislador criou na Lei de Execução Penal o instituto da Remição pelo trabalho.

Este instituto é um direito pelo qual possibilita o condenado reduzir pelo trabalho prisional o tempo de duração de sua pena, seja esta pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado ou semiaberto. É uma forma de dar ao preso um estímulo para cumprir sua pena em um menor tempo, cumprindo assim sua pena para que possa passar para o regime de liberdade condicional ou liberdade definitiva.

O intuito da criação deste mecanismo é reeducar o apenado, preparando-o para sua reinserção à sociedade, criando maneiras para que ele possa diante de si mesmo e da sociedade, estimular sua vontade e favorecer sua família.

Com a atividade laborativa, o preso diminui o tempo de duração de sua pena, pois, como está expresso no artigo acima citado, para cada três dias trabalhados diminuirá um de sua pena. Não existe uma remição do total da pena. O tempo remido é contado como de execução da pena privativa de liberdade. Os tribunais já têm decidido que o tempo de pena remido deve ser computado como de pena privativa de liberdade cumprida pelo condenado e não simplesmente abatido do total da sanção aplicada.

A LEP não menciona nenhuma distinção quanto a natureza do trabalho a ser desenvolvido pelo preso, a remição pode ser obtida pelo trabalho interno ou externo, manual ou intelectual, agrícola ou industrial, desde que seja autorizado pelo estabelecimento prisional. Atualmente, vem sendo autorizado qualquer tipo de trabalho prisional, até mesmo os burocráticos na administração.

O dia de trabalho, só será contado com o fim de remição, se o preso desempenhar sua atividade na jornada completa de trabalho, ou seja, nunca pode ser inferior a 6 horas e nem superior a 8 horas.

O apenado que tiver o direito de remição pelo trabalho, terá que obedecer as normas e disciplinas, seja o trabalho interno ou externo. Ele estará sujeito a punições, tendo em vista que, ao cometer qualquer tipo de infração que

seja grave ou trazer algum prejuízo para a empresa credenciada ou até mesmo para a administração da cadeia, ele perdera o direito de trabalhar, tendo em vista que sua pena voltara a ser cumprida normalmente, sem nenhum tipo de benefício por trabalho, e além de tudo, ele perdera os dias que conquistou por remição

CONCLUSÃO

Conforme exposto neste trabalho, a LEP foi criada pelo legislador como uma maneira de respeitar a principal finalidade da pena, a de ressocializar o preso.

Embora o preso tenha cometido algum ou alguns tipos de crime, ele merece, como todos nós, uma segunda chance. O Estado mais do que ninguém é o principal responsável por assegurar os direitos contidos no nosso ordenamento jurídico, sendo um deles, o direito de trabalhar durante o cumprimento de sua pena.

Diante de inúmeras pesquisas, foi possível concluir que o trabalho representa um papel muito importante para a construção da ressocialização do preso, além de tudo, traz inúmeros benefícios como: transformação de tempo ocioso em crescimento profissional e pessoal, fazendo com que o presidiário adquira uma profissão, que pode ser útil a si mesmo e até à sociedade.

Por este motivo, o trabalho deve ser levado mais a sério para a construção de um novo indivíduo, pois ele traz benefícios tanto para o estado quanto para o próprio apenado. O Estado, tendo em vista os gastos que tem com os presos, pode usar da mão de obra dos mesmos, evitando assim a necessidade de contratar empresas para prestar serviços terceirizados.

Há inúmeros setores em que pode-se usar a mão de obra dos presos para que haja um corte de gastos, fazendo com que use o tempo ocioso dos apenados para o bem deles mesmos e até do próprio estado.

O Estado falha em diversos aspectos em relação ao trabalho do preso, um dos fatores em que há mais falhas é na estimulação das empresas contratar a mão de obra dos apenados. Uma medida importante a ser tomada seria a criação de mais convênios com mais empresas novas, para que assim tivesse um número maior de presos no mercado de trabalho.

Algumas empresas ainda tem um certo receio de fazer tal vínculo, por ter preconceito de presos trabalhando dentro das mesmas, mas, seria uma chance tanto para o bem da empresa como para o preso, pois assim a empresa tem a chance de ajudar um apenado a se ressocializar.

Portanto, é preciso que se regulamente esta questão, dada a relevância do trabalho na ressocialização do presidiário, tornando-o mais digno e com uma meta na vida, sem contar que o tempo bem administrado rende frutos bem promissores.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1998

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Editora CD, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição.htm Acesso em : 02 de dezembro de 2016.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. No título II, capítulo II. Art. 14. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 02 de dezembro de 2016.

CARVALHO, Robson Augusto **Mata de. Cotidiano encarcerado: o tempo como pena e o trabalho como “prêmio”**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011

GRECCO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 4 ed. Niterói-RJ: Impetus, 2009

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 1990

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. Comentário à Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1988.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm acesso em 03/06/2017

A EFICÁCIA DA APLICABILIDADE DO "TOQUE DE ACOLHER" OU "TOQUE DE RECOLHER"

VINICIUS GARCIA JERONIMO:

André De Paula Viana

(orientador)[1]

RESUMO: A garantia dos direitos da infância e da juventude, no Brasil, está solidamente fundamentada na Constituição Federal, que a define como prioridade absoluta em seu artigo 227, na Lei 8.069/90 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e nos documentos internacionais, ratificados pelo Congresso Nacional. Com base no Estatuto da Criança e Adolescente, o Estado tem o dever, juntamente com os pais e familiares de serem responsáveis pela criação e suporte ao menor. Tal preceito também é resguardado em nossa Constituição Federal, através do princípio da proteção total, na qual o Estado seria o responsável maior pela segurança dos menores. Desta forma, alega o Estado ao implantar o toque de recolher que se trata de uma medida de segurança pública e tem por objetivo a garantia da ordem civil, além de reduzir a criminalidade, permitindo também visualizar a ciência do direito não como algo estático, mas com a dinâmica que lhe é peculiar, mostrando que o direito é sistema, é ciência e também componente de conflitos diversos, isto equivale dizer que o direito enquanto fonte não se esgota em si. Com o aumento da participação das crianças e dos adolescentes na criminalidade, além da transformação da visão do que vem a ser família nos dias de hoje, associada à deficiência inquestionável de nossos aparelhos de Segurança Pública vem, constantemente, trazer a toma na sociedade, a discussão nacional sobre a ausência efetiva de Políticas Públicas por parte do governo e do que é preciso se fazer para reverter esse quadro de participação de menores de idade em atos ilícitos.

Palavras – chave: estatuto da criança e do adolescente, segurança, família, medidas, prevenção.

ABSTRACT: The guarantee of the rights of children and youth in Brazil is solidly based on the Federal Constitution, which defines it as an absolute priority in its article 227, Law 8.069 / 90 of the Statute of the Child and Adolescent (ECA) and in the international documents , Ratified by the National Congress. Based on the Statute of the Child and Adolescent, the State has the duty, together with the parents and family members to be responsible for the creation and support of the child. Such a provision

is also enshrined in our Federal Constitution, through the principle of total protection, in which the State would be the highest responsible for the safety of minors. In this way, the State alleges that the curfew is implemented as a measure of public security and its purpose is to guarantee civil order, as well as to reduce crime, and also to view the science of law as not static, but With the dynamics that are peculiar to it, showing that law is a system, it is science and also a component of diverse conflicts, this is equivalent to saying that law as a source is not exhaustive in itself. With the increase in the participation of children and adolescents in crime, in addition to transforming the vision of what is now a family, associated with the unquestionable deficiency of our Public Security apparatuses, National discussion on the government's lack of effective Public Policy and what needs to be done to reverse this framework for the participation of minors in unlawful acts.

Keywords: Child and adolescent status, safety, family, measures, prevention.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 RESPONSABILIDADE COMO FORMA; 2.1. RESTRIÇÃO DO DIREITO DE IR E VIR COMO FORMA DE PREVENÇÃO; 2.2. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL COM A MEDIDA “TOQUE DE ACOLHER”; 2.3. ESTRUTURAS DA PROTEÇÃO DO MENOR; 3 CONSTITUCIONALIDADE OU INCOSTTUCIONALIDADE DA MEDIDA; 4 CONCLUSÃO.

1 INTRODUÇÃO

Assim, o presente tema é discutível, pois envolve princípios no qual a sociedade se baseia, refletindo no campo da moral e dos aspectos individuais no livre desenvolvimento de cada indivíduo, sem deixar de cessar cada vontade limitada no direito individual do outro.

A abordagem vem com objetivo de trazer resultados principalmente na parte social, pois ao dar a aquela criança os seus devidos limites quando que, quando ultrapassados sinta que tem pessoas com visões mais amplas sobre a situação onde a outra se encontra, vendo qual o comportamento em que aquela criança está tendo fora do seu lar.

Outro aspecto que será abordado também é para esclarecer as polêmicas que envolvam a referida nomenclatura “Toque de Recolher ou Toque de Acolher”, ambas mencionadas por muitos em diversas situações, mas dita de uma maneira para com base a reeducação do mesmo.

Sobre a questão, tanto social ou familiar, se faz um aprofundamento sobre os direitos de quem mora com esta pessoa, visando a resolução da criança, e que em situação de vulnerabilidade social e da repressão da família ele vem passando.

Não há quem nunca tenha visto uma criança nas ruas a catar papelão, limpar pára-brisas, a vender doces, no crime ou na prostituição. Cenas que fazem parte da rotina do nosso dia-a-dia são das mais preocupantes e de responsabilidade de todos nós, visto que, é dever da família, da sociedade, e do Poder público assegurar a efetivação dos direitos da criança e do adolescente expostos, entre outros, no art.4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente veio regulamentar e garantir a imposição à família, à sociedade e ao Estado assegurarem os direitos da criança e do adolescente, bem como disciplinar os mecanismos para efetivação e garantia desses interesses inerentes ao menor.

E o que leva um adolescente a infringir a uma norma jurídica? Será a situação financeira da família, será a sociedade que o corrompeu ou a ausência de seus pais ou responsáveis no seu pleno desenvolvimento? Diante de tantas dificuldades, como efetivar um controle rígido para a proteção da criança e do adolescente? Não basta o legislador reconhecer o Estatuto da Criança e do Adolescente formalmente, pois se deve buscar sua concretização de forma efetiva na vida dos cidadãos, das crianças e dos adolescentes e seus agentes.

Há assuntos que de tão relevantes e urgentes dispensam discussões e polêmicas, devendo ser rapidamente colocadas em prática. E esse me parece ser o caso do ‘Toque de Recolher’ que, em países civilizados é Lei regulatória do comportamento. Um exemplo disso é o Japão, onde as crianças e os adolescentes usufruem de seus direitos no dia a dia, mas também reconhecem e cumprem seus deveres. Lá, meninos e meninas nunca saem desacompanhados, não frequentam vida noturna nem ingerem bebidas alcoólicas ou substâncias psicoativas e, caso isso ocorra, os pais ou responsáveis, bem como os proprietários de estabelecimentos comerciais arcarão não apenas com multas vultosas, mas também poderão ser presos sem direito a fiança já que o princípio da igualdade de direitos é o mesmo para ricos

e pobres. Não há o que discutir porque as leis por lá são feitas para serem cumpridas por todos.

2 RESPONSABILIDADE COMO FORMA

Com esses argumentos, alguns juízes das cidades brasileiras têm decidido por aplicar nas cidades sobre sua jurisdição o toque de recolher ao menor de idade. Ademais, os defensores da aplicação da referida medida baseiam principalmente no artigo 70 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) ao dizer que “é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”.

Nesse ínterim, ao utilizar o termo “todos”, o legislador incluiu nesse dever o Estado, como sendo um dos grandes responsáveis pelas crianças e adolescentes. Por ter esta responsabilidade, é obrigação do mesmo manter-las afastadas dos riscos da violência que vem crescendo de forma absurda, principalmente com o envolvimento de menores na prática de atos inflacionais.

2.1. Restrição do direito de ir e vir como forma de prevenção

Afirmam que o toque de recolher não pode ser considerado como uma medida contrária ao direito de ir e vir da criança e do adolescente, pois o direito de ir e vir, previsto na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, não é absoluto, no sentido de vedar, impedir, toda e qualquer restrição de ir e vir de crianças e adolescentes, mesmo em locais públicos.

Destaca-se que tal medida é aplicável através de uma portaria emitida pelo poder judiciário, que aplica o poder de regulamentar algumas situações que o juiz considere perigosa ou que possa vir a colocar em risco a integridade e saúde do menor.

Além desse argumento, afirmam que o toque de recolher é medida preventiva, que não tolhe o direito de locomoção da criança nem do adolescente, mas apenas restringe tal direito, mantendo eles afastado de situações de risco, fato este comprovado que a limitação só se efetiva a partir de determinado horário, garantindo assim apenas a limitação do direito de ir e vir.

Nesse sentido Afirma Albergaria: “As medidas de prevenção especial atingem o livre espaço do direito de liberdade, o direito de liberdade à expressão” (artigo 5º, IX, da Constituição, e art. 16, II, do Estatuto).

A censura não tem lugar no Estado Democrático de Direito.

A restrição ao direito de liberdade de expressão há de estar expressa na Constituição. (artigo 220,§ 3º).

O Estatuto, como já foi mencionado, destacou da prevenção a prevenção especial, com vistas aos fatores culturais da delinqüência do menor.

Segundo o Estatuto, a prevenção especial tem em mira a higiene física e higiene social, como condições para o normal desenvolvimento da personalidade do menor. Disciplina as diversões e espetáculos públicos, bem como os programas de rádio e televisão, destinados à população infanto- juvenil. Revistas e publicações destinadas ao menor são comercializadas segundo a previsão de determinados requisitos. É proibida à venda de armas, bebidas alcoólica, produtos que determinam dependência física ou psíquica. Veda-se a hospedagem de menor em hotel ou estabelecimento congêneres, salvo se autorizado ou acompanhado pelos pais ou responsável. O artigo 83 do Estatuto pormenoriza a autorização para viagens do menor. Essa matéria é da orbita da norma regulamentar.

2.2. Tratamento Constitucional com a medida “toque de acolher”

No que se refere à medida do “toque de recolher” como medida de proteção, vale ressaltar que a Constituição Federal não veda a possibilidade de “privação” da liberdade de crianças e adolescentes, se necessária à proteção integral. No caso do “toque de recolher”, essa “privação”, se é que assim se podemos dizer, consiste em recolher a criança ou o adolescente em situação de risco, transportá-lo em veículo compatível (viatura do Conselho Tutelar, viatura do Juizado de Menor) até o encaminhamento aos pais ou responsáveis. Tudo, sem algemas, celas ou sem conteúdo de castigo, vingança, retribuição. Logo, a “privação” que se possa divisar na execução da medida do “toque de recolher” obedece aos princípios constitucionais da “brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”, como está no inciso V do art. 227 da Constituição Federal.

Em segundo lugar, além da Constituição Federal não excluir possibilidades de “privação” do direito de ir e vir para menores de 18 anos, o Estatuto da Criança e do Adolescente é categórico ao dispor, no art. 16, inciso I, que “o direito à liberdade compreende”, entre outros, “os seguintes aspectos: ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários ressalvados as restrições legais”.

Além dessas “ressalvas” específicas ao direito de ir e vir, e que são expressamente impostas para prevenir os menores de 18 anos de uma série de riscos, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, no art. 149, que “compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará”, uma série de regramentos que se constituem verdadeiras restrições ao direito de ir e vir de menores de 18 anos, também com nítido conteúdo de prevenção.

Nesse contexto, afirma Maria Helena Diniz:

“As medidas de proteção à criança e ao adolescente serão aplicáveis, isoladas e cumulativamente, sempre que os direitos reconhecidos na Lei nº 8069 forem ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; ou em razão desta conduta (arts. 98,I a III, e 99). A autoridade competente, levando em conta as necessidades pedagógicas e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, determinará a aplicação da sanção cabível.” (DINIZ, 2011 p. 642)

Foi pelo reconhecimento desses riscos e dessa insuficiência que se incluiu na atual Constituição brasileira, no artigo 227, um dispositivo segundo o qual é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente seus direitos fundamentais, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Com efeito, o capítulo segundo do ECA, que trata “do direito à liberdade, ao respeito e a dignidade”, encontra-se no artigo 16, uma referência expressa ao direito de locomoção, nos seguintes termos: “O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: I- ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais” (BRASIL, 1990). Reafirma-se aí o direito à liberdade de

locomoção, mas, tendo em vista a especial necessidade de proteção dos menores, existe a previsão de limitações legais.

Foi com fundamento nessas disposições constitucionais e legais que juízes da infância e juventude, em colaboração com os conselhos tutelares, tomaram a iniciativa de fixar condições para a circulação noturna de crianças e adolescentes.

As regras fixadas não impedem o exercício do direito de locomoção no período noturno, mas estabelecem condições razoáveis, tendo em conta o risco de violências a que ficam sujeitos os menores nesse período, como a experiência comprova amplamente.

Com tais medidas, continua garantido o direito à liberdade de locomoção e, ao mesmo tempo, os menores ficam a salvo de situações de violência, o que, por decorrência, contribui para reduzir a violência na sociedade.

Por tudo isso, a adoção de medidas especiais de proteção dos menores no período noturno, que a imprensa vem identificando, com evidente impropriedade, como "toque de recolher", tem claro fundamento na Constituição e na lei e, sem nenhuma dúvida, desta forma, "é uma contribuição valiosa para evitar que os menores sejam utilizados para a prática de violências contra eles próprios e contra toda a sociedade" (DALLARI, 2009).

Nesse mesmo sentido, afirma Evandro Pelarin:

"O direito de ir e vir, previsto na Constituição e no Estatuto da Criança e do Adolescente não é absoluto, no sentido de vedar, impedir, toda e qualquer restrição de ir e vir para de crianças e adolescentes, mesmo em locais públicos".

Primeiramente, a Constituição Federal, no artigo 227, inciso V, estabelece que o direito à proteção integral – para crianças e adolescentes – abrange, entre outros, o de "obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade". Isto é, a própria Constituição prevê a hipótese de "privação" de liberdade para crianças e adolescentes, quando menciona os princípios a serem observados, em casos em que ela, a privação, ocorra.

Por outras palavras, haverá obediência à Constituição, no tocante ao direito à proteção integral, se a "privação" de liberdade do menor de 18 anos (aí incluindo, crianças) observar os princípios da "brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento".

Em segundo lugar, além da Constituição não excluir possibilidades de "privação" do direito de ir e vir para menores de 18 anos, o Estatuto da Criança e do Adolescente é categórico ao dispor, no artigo 16, inciso I, que "o direito à liberdade compreende", entre outros, "os seguintes aspectos: ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais".

2.3. Estruturas da proteção do menor

Sobre as estruturas que envolvem a política de proteção ao menor, afirma Bandeira:

“O legislador criou o Conselho Tutelar, como órgão autônomo, não-jurisdicional, com atribuição de aplicar medidas protetivas às crianças que cometerem algum ato infracional ou que estejam em situação de risco, sofrendo algum tipo de violência. Criou um sistema de resposta diferenciada para os adolescentes que cometerem atos infracionais, estabelecendo as medidas sócio-educativas – advertência, reparação de danos, liberdade assistida, prestação de serviços comunitários, semi-liberdade e internação -, todas revestidas de um caráter retributivo, mas preponderantemente pedagógico, levando em consideração a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, consolidando ainda o caráter de brevidade e excepcionalidade das medidas sócio-educativas de semi-liberdade e internamento, cuja competência para aplicá-las será do juiz da infância e juventude, depois de observado o devido processo legal. O Ministério Público passou a ser um ator importantíssimo, único legitimado a ajuizar a ação sócio-educativa e acompanhar todos os processos, seja cível ou administrativo, onde haja interesses de crianças e adolescentes. É um dos legitimados para ajuizar ação civil

pública relacionados a direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos de crianças e adolescentes.” (BANDEIRA, 2010)

Com isso, a aplicação do toque de recolher vem se tornando medida cada vez mais comum nas cidades brasileiras, como forma de combate à criminalidade infantil, a redução do contato dos menores com drogas e afastando as crianças dos possíveis causadores de risco a sua integridade e saúde.

Neste aspecto o juiz deve atentar às peculiaridades locais, a existência de instalações adequadas, o tipo de frequência habitual ao local e a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes, condições todas que sinalizam para a inadequação da permanência de menores de 18 anos nas ruas após determinado horário desacompanhados dos pais ou responsáveis, pelos riscos que correm.

Desta forma, o Estado invoca para si a responsabilidade de resgatar os adolescentes do mundo da criminalidade, principalmente das drogas, pautando-se no dever de proteger a criança, respaldado nos ditames legais do Estatuto da Criança e Adolescente.

3 CONSTITUCIONALIDADE OU INCOSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA

O ‘Toque de Recolher’ pode até parecer uma medida ditadora, mas é uma das únicas formas de disciplinar o tempo de permanência de crianças e adolescentes desacompanhados nas ruas após o anoitecer, a fim de evitar que ela seja vítima da violência generalizada, a que temos assistido, ou pior, que seja aliciado pelo crime.

Aos que alegam que a medida ‘Toque de Recolher’ é inconstitucional e fere os princípios do [Estatuto da Criança e do Adolescente \(ECA\)](#), isso não se caracterizaria um paradoxo? Não é a vida o maior bem a ser preservado, sobretudo, a de crianças e adolescentes que ainda estão em processo de formação físico-psicoemocional e mental e, por essa razão, mais vulneráveis a todo tipo de engodo? Com o máximo de respeito aos operadores do Direito que questionam a constitucionalidade do ‘Toque

de Recolher' e discordam da medida alegando que é imperioso assegurar a liberdade de ir e vir a esses menores.

A realidade é que a maioria absoluta das cidades de porte médio e pequeno não disponibiliza opções de cultura, lazer e entretenimento para que meninos e meninas de baixa renda possam desfrutar. Portanto, esse direito de ir e vir de crianças e adolescentes, tão defendidos por alguns segmentos, se restringe ao direito de perambular pelas ruas e frequentar lugares e estabelecimentos inapropriados, como bares e 'bocas de fumo', tornando-se mais vulneráveis ao aliciamento sexual e a prática de crimes, principalmente depois da implantação dos presídios nas cidades do interior, aumentando uma população rotativa de criminosos sempre a espreita para ceifar os mais incautos. Até mesmo as Lan Houses, locais que atraem crianças e adolescentes principalmente em virtude dos jogos eletrônicos, não se constituem espaços apropriados para meninos e meninas frequentarem, pois muitos deles tendem a furtar para poder pagar os custos pela longa permanência nesse tipo de estabelecimento. Essa é, portanto a radiografia nua e crua que as cidades médias e de pequeno porte têm para oferecer a suas crianças e adolescentes após o retorno da escola.

4 CONCLUSÃO

Aqui no Brasil o 'Toque de Recolher' aplicado, por exemplo, na cidade de Diadema (SP) como instrumento capaz de reduzir o alto índice de homicídios está sendo colocado em prática e apoiado pela população. Ele foi instituído com o suporte do Executivo e do Legislativo e se mantém até hoje, ordenando que os bares e estabelecimentos afins sejam fechados até as 23h impreterivelmente. O povo acatou se submetendo à medida, o que tem sido um instrumento de vida e sobrevivência pacífica para aquela cidade.

Passemos então a refletir, na prática, nos colocando na situação da criança e do adolescente vulneráveis e dos aplicadores de leis que em meio ao caos dessas cidades brasileiras e desamparados de qualquer apoio social ou político, ultrapassam interpretações apenas teóricas, baseadas em princípios e normas legais que quando aplicadas como fundamento isolado e genérico, acabam por prejudicar seus tutelados em vez de protegê-los. Avaliando em conjunto aquilo que o direito trabalhista chama

de “primazia da realidade”, podemos considerar as situações acima demonstradas como “primazia de uma realidade destruída”.

REFERÊNCIAS

[1] BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 13 de Julho de 1990. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm > Acessada em 10 de Abril de 2017.

[2] DINIZ, M. H. Manual de Direito Civil. Ed. 1ª. Ano 2011. Editora Saraiva.

[3] GAMA, A. de S. da F. Eca Esquemático - Teoria e Questões - Série Concursos - 2ª Ed. 2013.

[4] MENDES G.F.; GONET BRANCO, PG. Curso de direito constitucional. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva; 2012. 1592 p.

[5] NEVES, G. B.; LOYOLA, K.; ROSA, E. Eca - Estatuto da Criança e do Adolescente – Col. Leis Especiais Comentadas – RIDEEL.

[6] PELARIN, E.; Toque de acolher/recolher: Proteção ou retrocesso?. Jus.com. Disponível em Acessado em 15 de Abril de 2017.

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)