

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 809

(Ano IX)

(08/07/2017)

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=2.589438>

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



10/02/2017 Gisele Leite

» [Civil law versus common law](#)

ARTIGOS

07/07/2017 Fernando Costa Santos Bezerra

» [Constitucionalidade das provas obtidas por meios ilícitos: enfoque na interpretação teleológica](#)

07/07/2017 Bruno Eduardo Pereira de Souza

» [O tempo e o processo: reflexões acerca da tentativa de coibição do assédio processual na justiça do trabalho frente à tempestividade da tutela jurisdicional](#)

07/07/2017 Gabriel Vinicius Zulli

» [Karl Olivecrona e a Teoria da Norma Jurídica](#)

07/07/2017 Stéphanie Almeida Araújo

» [Transexuais: direito à redesignação do estado sexual e a identificação social](#)

07/07/2017 Tauã Lima Verdan Rangel

» [Comentários à Ação Cível Originária nº 1.208-MS: Breves Notas à Competência Estadual para efetivação do Tombamento de Imóvel Federal](#)

07/07/2017 Isabella Cabral Fonseca Pessoa

» [Estupro de vulnerável e a relação consentida de afeto: Uma tentativa de compatibilizar a vulnerabilidade etária e o princípio da intervenção mínima, base do Direito Penal](#)

06/07/2017 Fernando Costa Santos Bezerra

» [Aplicabilidade de novas instituições do processo civil ao processo executivo trabalhista](#)

06/07/2017 Natalie Del Carmen Rodrigues de Carvalho Maranhão

» [Considerações sobre a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao transporte aéreo internacional de passageiros segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal](#)

06/07/2017 Gilberto Alves de Azerêdo Júnior

» [A desaposentação: controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais](#)

06/07/2017 Aloyzio Alves da Costa Neto

» [A imunidade executiva dos bens afetos às missões dos organismos internacionais em solo nacional](#)

06/07/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [A Participação Popular como instrumento de democracia em sede de Administração Pública: Uma análise do processo de destombamento do patrimônio cultural](#)

06/07/2017 Galthiery Alves de Sousa Lopes

» [Evolução do mundo digital: as mudanças das obrigações fiscais na era SPED - Sistema Público de Escrituração Digital](#)

06/07/2017 Eric Costa Candido

» [A legalidade e o tratamento isonômico na prática jurídico social brasileira.](#)

05/07/2017 Líssia Maria Eugênio Lopes

» [As controvérsias sobre a correção monetária e os juros de mora na sistemática de precatórios](#)

05/07/2017 Artur Lara Ferreira

» [Inexecução sem culpa nos contratos administrativos](#)

05/07/2017 Artur Barbosa da Silveira

» [Responsabilidade civil extracontratual do Estado: evolução histórico-constitucional, principais teorias e a questão da responsabilidade civil estatal por omissão à luz do art. 37, § 6º, da Constituição Federal](#)

05/07/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Primeiras Anotações à Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica constante da Lei nº 12.529/2011 \(Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência\)](#)

05/07/2017 Paulo Eduardo Bicalho Carvalho

» [Aspectos relevantes sobre o tipo doloso](#)

05/07/2017 José David Pinheiro Silvério

» [Princípio do contraditório como decorrência do devido processo legal](#)

04/07/2017 Líssia Maria Eugênio Lopes

» [A estabilidade extraordinária dos servidores públicos e suas consequências jurídicas](#)

04/07/2017 Nilson Luiz de Lima Junior

» [Da remessa necessária e alguns apontamentos sobre o instituto na Justiça do Trabalho](#)

04/07/2017 Bruno Eduardo Pereira de Souza

» [Imunidade tributária das entidades religiosas: breve análise](#)

04/07/2017 Pedro Ramos Lyra da Silva

» [Como tornar efetiva a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso "Mohamed x Argentina" sem a necessidade de condenação do Estado brasileiro](#)

04/07/2017 Mykaela Maurício Macedo

» [A influência midiática no conselho de sentença do tribunal do júri](#)

04/07/2017 Natalie Del Carmen Rodrigues de Carvalho Maranhão

» [A \(im\) possibilidade de mitigação dos princípios do contraditório e da ampla defesa do Direito Processual Penal](#)

03/07/2017 Pedro Paulo de Melo Reis Neto

» [O direito potestativo do devedor ao pagamento parcelado no processo de execução por quantia certa](#)

03/07/2017 Nilson Luiz de Lima Junior

» [Breve análise da manifestação pela audiência de conciliação ou mediação](#)

03/07/2017 Diego Jardim Feitosa

» [Comentários a Súmula nº 540, do STJ, e a afronta ao princípio do juiz natural](#)

03/07/2017 Líssia Maria Eugênio Lopes

» [A dispensa de empregados públicos e a necessidade de motivação](#)

03/07/2017 Lorena Araújo de Oliveira

» [A Judicialização do Concurso Público](#)

03/07/2017 Luiz Felipe Iaghi Saboia

» [O segurado especial e o descumprimento do princípio da contributividade: o caráter assistencial](#)

03/07/2017 Felipe Teixeira Dias

» [Direito a moradia: apontamentos acerca da ineficácia aplicação do programa minha casa minha vida no município de Guanambi/BA](#)

MONOGRAFIA

07/07/2017 Ronival Rodrigues da Silva Costa

» [O Estado na condição de consumidor: e a sua vulnerabilidade técnica](#)

CASOS DE NÃO INCIDÊNCIA DO ISS

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

Generalidades

A não incidência tributária não é um conceito unívoco. A expressão pode significar três coisas diferentes, como veremos a seguir.

A não incidência pura é o fato de o objeto estar fora do campo abrangido pela tributação. Ao definir o fato gerador de determinado tributo, a lei tributária delimita do seu campo de incidência. O que estiver fora desse campo corresponde a não incidência pura. Difere da não incidência juridicamente qualificada.

Quando a não incidência é constitucionalmente qualificada estamos diante de imunidade tributária, isto é, proibição constitucional dirigida ao legislador ordinário das três esferas políticas considerando insuscetíveis de imposição tributária, bens, serviços, pessoas ou patrimônios declarados imunes.

A não incidência legalmente qualificada significa restrição à hipótese de incidência tributária, isto é, após definir o fato gerador da obrigação tributária, o legislador retira determinados atos ou fatos como veículos de incidência tributária. Por isso, a generalidade da doutrina moderna a denomina de isenção. Os elementos que compõem a norma

de isenção são aqueles que foram retirados da norma que define o fato gerador.

A doutrina clássica considera isenção como dispensa legal do tributo devido, sendo certo que o art. 175 do CTN a considera como hipótese de exclusão do crédito tributário juntamente com a anistia, o que, de certa forma, prestigia a conceituação clássica de isenção.

Exportação de serviços para o exterior

Dentro da política de que não se deve “exportar tributos” para o exterior o inciso II, do § 3º, do art. 156 da CF, relativamente ao ISS, determina que cabe à lei complementar “excluir da sua incidência exportação de serviços para o exterior.”

Posto que o ISS não grava o serviço, mas a sua efetiva prestação, tem-se em uma interpretação literal que a Constituição determina a exoneração, por lei complementar, da tributação pelo ISS da prestação de serviços no exterior, o que não passaria de uma declaração acaciana. Só se exonera da tributação algo que a ela está sujeito e não aquilo que está fora do alcance da tributação pelas leis brasileiras que só surtem efeitos no território nacional. Apenas um tratado ou uma convenção internacional, às avessas, poderia possibilitar a dupla tributação dos serviços prestados n’um e n’outro território.

Considerando que a Constituição não contém, nem deve conter dispositivos inúteis, cabe ao intérprete conferir àquele texto constitucional uma interpretação que confira algum efeito jurídico.

Pela interpretação sistemática das normas constitucionais e pela interpretação teleológica chega-se à conclusão de que a Carta Política manda exonerar da tributação os serviços contratados por

peças físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, mediante pagamento do respectivo preço por fonte igualmente situada no exterior do País. No caso é indispensável que o efeito do serviço prestado seja gerado em nosso território, do contrário tratar-se-á de mera não incidência pura, isto é, o fato de o objeto da tributação não estar abrangido no campo da incidência tributária. Já dissemos que a prestação de serviços pressupõe dois sujeitos, o prestador e o tomador, pois não existe prestação de serviço a si próprio, nem obrigação consigo próprio. Portanto, não basta a execução do serviço. É preciso que o serviço executado seja usufruído pelo tomador. Somente assim se tem por ocorrido o fato gerador que se assenta em uma obrigação de fazer (aspecto temporal do fato gerador do ISS). É a única interpretação cabível, não sendo possível cogitar-se de exportar serviços ou exportar a sua prestação, pois eles não são passíveis de viagem, como acontece com as exportações de produtos industrializados e de mercadorias, para exonerar da incidência do IPI e do ICMS, respectivamente.

É que o IPI e o ICMS resultam de operações que se traduzem por uma obrigação de dar, ao passo que o ISS resulta de uma operação que se traduz por uma obrigação de fazer. Serviço significa esforço humano que resulta na produção de um bem imaterial para a fruição do tomador.

Na obrigação de dar é possível a destinação de produtos ou mercadorias ao exterior. Na obrigação de fazer que gera o serviço, ou seja, o ato de servir ou prestar serviço, não é passível de exportação.

Contudo, essa única interpretação constitucional possível restou invalidada pelo parágrafo único do art. 2º da Lei Complementar nº 116/03 que assim dispôs:

“Art. 2º. O imposto não incide sobre:

I – as exportações de serviços para o exterior do País.

...

Parágrafo único. Não se enquadram no inciso I os serviços desenvolvidos no Brasil, cujo resultado aqui se verifique, ainda que o pagamento seja feito por residente no exterior.”

Ao invés de conferir à norma constitucional a única interpretação cabível para a exoneração do ISS, o preceito da lei complementar, além de confundir o resultado com o efeito, torna letra morta aquele preceito da Constituição, bem como a sua própria prescrição.

Ora, quando o prestador aqui localizado executa um serviço, o resultado só pode ser produzido aqui. Só que a execução do serviço, por si só, não gera a obrigação de pagar imposto, porque o fato gerador do ISS, como já vimos, é a efetiva prestação de serviço. É preciso que esse serviço executado surta efeito imediato em relação ao tomador (aspecto temporal do fato gerador). Se o tomador não puder usufruir do serviço contratado não haverá prestação de serviço e assim não ocorrerá o fato gerador do ISS, sendo desnecessária nesse caso a lei dispor sobre a não incidência tributária. É o caso, por exemplo, de um tomador domiciliado no exterior que contrata os serviços de um artista plástico aqui residente para pintar um determinado quadro. A prestação efetiva de serviço somente acontecerá quando o tomador domiciliado no exterior receber o quadro (resultado da ação do pintor) para a fruição de seus efeitos imediatos. Só que essa hipótese não é de exportação de serviços, mas de um acontecimento atípico irrelevante juridicamente em termos de

legislação do ISS. Somente haveria exportação de serviços se o artista estivesse a bordo de um avião pintando um quadro encomendado por um tomador estrangeiro, para ao término da viagem entregar ao tomador domiciliado no estrangeiro o quadro pronto e acabado. Mas, essa é uma hipótese cerebrina de difícil acontecimento não levada em conta pelo legislador.

No exemplo acima, se o quadro acabado (resultado) continuar no atelier do artista plástico não haverá prestação de serviço, mas se o tomador vir ao Brasil para receber o referido quadro o efeito (resultado, na terminologia da lei) se produzirá no território brasileiro, ocorrendo o fato gerador do ISS. É exatamente essa hipótese que nos termos constitucionais deveria ser objeto de não incidência juridicamente qualificada. Qualificar a não incidência pura, isto é, atribuir a não incidência àquilo que não está abrangido no campo da incidência tributária, como fez o dispositivo sob comento, não faz menor sentido.

Como sustenta o já citado Miguel Hilú Neto “a previsão constitucional (art. 156, § 3º, II) e o disposto no art. 2º, I, da LC nº 116/03, são inócuos, visto que não há competência para que os Municípios tribuam, pelo ISSQN, prestações de serviços que ocorreram no exterior.” Mais adiante continua: “... a LC n. 116/03 deveria haver desonerado a prestação de serviços no Brasil, para estrangeiros, paga mediante a remessa de numerário de lá para cá.” [\[1\]](#)

Confesso que o tema não é fácil. Para a caracterização da exportação de serviços sob o regime da não incidência tributária a jurisprudência do STJ também exige que o efeito do serviço seja gerado no exterior ((Resp 831.124/RJ, Rel. Min. José Delgado, DJ de 25-9-2006).

A única forma de dar ao dispositivo sob comento o efeito jurídico de desonerar o ISS, como pretendido pelo legislador, é o de considerar o serviço contratado por uma fonte situada no exterior do País mediante o pagamento do respectivo preço por fonte igualmente situada no estrangeiro, produzindo os efeitos no Brasil.

Prestação de serviços com relação de emprego, dos trabalhadores avulsos, de diretores e membros de conselho consultivo etc.

O art. 2º sob comento prescreve que o imposto não incide sobre:

...

“II - a prestação de serviço em relação de emprego, dos trabalhadores avulsos, dos diretores e membros de conselho consultivo ou de conselho fiscal de sociedades e fundações, bem como dos sócios-gerentes e dos gerentes-delegados.”

A não incidência aqui tratada mistura hipótese de mera explicitação da situação não abrangida pelo fato gerador, como no caso daquele que presta serviço com vínculo empregatício, com situação que implica restrição parcial da norma definidora do fato gerador do ISS, como no caso dos trabalhadores avulsos, que são aqueles que prestam serviços de natureza urbana ou rural, a diversas empresas mediante paga, mas sem vínculo empregatício, porém com intermediação obrigatória do órgão gestor de mão de obra (art. 9º, VI da Lei nº 8.630/93). O empregado, por sua vez, é a pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário (art. 3º da CLT). Não está abrangido pela norma

definidora do fato gerador do ISS, independentemente de sua expressa exclusão.

Os diretores exercem função de representação da sociedade ou da fundação, praticando atos de gestão para cumprimento de suas finalidades, nos limites previstos no contrato social ou estatuto. Os membros do Conselho Consultivo opinam sobre matérias específicas, ao passo que, os membros do Conselho Fiscal fiscalizam os atos da administração da sociedade, mediante o exame de seus livros e papéis, submetendo à Assembleia-Geral o parecer sobre os negócios e operações sociais do exercício em que serviram, com base no balanço patrimonial e no balanço de resultado econômico. Os sócios-gerentes são os titulares da sociedade por cota de Responsabilidade limitada, que prestam serviços à sociedade mediante percepção de *pro labore* em valor fixado no Respectivo contrato social. Gerentes-delegados são pessoas que não sendo sócias exercem a atividade empresária, de forma permanente, em sua sede, filial ou sucursal em razão de sua contratação pela sociedade.

Em todas essas hipóteses, não há prestação de serviço remunerado por um preço ajustado entre as partes no contrato que versa sobre a obrigação de fazer. De fato, empregados não percebem preços, mas salários; diretores e Membros do Conselho Consultivo ou Fiscal percebem *pro labore* que não se confunde com preço, inerente à atividade de venda de mercadorias e serviços. Gerente-delegado não passa de um empregado contratado para gerenciar a sociedade. Recebe, pois, salário e não preço.

Valor intermediado no mercado de títulos e valores mobiliários, o valor dos depósitos bancários etc.

Finalmente o art. 2º sob exame prescreve que o imposto não incide sobre:

“III - o valor intermediado no mercado de títulos e valores mobiliários, o valor dos depósitos bancários, o principal, juros e acréscimos moratórios relativos a operações de crédito realizadas por instituições financeiras.”

A primeira parte do inciso legal sob comento, que se refere à não incidência do ISS sobre o valor intermediado no mercado de títulos e valores mobiliários, representa uma restrição à norma do subitem 10.02 que tributa a atividade de “Agenciamento, corretagem ou intermediação de títulos em geral, valores mobiliários e contratos quaisquer.” Em outras palavras, o preço decorrente de intermediação no mercado de títulos e valores mobiliários fica excluído da tributação na prestação de serviços a que se refere o subitem 10.02 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03.

Quanto ao valor dos depósitos bancários, o principal, juros e acréscimos moratórios relativos a operações de crédito realizadas por instituições financeiras nem seria necessária dispor sobre a não incidência tributária, pois tais valores não representam contraprestação pecuniária (preço) pela realização de operações de crédito por instituições financeiras, atividade que sequer consta da lista de serviços nos diversos subitens do item 15 pertinente às atividades do setor bancário ou financeiro.

NOTA:

[1] *In ISS LC 116/2003 à luz da doutrina e da jurisprudência*, obra coletiva, coord. Ives Gandra da Silva Martins e outro, 2ª edição. São Paulo: MP Editora, 2008. p. 364-365.

CONSTITUCIONALIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS: ENFOQUE NA INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA

FERNANDO COSTA SANTOS BEZERRA:

Bacharel em direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-Graduado Lato Sensu em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Advogado.

RESUMO: O presente artigo jurídico tem como objetivo trazer reflexões jurisprudenciais e doutrinárias acerca da interpretação dada ao art. 5º, LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil. Primeiramente, serão feitas as considerações introdutórias sobre o instituto jurídico-processual da prova, momento em que serão sumariamente explorados temas afetos à teoria geral da prova, abrangidos o conceito, objeto, história e ônus da prova, dentre outros temas. Posteriormente, o trabalho dedicar-se-á a trazer explanações sobre a tese da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, a partir da origem e do contexto no qual foi construída a teoria em questão. Finalmente, será construída uma proposta de interpretação do citado dispositivo constitucional, considerando-se a origem e as finalidades institucionais da tese da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Metodologicamente, o trabalho se desenvolverá a partir de análises de direito comparado e de história jurídica comparada.

Palavras Chaves: prova, ilicitude, legitimidade, interpretação teleológica, poder público, proporcionalidade.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1. TEORIA GERAL DA PROVA 1.1 Prova: conceito e princípios 1.2 Objeto da prova 1.3 Ônus da prova 1.4. Inversão do ônus da prova 1.5. Sistemas de valoração da prova 1.6. Provas inadmissíveis: ilícitas e ilegítimas 2. TESE DA INADMISSIBILIDADE PROCESSUAL DA PROVA ILÍCITA 2.1. História e fundamentos 2.2. Teorias interpretativas 2.3 Nossa posição sobre a tese da inadmissibilidade 2.4 Nossa interpretação do art. 5º, LVI, da Constituição Federal CONCLUSÃO REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Para que se declare a existência de uma responsabilidade ou reconheça um direito, é necessário que, por meio da observação e interpretação do conteúdo probatório trazido aos autos, o juiz esteja certamente convencido de que o autor ou o réu realizaram determinada conduta ou de que estes preenchem os devidos requisitos fáticos ou jurídicos hábeis a, por si só, apontar como procedente ou não determinado pleito. É imprescindível, portanto, que o magistrado tenha alcançado a verdade acerca dos fatos discutidos na relação processual, verdade esta que deverá ser apurada na fase instrutória, na qual as partes, através da prova, procuram demonstrar o que objetivam, evidenciando e demonstrando a veracidade de todos os elementos circunstanciais que possam influir no desfecho da atividade jurisdicional.

Apesar de sua natural e inevitável aptidão de influir na certeza que se tem em relação a determinada circunstância, a prova sofre limitações quanto à sua eficácia, dado que, uma vez constituída por meios ditos ilícitos, não pode ser referenciada como fundamento que embase a pretendida decisão judicial que tenha como objeto a alegação acerca do fato apurado na relação processual, já que o Art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso LVI, dispõe que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, regra esta que se encontra elencada dentre os Direitos e Garantias Individuais.

Pela literalidade da norma, a impressão que se tem é a de que o Poder Constituinte Originário almejou, em princípio, impor ineficácia jurídica a toda e qualquer prova obtida com infringência a normas de direito material, mesmo que restasse faticamente atestada a veracidade da circunstância que se pretendia provar. Tal, evidentemente, tem o condão de trazer prejuízos ao mérito de quem invoque a prova obtida por meios formalmente ilícitos.

A depender do caso concreto, este prejuízo pode ter consequências incalculáveis, principalmente quando, em afronta a direito material constitucional, esta for a única maneira de se comprovar determinada circunstância juridicamente relevante, sob pena de injustamente ser declarado improcedente determinado pleito.

A questão ganha maior importância com o fato de que o parágrafo quarto do art. 60, do mesmo Diploma Constitucional, estabelece que, dentre outros institutos, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

De acordo com Alexandre de Moraes^[1], “tendente a abolir” significa “tendente a diminuir ou a enfraquecer a amplitude” do instituto consistente no objeto de eventual proposta de emenda à Constituição. Desta forma, percebe-se que qualquer proposta de emenda constitucional que pretenda mitigar o disposto no inciso LVI do art. 5º, da CF, sequer será objeto de deliberação, uma vez que os Direitos e Garantias Individuais constituem uma das chamadas cláusulas pétreas constitucionais.

Constatada a irreduzibilidade legislativa da eficácia normativa do citado dispositivo constitucional, resta recorrer à hermenêutica jurídica, a fim de interpretá-lo da maneira que mais se coadune com as demais regras e princípios consagrados pela Constituição Federal.

Posto isto, dada a precípua função e importância da prova no processo, a que conclusões se poderia chegar quanto à regra disposta no inciso LVI do Art. 5º da Constituição da República, de modo a tornar a mais ampla possível a admissibilidade, no processo, dos elementos probatórios formalmente obtidos por meios ilícitos? Antes de adentrarmos no cerne da questão, façamos primeiramente algumas considerações sobre o instituto jurídico da prova na doutrina e jurisprudência pátrias, bem como em legislação infra-constitucional. Ressalte-se que, neste trabalho,

estaremos nos referindo às provas obtidas por meios ilícitos quando mencionarmos a expressão “provas ilícitas”.

1. Teoria Geral da Prova

1.1 Prova: conceito e princípios

A função jurídica do instituto da prova origina-se de que todo direito consiste na consequência de um fato configurador de sua existência, sempre que preenchidas as exigências legais para que reste formado o mesmo direito.

Afirma Fernando de Almeida Pedroso^[2] que a noção de prova pertence, mais amplamente, aos domínios da filosofia, “*na medida em que diz respeito ao vasto campo das operações de intelecto na busca e na comunicação do conhecimento*”.

Prossegue o referido autor dizendo que, nas ciências experimentais, o pesquisador pode ter um contato direto com os fenômenos que se repetem na natureza, o que não ocorre na atividade de investigação judicial. Desta forma, diz-se que os elementos probatórios, no âmbito jurídico, reconstituem, por meios indiretos, acontecimentos passados. Por esta razão, diz-se que a prova processual tem uma tarefa reconstitutiva.

Consoante leciona Daniel Amorim Assumpção Neves^[3], o termo *prova* provém do latim e deriva da palavra *probatio*, que significa *verificação, inspeção, argumento, exame*. Assim, *prova* é o meio utilizado pela parte para demonstrar ao julgador a existência de fatos relevantes, interessantes à lide, que foram alegados e discutidos anteriormente, convencendo-o de que são verdadeiros. Não se busca pela prova a certeza absoluta, quase impossível, mas o suficiente para a convicção do magistrado. Podem consistir em exames periciais, documentos, depoimentos testemunhais, dentre outros elementos de conteúdo jurídico-atestatário.

Nas palavras de Norberto Avena^[4], “*prova é o conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinados pelo juiz visando à formação do convencimento quanto a atos, fatos e circunstâncias*”.

Constitui a prova, portanto, elemento dotado de veracidade, admitido judicialmente, ademais, por qualquer meio não defeso em lei. Desta forma, não são taxativos os meios de tipicidade probatória, uma vez que, visando o processo ao interesse público de manutenção da justiça e da ordem jurídico-constitucional, excessiva limitação à prova prejudicaria a obtenção da verdade e, portanto, a justa aplicação da lei.

Permitindo a norma jurídica qualquer meio, não defeso pelo ordenamento, apto a demonstrar a pretendida veracidade, diz-se que, no processo, de acordo com o *princípio da comunhão dos meios de prova*, poderá ser utilizada a prova a favor de qualquer interessado que seja, independentemente de quem de fato a produziu, motivo pelo qual a testemunha arrolada por uma das partes pode ser inquirida pela outra, além de que um documento produzido por qualquer delas pode ser invocado pela adversária.

Sobre as bases principiológicas, além dos princípios gerais referenciados implícita ou explicitamente pelo ordenamento jurídico, recaem alguns outros tidos como específicos, como o princípio da *auto-responsabilidade das partes*, de acordo com o qual estas assumem a responsabilidade pela produção da prova ou pela sua inércia, suportando todas as consequências provenientes de tais; o da *audiência contraditória*, segundo o qual toda prova admite contraprova (princípio do contraditório); e o já citado da *aquisição ou comunhão*.

Além dos supracitados princípios, há também o princípio da oralidade, o qual traz que, tanto quanto possível, as provas devem ser realizadas oralmente, na presença do juiz. Este princípio implica a valoração de dois subprincípios; o

da *concentração* e o da *imediação*. O primeiro prescreve que a produção probatória deve ser concentrada ao máximo em uma só audiência ou, ao menos, no menor número delas, enquanto que o segundo defende seja assegurado ao juiz o contato físico com as provas no ato de sua obtenção, para que, então, possa conservar em sua memória aspectos relevantes do momento em que tenham sido produzidos os elementos probatórios.

Mencionem-se ainda os princípios da *publicidade* e da *não auto-incriminação*. Consoante o primeiro, as provas devem ser tratadas publicamente, tanto quanto possível, e, quanto ao segundo, diz-se que ninguém poderá ser obrigado a produzir prova contra si mesmo.

A prova, conforme leciona Júlio Mirabete, pode ser classificada de diversas formas, a saber: quanto ao objeto, *direta*, se por si só for capaz de comprovar a circunstância, como um laudo traumatológico, que atesta a materialidade de um crime de lesão corporal, ou *indireta*, se capaz de comprovar circunstância incompatível com a alegação contra a qual se pretende defesa, como uma passagem de avião que ateste que o réu encontrava-se viajando no momento da ocorrência do crime; quanto ao efeito ou valor, *plena*, completa e absolutamente convincente, ou *não plena*, quando apenas denotar certo grau de probabilidade de procedência da alegação sobre o fato; *real*, consistente em coisa concreta exterior ao indivíduo, ou *pessoal*, proveniente de conhecimento subjetivo pessoal do indivíduo, como os depoimentos testemunhais e as conclusões dos peritos e, finalmente, quanto à sua forma ou aparência, *documentais*, *testemunhais emateriais*.

Importante mencionar a denominada *prova emprestada*, a qual é definida como aquela produzida em um processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmentemente para outro, com o fim de gerar efeitos neste, submetida ao contraditório no primeiro processo, que tem como partes as mesmas do segundo.

Quanto a este tipo de prova, observam-se controvérsias sobre a possibilidade de interceptações telefônicas legalmente obtidas, para fins de instrução de processo penal, serem transplantadas para processos civis. A doutrina tradicional, amparada por Nelson Nery Júnior, tende a entender ser possível a utilização deste tipo de prova emprestada no processo civil, desde que a parte contra a qual ela vai ser usada tenha participado do processo penal onde houve a sua produção, a fim de que não haja violação ao princípio do contraditório[5].

Neste sentido já decidiu o Tribunal Regional Federal da 4º Região, nos autos do Reexame Necessário n. 8443 PR 2003.70.02.008443-5, 4º. Turma. Rel. Des. MARGA INGE BARTH TESSLER. D.E. 09/11/2009:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PROVA EMPRESTADA. PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL E PRODUÇÃO PARA FIM DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. SUSPEITA DE DELITOS COMETIDOS POR AUTORIDADES E AGENTES PÚBLICOS. USO EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ADMISSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DOS ART. 1º E 8º DA LEI Nº 9.296/96. PRECEDENTES DO EXCELSO STF.

1. Segundo entendimento consolidado pelo Pleno do E. STF, "os dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores

cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova".

2. Embargos de declaração acolhidos para sanar a omissão quanto à aplicabilidade dos dispositivos legais invocados, atribuindo-se efeitos infringentes para prover o apelo e, assim, denegar a segurança.

Feitas estas considerações, convém agora salientar em que consiste o objeto da prova e a quem cabe o ônus de provar.

1.2 Objeto da prova

Sabe-se que todo direito consiste na consequência que a lei atribui à ocorrência de determinados fatos, os quais, aliás, têm também o condão de modificar e extinguir direitos. Portanto, necessário se torna serem provadas determinadas circunstâncias que, controvertidas, possam ensejar reconhecimento, modificação ou extinção de determinados direitos. Assim, não resta dúvida de que a função das provas é justamente constatar a ocorrência de ditos fatos criativos, modificativos ou extintivos de direitos^[6]. A regra é a de que as circunstâncias precisam ser provadas, não os direitos em si. Há hipóteses, todavia, em que precisam ser provados os direitos, quando, por exemplo, estes provierem de legislação estadual, municipal ou estrangeira, dado que não é razoável ser exigido do juiz o conhecimento de toda legislação diversa da federal ou nacional. Mencionem-se ainda, no processo do trabalho, as normas convencionais e regulamentos empresariais. Nestes casos, a parte interessada deve provar a existência, o conteúdo e a vigência dos respectivos direitos (normas jurídicas) nos quais fundamentar sua pretensão.

Leciona Daniel Amorim Assumpção Neves^[7] que existe divergência doutrinária sobre o que constituiria o objeto do instituto jurídico da prova. Para alguns, tal consistiria nas *alegações de fato*, e, para outros, os próprios fatos. O

argumento dos primeiros baseia-se na assertiva de que fatos apenas existem ou acontecem. Se nada disso ocorrer, não se terá um fato. Consoante explica o citado doutrinador^[8],

“A melhor doutrina ensina que o ônus da alegação dos fatos pelas partes limita-se aos fatos jurídicos (principais), que vinculam a atividade jurisdicional. O mesmo, entretanto, não ocorre com o fato simples (secundário), que poderá ser levado em consideração pelo juiz ainda que não tenha sido alegado pelas partes. Esses fatos, que o juiz pode conhecer de ofício, podem não ser objeto de alegação das partes e, ainda assim, influenciarão o julgamento. O melhor, portanto, é afirmar que o objeto de prova não são os fatos nem as alegações de fato, mas os pontos e/ou questões de fato levadas ao processo pelas partes ou de ofício pelo próprio juiz”.

Sem adentrarmos no mérito da questão, preferimos afirmar que, por conseguinte, a prova repousa sobre *circunstâncias*, as quais podem ser alegadas ou tão somente verificadas. Se constatada a veracidade da ocorrência de alguma circunstância, ter-se-á, então, um fato.

O instituto jurídico da prova, assim, tem como objeto, no processo, todas aquelas circunstâncias que possam decisivamente influir na decisão de mérito. Diferentemente do que ocorre nos processos civil, trabalhista e administrativo, ressalvadas as competentes exceções legais, no processo penal o magistrado não necessariamente deve admitir a presunção de veracidade acerca de circunstâncias meramente admitidas ou não contestadas pelas partes, o que salienta ainda mais a relevante importância da prova no Processo Penal.

Ademais, de acordo com o inciso LVII do Art. 5º, da CF, *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado*

de sentença penal condenatória, e que, em consonância com o Decreto 678/92 (Pacto de São José da Costa Rica), *toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa*, razão pela qual pode o magistrado sempre indagar sobre todos os elementos que entender dúbios ou controvertidos, inclusive determinando a produção de elementos probatórios, bem como, à revelia das partes interessadas, determinar a reprodução de provas e colher as que julgar indispensáveis ou úteis.

Não é necessário que sejam provados os fatos ditos intuitivos, evidentes por si mesmos; os notórios e, por fim, os presumidos, sobre os quais poderá recair a presunção *absoluta* ou *relativa*. O primeiro tipo de presunção, diferentemente do segundo, não admite prova em contrário. Exemplificativamente, é absoluta a presunção de imputabilidade do menor de dezoito anos e, no crime de incêndio (Art. 250, do CPB), a de que a conduta delituosa necessariamente expôs a perigo a vida e/ou o patrimônio de terceiros. Relativa seria a presunção de que teria agido em legítima defesa uma pessoa indefesa que acabasse por ceifar a vida de um homicida contumaz.

1.3 Ônus da prova

Ônus significa encargo, indispensável à satisfação de interesse próprio ou alheio. Difere ônus de dever ou de obrigação, já que estes supõem a realização de determinada conduta no interesse de outrem. Destarte, observa-se que deveres e obrigações necessariamente serão ônus, mas nem todo ônus os serão. Assim, ônus probatório traduz o encargo que tem determinada parte de demonstrar a ocorrência de uma dada circunstância, sob pena de ter de suportar os efeitos de uma decisão contrária aos seus interesses.

De acordo com Amauri Mascaro Nascimento^[9],

“Ônus da prova é a responsabilidade atribuída à parte para produzir uma prova e que, uma vez não desempenhada satisfatoriamente, traz, como conseqüência, o não reconhecimento, pelo órgão jurisdicional, da existência do fato que a prova destina-se a demonstrar”.

A doutrina costuma dividir o *onus probandi* em ônus subjetivo e ônus objetivo. O primeiro designa a quem cabe a responsabilidade de provar, enquanto que o segundo recai sobre a suficiência atestatória da prova. O ônus objetivo indica quem será prejudicado com a insuficiência ou inexistência da prova produzida. Assim, em razão do ônus objetivo, diante de ausência ou insuficiência de provas, deve o magistrado indicar qual das partes tinha o ônus subjetivo de provar e colocá-la numa situação de desvantagem processual^[10].

Quanto ao ônus subjetivo da prova, a regra geral - válida para as várias espécies de processo, como o civil, o penal, o trabalhista e o administrativo - é a de que *incumbit probatio, qui dicit non qui negat* (incumbe provar àquele que afirma e não quem nega). Neste sentido, dispõe o art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que a prova das alegações incumbe à parte que as fizer. De acordo com o art. 333 do CPC, ao autor cabe a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito e, ao réu, a dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito daquele. Tal, entretanto, comporta exceções, consoante exposto na legislação, conforme será analisado.

Embora disponha o Código de Processo Penal, em seu Art. 156, que a prova da alegação caberá a quem a fizer, o que nos faz concluir que, via de regra, o ônus probatório consiste no encargo que tem a respectiva parte de demonstrar a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, pode o juiz, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício,

diligências para dirimir ponto relevante (inciso II do Art. 156 do CPP).

No âmbito do processo civil, ainda, resta possibilitado no art. 130, do Código de Processo Civil, que o juiz, de ofício, determine a produção de provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Feitas estas considerações, em que hipóteses pode ser invertido o ônus de provar?

1.4. Inversão do ônus da prova

Consoante já dito, a regra é a de que o ônus de provar cabe a quem invocar determinada circunstância. Esta regra, entretanto, comporta exceções, além de que, conforme já mencionado, o juiz pode determinar, de ofício, a produção de provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Em que hipóteses, entretanto, poderia ser invertido o ônus probatório?

Primeiramente, cabe salientar que não se admite no Processo Penal a inversão do ônus da prova. Assim, o órgão acusador não se abstém do dever jurídico de provar o alegado. O réu, conseqüentemente, por sua vez, tem o ônus de demonstrar sua inocência, de acordo com a jurisprudência do STJ^[11].

No âmbito do Processo civil, existem três formas de inversão do *onus probandi*; a saber, a legal, a judicial e a convencional. Esta última decorre de acordo entre as partes e não pode ocorrer quando a prova recair sobre direitos indisponíveis, ou quando tal implicar excessiva dificuldade ao exercício do direito de provar. Quanto à inversão legal, os mais conhecidos exemplos são as disposições dos artigos 12, § 3º; 14, §3º; e 38; do Código de Defesa do Consumidor.

Dispõem ditos dispositivos, respectivamente, que é ônus do fornecedor provar que não colocou o produto no mercado, que ele

não é defeituoso ou que houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros pelos danos gerados; que é ônus do fornecedor provar que o serviço não é defeituoso ou que há culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro nos danos gerados; e que, finalmente, é ônus do fornecedor provar a veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária que patrocina.

Judicialmente, será invertido o ônus de provar quando na demanda restar constatada pelo juiz a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor. Nesta hipótese, o magistrado decidirá pela inversão do ônus da prova em favor do consumidor, que ficará dispensado da comprovação do defeito do produto, da ocorrência do dano e do nexo causal entre o produto/serviço (art. 6, VIII, CDC).

Há, no processo trabalhista, disposição que, no procedimento sumaríssimo, entende a doutrina, permite haja a inversão ora analisada. De acordo com o art. 852-D, da Consolidação das Leis do Trabalho, o juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica. Esta regra, conforme explica Carlos Henrique Bezerra Leite^[12], pode ser analogicamente aplicada em procedimento diverso do sumaríssimo.

Ademais, a jurisprudência trabalhista, com aplicação analógica do inciso VIII do art. 6, do CDC, usa a hipossuficiência do trabalhador, geralmente econômica, em relação ao empregador, para fins de inversão do ônus da prova. Exemplificativamente, cite-se a súmula número 338, do TST:

**JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO.
ÔNUS DA PROVA (incorporadas as
Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306**

da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de freqüência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003).

Outrossim, relativamente, em geral, às demandas que envolvam relações de emprego, a doutrina trabalhista pugna pela extensão, ao direito processual do trabalho, dos princípios materiais relacionados à proteção do trabalhador, ante a desigualdade, ao menos jurídica ou econômica, entre este e o empregador. Assim, o processo do trabalho se caracterizaria, em matéria de distribuição ônus de prova, por compensar a desigualdade existente entre empregador e empregado, por meio da inversão deste encargo.

Neste sentido, argumenta-se que, em regra, o trabalhador tem muito mais dificuldade do que o empregador para

provar certos fatos ou obter certas informações ou documentos. Comentando a tendência legislativa acerca do tema, Amauri Mascaro Nascimento^[13] afirma que

A tendência é no sentido de uma manifestação de uma redução deliberada das obrigações do trabalhador, substituída por uma redução deliberada das obrigações do trabalhador, substituída por um sistema de presunções relativas militando em seu favor, passível de demonstração a contrário, pelo empregador. Sobre este recairiam maiores encargos, não só como decorrência da sua superioridade econômica, que se reflete sobre o nivelamento e a posição das partes no processo, mas também como consequência dos fatos da vida real próprios da relação jurídica trabalhista, na qual o trabalhador está em situação de dependência, daí advindo dificuldades práticas que se refletem no momento da produção da prova.

Cite-se, ainda, a doutrina da **distribuição dinâmica do ônus da prova**, de acordo com a qual o juiz deve distribuir o ônus da prova no caso concreto, dependendo de qual parte tenha maior facilidade na produção da prova. O Superior Tribunal de Justiça vem aplicando a regra da inversão do ônus da prova em ações civis por danos ambientais^[14].

1.5. Sistemas de valoração da prova

Entende-se por valorar o ato de ponderar, apreciar ou estimar alguma coisa. Os sistemas de valoração da prova, logo, constituem conjuntos de princípios que, reunidos, formam um corpo doutrinário ou ideológico de ponderação, apreciação ou estimação dos elementos aos quais se atribui a aptidão de demonstrar a veracidade e a ocorrência de alguma circunstância juridicamente relevante.

Os sistemas de valoração da prova, em seu desenvolvimento, acompanham os estágios de desenvolvimento do próprio Direito, bem como de suas fontes, sejam estas formais ou materiais. O mais tradicional sistema surgiu na época em que Direito e religião não se distinguiam com tanta nitidez, dota tão somente de valor histórico, uma vez que desprovido dos mais consagrados princípios jurídicos mínimos. Tal é o *sistema ordálio* ou *religioso*, que se apóia na invocação do julgamento divino como critério de definição probatória.

Referido sistema baseava-se, para a consecução de seus fins, em desafios físicos, como atravessar uma fileira de brasa ou despejar óleo quente na pele^[15]. A verdade seria demonstrada através de sinais oriundos do mundo divino, em meio à submissão do suposto culpado a determinados experimentos corporais dolorosos. Caso o acusado não sofresse nada, seria então considerado inocente. Os ordálios eram chamados de *Juízos de Deus*, firmando-se na crença na intervenção da divindade dos julgamentos.

Passados séculos de evolução, o Direito chega, no século XIX, ao estágio do positivismo jurídico. O momento histórico era o dos ideais liberais, consagradores da liberdade e de abstração do Estado para com os particulares e suas atividades econômicas. Pensava-se, neste momento da história, que, portanto, a lei deveria ser genérica e abstrata, o que traria repercussões no exercício da atividade jurisdicional. A lei não podia considerar determinados valores ou posições sociais e, por conseguinte, o juiz estava proibido de interpretar a norma considerando as diferenças entre as pessoas.

Trata-se da era jurídica em que o Direito consiste na lei e tão somente na lei. Assim, as decisões judiciais seriam necessariamente, independentemente de qualquer argumentação, válidas ou inválidas, à medida que fossem compatíveis ou contrárias à lei. Conforme leciona Luiz Marinoni^[16], o positivismo não se preocupava com o conteúdo da norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observância do procedimento estabelecido para a sua criação.

Neste contexto surge o *sistema tarifado* de apreciação da prova, no qual esta, independentemente do grau do seu real teor probante, tem valores probatórios predeterminados. Explica Daniel Neves^[17] que

“No sistema da prova legal, ou prova tarifada, a carga probatória já vem preestabelecida em norma escrita, tomando o juiz um simples matemático, que somava as provas produzidas para verificar a ocorrência dos fatos alegados. Nesse sistema, valendo a prova testemunhal um ponto, a documental, dois pontos e a confissão, três pontos, basta ao juiz somar a prova produzida e declarar vitorioso aquele que somar um maior número de pontos”.

O sistema da prova tarifada, percebe-se, tinha como ponto central a total ausência de liberdade do juiz na valoração dos elementos probatórios. Apesar de ultrapassada a concepção idealizada por este sistema, há salientar que o mesmo não foi totalmente abolido. No Direito brasileiro, por exemplo, lembre-se das hipóteses de presunção legal absoluta. Cite-se também o disposto no art. 401, do CPC, consoante o qual a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados. Lembre-se, ainda, da disposição contida no art. 62 do Código de Processo Penal, de acordo com a qual a extinção de punibilidade pela morte do réu apenas poderá ser determinada à vista de certidão de óbito, e, mesmo assim, após prévia oitiva do Ministério Público.

A neutralidade ou a falta de conteúdo da lei e da jurisdição fez perceber que a igualdade social constituía requisito para a efetivação da própria liberdade, para fins de desenvolvimento da sociedade. Começa-se a perceber que a invariável aplicação da lei, interpretada tão somente em seu sentido gramatical, compromete a justiça nas decisões judiciais. Passa-se a entender a lei como *uma das fontes* do Direito, devendo ser interpretada de forma que fundamentadamente se trate de

maneira igual os iguais e desigual os desiguais, obedecidos certos princípios constitucionais[18].

Em um primeiro momento, o sistema simetricamente oposto ao da prova tarifada consistiu no da livre persuasão, ou livre convencimento. Neste, o magistrado decidia a lide com base em sua convicção íntima. Assim, tudo o que o juiz considerasse informador, fosse o que fosse, poderia ser entendido como prova. Tal é a fase da plena liberdade de convencimento do juiz, que não precisava fundamentar as suas escolhas.

Encontram-se ainda resquícios deste sistema, como, por exemplo, os julgamentos afetos ao Tribunal do Júri, caso em que o veredicto origina-se em um Conselho de Sentença, integrado por cidadãos comuns, os jurados. Conforme ensina Norberto Avena[19],

“Nos julgamentos pelo Júri, com efeito, não há motivação, limitando-se os jurados a responder, secretamente e sem nenhuma comunicação entre si, os quesitos que lhes são formulados pelo juiz e que correspondem às teses acusatória e defensiva. Até por não existir necessidade de fundamentação, não está o Conselho de Sentença, necessariamente, vinculado às provas existentes no processo, podendo decidir a partir de critérios subjetivos, sendo possível até mesmo que venha a julgar em sentido contrário ao que indicarem os elementos angariados aos autos”.

Percebeu-se, com o tempo, que tanto o sistema da prova tarifada como o do livre convencimento pecavam pelo excesso. Os dois extremos, um de liberdade excessiva e o outro de exacerbado formalismo positivista, mereciam ponderação: a verdade não pode ser apurada através de meios probatórios engessadamente artificiais, nem através de uma utópica idéia de livre convencimento *imotivado* do magistrado. Este último extremo comprometeria diversos princípios processuais, como o da publicidade, igualdade, imparcialidade e do juiz natural.

Nesta perspectiva surgiu o sistema atualmente adotado pelo Direito Brasileiro, conhecido como **sistema do livre convencimento motivado**, de acordo com o qual o magistrado tem livre convencimento que, entretanto, deverá ser motivado: na tomada de suas decisões em sede processual, o juiz deve apresentar argumentação e fundamentação coerentes com as provas carreadas as autos, bem como compatíveis com a lei. Comentando o princípio em análise, assevera Avena que^[20]

“O juiz é livre para formar seu convencimento, dando às provas produzidas o peso que entender cabível em cada processo, não havendo uma hierarquia entre os meios de prova. Isso, claramente, não significa que o juiz possa decidir fora dos fatos alegados no processo, mas sim que dará aos fatos alegados a devida consideração diante das provas produzidas”.

A exigência de motivação decorre, constitucionalmente falando, mormente do inciso IX do art. 93, da Constituição da República, sob pena de nulidade. Saliente-se, ademais, que as provas deverão constar nos autos do processo sobre o qual repousam.

O sistema do livre convencimento motivado constitui a principal característica do *neoconstitucionalismo*, corrente jurídico-filosófica que vê o Direito não mais como um meio de aplicação da vontade genérica, abstrata e invariável do Parlamento, formalizada através da lei.

Com o livre convencimento motivado, imagina-se que, em tese, qualquer tipo de prova poderia ser utilizado pelo juiz, na formação de seu convencimento, desde que houvesse a devida fundamentação no ato de decisão, o que não é verdade. Quais, então, seriam os meios probatórios considerados inadmissíveis em sede processual?

1.6. Provas inadmissíveis: ilícitas e ilegítimas

Inadmissível, evidentemente, é tudo aquilo que não pode ser considerado ou levado em conta para fins de cumprimento do que

se pretende. A doutrina pátria entende que são inadmissíveis as provas obtidas em meio à invocação ao sobrenatural, assim como também o são as provas ilícitas e ilegítimas. Tem-se que, constitucionalmente, no que pese à limitação à admissibilidade dos meios de prova, conforme já explanado, o Art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso LVI, dispõe que *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*.

De acordo com o entendimento doutrinário clássico, provas *ilícitas* e *ilegítimas* são espécies do gênero *provas ilegais*. Seriam *ilícitas* as provas que, de algum modo, na produção, conteúdo ou na introdução aos autos, contrariassem dispositivos normativos de direito material. Há corrente doutrinária que, ao menos no processo penal, vislumbra ter deixado de existir a diferença entre *ilegitimidade* e *ilicitude*, em virtude de o art. 157, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 11.690/2008, prescrever serem inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, *assim entendidas as obtidas em violação a normas **constitucionais ou legais*** (grifo nosso). Pela literalidade da norma, padeceria de ilicitude, portanto, não só a prova que violasse direito ou garantia individual, mas, sim, toda aquela que afrontasse qualquer norma constitucional ou infra-constitucional. Não concordamos com este posicionamento, conforme razões adiante expostas.

Entende Norberto Avena, em arrazoada fundamentação, que a ilicitude, para viciar, deve consistir em afrontamento *direto* ou *indireto* de garantias ou preceitos tão somente de índole constitucional, não importando ilicitude a violação de norma de direito material qualquer. Violação direta seria, por exemplo, a prova obtida mediante violação de correspondência lacrada, implicando afronta ao art. 5º, XII, da Constituição, enquanto que indireta seria a obtida através de interrogatório judicial do réu sem a presença de advogado, em desrespeito reflexo ao princípio do contraditório e aos direitos à

ampla defesa e/ou ao silêncio^[21], decorrente de afronta direta ao art. 185, do CPP, e indireta ao art. 5º, LV, da Carta Magna.

Entendemos dever ser salientado que nem toda violação a preceito constitucional tem o condão de viciar a prova, dado que somente as normas que repousam sobre direitos fundamentais o teriam. Exemplificativamente, não seria ilícita a prova testemunhal oferecida por parlamentar obrigado, como qualquer cidadão, a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, em inobservância do disposto no § 6º do art. 53 da Constituição Federal.

Não difere deste posicionamento o adotado pelo Legislador Constituinte do Canadá. Analisando-se a Carta Constitucional Canadense de Direitos e Liberdades, verifica-se no parágrafo único da seção 24 que, sempre que a corte concluir ter sido obtida a prova de modo que tenham sido infringidos ou violados quaisquer *direitos ou liberdades garantidos pela Carta*, a prova deverá ser excluída se restar estabelecido que, levando-se em conta todas as circunstâncias concretas, a admissão levaria a administração da justiça ao descrédito.

A mesma orientação foi adotada também pela Lei Orgânica do Poder Judiciário da Espanha, a qual, no seu art. 11, dispõe que não surtirão efeito as provas obtidas, direta ou indiretamente, em violação a *direitos ou liberdades fundamentais*. Em sentido semelhante, a Constituição Portuguesa, em seu art. 32 (8), prescreve serem nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

Portanto, concordamos que a ilicitude, para viciar a prova, deve recair sobre direitos fundamentais conferidos pela Constituição, considerando, ademais, os fundamentos acerca dos quais foi construída a tese da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, assunto que será abordado no capítulo seguinte.

Ilícita a prova, não havendo outros meios probatórios disponíveis, o magistrado terá que acabar por sacrificar o direito faticamente comprovado, ou, valendo-se da prova em questão, terá como nula a decisão ou sentença, em razão de serem as mesmas carecedoras de fundamentação, uma vez que o Direito Brasileiro adotou o sistema do livre convencimento motivado, conforme disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal. Saliente-se, ademais, que o STF entende serem *nulas* as provas e as alegações respectivamente obtidas e feitas com fundamento na prova produzida mediante o ilícito[22]. Deve-se reforçar que as provas ilícitas não implicam nulidade de decisões judiciais quando estas últimas se fundamentarem também em provas obtidas licitamente[23].

Seria nula, portanto, por exemplo, decisão judicial que se fundamentasse em prova obtida em meio à interceptação indevida de uma conversa telefônica, dado que o inciso XII do Art. 5º, da CF, dispõe que *é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.*

Assim, seria ilícita, ainda, a prova obtida mediante a gravação de um vídeo feita no domicílio de um suposto homicida, sem a devida autorização, em hipótese na qual, no vídeo, sem qualquer coação, o investigado admitisse a prática do delito, posto que o inciso X do citado dispositivo constitucional estabelece serem *invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas*, além de que o inciso XI prescreve que *a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.*

Interessante citar que a Suprema Corte do Canadá tem entendido que somente a violação a direitos e liberdades da parte

contra quem foi produzida a prova ilícita pode ensejar a inadmissão das respectivas provas. Isso significa que, se a prova tiver sido obtida mediante a violação da esfera jurídica de terceiros, o Poder Judiciário não necessariamente deverá determinar a sua exclusão. Segue-se que não se deve inadmitir a prova quando esta for obtida em lugares nos quais a parte não tenha expectativa de privacidade, mesmo que privados, porém de titularidade jurídica de terceiros^[24]. Ilustre-se a situação com a hipótese de se descobrir a autoria de um delito, mediante a interceptação telefônica ilegal de uma conversa entre duas testemunhas que, em virtude de medo, não iriam prestar seus depoimentos. Igual tratamento seria dado ao caso em que fossem ilegalmente apreendidos, em violação de domicílio de terceiro, instrumentos lá escondidos pelo investigado, sem a devida autorização, incriminadores do mesmo.

Ilegítimos seriam os meios probatórios que, da mesma forma, fossem incompatíveis com as regras de direito processual. Preferimos dizer que não poderiam sequer ser tecnicamente chamados de *prova* determinados meios pelos quais se pretendesse provar circunstâncias juridicamente relevantes, se, em sua essência, lhes faltassem quaisquer dos necessários requisitos existenciais de ordem processual, já que a prova é um instituto de natureza eminentemente processual. A nosso ver, então, somente em sentido estrito poder-se-ia considerar *prova* o meio probatório *latu sensu* que fosse essencialmente constituído pelos requisitos processuais de existência. Assim, a legislação processual, quando dispusesse fosse necessário o preenchimento de determinados requisitos, não estaria estabelecendo critérios para admissão ou não de provas, mas sim pressupostos processuais de existência dos elementos probatórios. Quando a Constituição Federal menciona a palavra *prova*, fa-lo já pressupondo a obediência aos requisitos processuais de existência, definidos em legislação processual.

Seria inconstitucional admitir que normas infraconstitucionais previssem a inadmissibilidade de certos tipos de provas, uma vez que tal implicaria afronta a diversos princípios consagrados pela Carta Magna, como os do contraditório, devido processo legal, da inafastabilidade jurisdicional e de outros eventualmente concernentes ao caso concreto. Logo, entendemos que *provas ilegítimas* seriam na verdade *provas em sentido amplo* que, por serem incompatíveis com normas de direito processual, já que desprovidas dos intrínsecos requisitos existenciais, não poderiam ser consideradas *provas em sentido estrito* ou *técnico*.

Por esta razão fazemos questão de manifestar a nossa discordância da interpretação de que, ao menos no processo penal, teria deixado de existir a diferença entre *ilegitimidade* e *ilicitude*, uma vez que a inadmissibilidade de meios probatórios deve ser considerada estritamente para fins de cumprimento do disposto no inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal e normas congêneres, pois outras hipóteses de limitação ao direito à prova, calcadas no fundamento do conceito de ilicitude, conforme explanado, padeceriam de inconstitucionalidade.

Destarte, somente norma constitucional pode relativizar a amplitude da eficácia jurídica de normas de igual status. Assim, não haveria razão por que se entender inadmissível depoimento de testemunha descompromissada, em violação ao constante no art. 203, do CPP. Tal representaria apenas uma irregularidade, mas não uma ilicitude. Por esta razão, ademais, não se poderia estender a inadmissibilidade às provas derivadas das ilícitas, uma vez que tal sanção a Constituição prevê somente às provas diretamente obtidas ilicitamente.

Do vício da ilegitimidade, que, a nosso ver, consiste em atipicidade probatória, padeceria, por exemplo, em sede processual penal, um exame pericial realizado por apenas um perito não oficial, enquanto deveria sê-lo por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior

preferencialmente na área específica, dentre as que tivessem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame, conforme prevê a regra do art. 159, § 1º, do CPP.

Ressalte-se, ainda, que os vícios processuais podem ser *sanáveis* ou *insanáveis*. Sanável é o vício de nulidade relativa e insanável o de nulidade absoluta. Veja-se então que o elemento probatório *latu sensu* poderia tornar-se *prova em sentido estrito* se restasse sanado o seu vício relativo, o que não poderia ocorrer relativamente aos elementos portadores de vícios dotados de nulidade absoluta. No caso do exemplo citado no parágrafo anterior, conforme assevera Norberto Avena^[25], seria insanável o vício respectivo e, destarte, inexistente a prova, ou, conforme prefere a doutrina, ilegítima.

Feitas estas considerações sobre o tema das distinções entre provas ilícitas e ilegítimas, percebe-se que, em linhas gerais, o primado da licitude dos meios de prova constitui base jurídico-ideológica constitucional que, em tese, vai de encontro a outros princípios também portadores de status constitucional, como, conforme já dito, os da ampla defesa, do contraditório e da inafastabilidade. Em que contexto histórico ou jurídico teria se originado a tese da inadmissibilidade das provas ilícitas? Qual seria a razão para a institucionalização de tais conflitos entre bases principiológicas de índole constitucional? Em outras palavras, o que argumentam aqueles que defendem a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos?

2. Tese da inadmissibilidade processual da prova ilícita

2.1. História e fundamentos

A tese ideológica abarcada pela tese da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos originou-se em tempos de emergência do liberalismo, num contexto de insurgência contra os ideais do Estado Absolutista, o qual, para a consecução de seus fins, valia-se de meios arbitrários e desarrazoados, mediante a

invasão das mais básicas prerrogativas individuais, desconhecendo-as ou solapando-as, em nome de interesses aos quais indevidamente se atribuía o caráter público. Era a era em que o Estado revestia-se de irresponsabilidade absoluta sobre quaisquer de seus atos, uma vez que tudo o que o rei determinava era sempre legítimo. Trata-se da época de consagração da teoria da irresponsabilidade do Estado. Doutrinariamente, esta teoria é identificada pela máxima *the king can do no wrong*.

Na perspectiva liberal, a entidade estatal deve adotar uma posição negativa e não intervencionista em relação aos seus cidadãos, em respeito aos conhecidos *direitos de primeira geração*, assecuratórios da liberdade e das prerrogativas individuais. Consoante explicam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo^[26], os direitos fundamentais têm origem nos ideais consagrados pela Revolução Francesa ou, conforme preferem outros autores, na Declaração de Direitos do Homem americana, além de que,

“Os primeiros direitos fundamentais têm o seu surgimento ligado a necessidade de se impor limites e controles as atos praticados pelo Estado e suas autoridades constituídas. Nasceram, pois, como uma proteção à liberdade do indivíduo frente à ingerência abusiva do Estado. Por este motivo – por exigirem uma abstenção, um não fazer do Estado em respeito à liberdade individual – são denominados direitos negativos, liberdades negativas ou direitos de defesa”.

Assim, tradicionalmente, a inadmissibilidade da prova ilícita visa a coibir a atuação abusiva do Estado, o qual, para perseguir os objetivos respectivos, não poderá coibir o gozo dos direitos fundamentais conferidos aos seus cidadãos. Bem ratificadoras da questão são as palavras do Ministro Celso de Mello, no julgamento do RE 251.445-GO, publicado em 03 de agosto de 2000:

“Como se sabe, o processo penal condenatório, em nosso ordenamento positivo, delinea-se como estrutura jurídico-formal em cujo âmbito o Estado desempenha a sua atividade persecutória. Nele, antagonizam-se exigências contrastantes que exprimem uma situação de tensão dialética configurada pelo conflito entre a pretensão punitiva deduzida pelo Estado e o desejo de preservação da liberdade individual manifestado pelo réu. Essa relação de conflituosidade, que opõe o Estado ao indivíduo, revela-se, por isso mesmo, nota essencial e típica das ações penais tendentes à obtenção de provimentos jurisdicionais de caráter condenatório. **A persecução penal, cuja instauração é justificada pela suposta prática de um ato criminoso, não se projeta e nem se exterioriza como uma manifestação de absolutismo estatal. De exercício indeclinável, a persecutio criminis sofre os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico** (grifo nosso). A tutela da liberdade, desse modo, representa uma insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado. **A própria exigência de processo judicial já traduz poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula nulla poena sine iudicio exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual** (grifo nosso).

[...] Tenho tido a oportunidade de enfatizar, neste Tribunal, que a exclusionary rule - considerada essencial, pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da

América, na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pelo Estado - destina-se a proteger os réus, em sede processual penal, contra a ilegítima produção ou a ilegal colheita de prova incriminadora (Garrity v. New Jersey, 385 U.S. 493, 1967 - Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643, 1961 - Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471, 1962, v.g.), impondo, em atenção ao princípio do due process of law, o banimento processual de quaisquer evidências **que tenham sido ilicitamente coligidas pelo Poder Público** (grifo nosso). No contexto do sistema constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o sentido e o alcance do art. 5º, LVI, da Carta Política, tem repudiado quaisquer elementos de informação, desautorizando-lhes o valor probante, **sempre que a obtenção dos dados probatórios resultar de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo** (grifo nosso).

[...] Foi por tal razão que esta Corte Suprema, quando do julgamento da Ação Penal 307-DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, desqualificou, por ilícita, prova cuja obtenção decorreria do desrespeito, **por parte de autoridades públicas** (grifo nosso), da garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar (RTJ 162/4, item n. 1.1)”.

Não foi outro o fundamento para a edição, nos Estados Unidos, da Emenda Constitucional IV, da qual se depreende que o direito das pessoas de permanecerem seguras em suas vidas privadas, contra buscas e apreensões desarrazoadas, não deverá

ser violado, além de que nenhum mandado será expedido, salvo em razão de causa provável, precedido de juramento ou afirmação, com a descrição particular do lugar a ser procurado e das pessoas ou coisas a serem apreendidas.

Neste país, a regra da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, construída jurisprudencialmente a partir da interpretação da Quarta Emenda Constitucional, ganha atenção e relevo primordialmente na seara processual penal, com a ideia de que o Estado, em sede de persecução criminal, não deve deixar de respeitar os direitos e garantias constitucionalmente conferidos aos seus cidadãos, razão pela qual as provas obtidas com infringência a esta disposição devem ser inadmitidas. Atente-se aí para o destinatário da inibição da sanção da inadmissibilidade da prova ilícita: o Estado.

De acordo com David H. Taylor, desenvolveram-se, na seara criminal, regras tendentes a excluir elementos probatórios considerando a maneira com que foram obtidos. A mais notável é a conhecida “regra exclusionária”, a qual reforça a garantia da Quarta Emenda, excluindo a admissibilidade da prova que, em processos afetos às Justiças Federal e Estadual, é obtida em violação mediante atos ilícitos *praticados pelas autoridades estatais competentes*. Prossegue o autor afirmando que, entretanto, as regras exclusionárias são limitadas a agentes estatais, e, assim, **são inaplicáveis** em *ações civis e criminais nas quais a prova oferecida tenha sido ilicitamente obtida por pessoas privadas*^[27]. A jurisprudência norte-americana tende a aplicar este preceito em outras ações em que o Estado seja parte, como as de âmbito tributário.

Entretanto, não obstante ter a inadmissibilidade fundamento nos arbítrios do Estado, tal tese vem sendo extensivamente interpretada pela doutrina, no sentido de que o tratamento dado às provas ilícitas obtidas pelo Estado deve ser também conferido às deste modo obtidas por particulares.

Na Alemanha, observou-se especial atenção conferida aos valores humanos. Já em 1950 o constituinte proibiu quaisquer tipos de

maus-tratos, bem como formas de redução da capacidade intelectual das pessoas, violência moral ou qualquer outra maneira violadora de direitos fundamentais na obtenção das provas, considerando ilícitas, se desta maneira produzidas. De início a jurisprudência limitou a regra da inadmissibilidade aos atos praticados pelo Poder Público, relegando ao juiz a atribuição de valorar as provas ilícitas obtidas por particulares. Entretanto, considerável parte da doutrina e jurisprudência germânicas tendem a inadmitir tal tipo de prova nos casos em que esta é produzida por particulares[28].

Na Espanha, encontra-se o repúdio à valoração de provas ilicitamente obtidas também por particulares. De acordo com o entendimento do Tribunal Constitucional Espanhol, a inadmissibilidade deve alcançar as provas obtidas por qualquer pessoa, pois inquestionável que os particulares – e não só a polícia, como sustenta a jurisprudência norte-americana – podem obter provas violando direitos fundamentais[29].

Historicamente, no *Common Law*, três teorias têm justificado a aplicação das regras de inadmissibilidade: o reforço da tutela dos direitos fundamentais individuais; a manutenção da integridade do Poder e o repúdio aos atos oficiais arbitrários.

Na tradição jurídico-constitucional brasileira, a regra de inadmissibilidade probatória foi aos poucos sendo doutrinária e jurisprudencialmente construída a partir de previsões constitucionais relativas a inviolabilidades de direitos individuais, ganhando previsão constitucional expressa a partir da Constituição Federal de 1988. Antes da promulgação da atual Constituição, a Constituição de 1967/69 não trazia a proibição da admissibilidade de meios de prova obtidos ilicitamente, com violação a suas normas, dispondo, no art. 153, § 9º, tão somente sobre a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas. Esta omissão era também compartilhada pelas leis processuais, quanto à cominação da sanção de nulidade às provas obtidas com violação a direitos e garantias individuais.

Neste contexto, até antes da promulgação da Constituição de 1988, a doutrina e o costume jurídico jurisprudencial se dividiam entre os que defendiam a admissibilidade deste tipo de prova e aqueles que a repudiavam. Entre os primeiros, o então Ministro Raphael de Barros Monteiro, citado por Maria Cristina Faria Magalhães[30], em acórdão de 1951, sustentou que:

“Os tribunais têm de julgar conforme as provas que lhes são apresentadas e não lhes compete investigar se elas foram bem ou mal adquiridas pelo respectivo litigante. Essa investigação é estranha ao processo e o juiz que a fizer exorbitará de suas atribuições processuais”.

Entretanto os que integravam o segundo grupo encontravam fundamentos nas normas de legislação processual que regulavam a inadmissibilidade de certas provas, além da interpretação analógica do art. 332 Código de Processo Civil, o qual condiciona a admissibilidade das provas à legalidade e à moralidade.

De acordo com supramencionada autora, a atual conjuntura constitucional brasileira sobre o tema deve-se ao trabalho de Ada Pellegrini Grinover, defensora da tese da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, cuja orientação a jurisprudência pátria procurou acompanhar.

Conforme leciona César Dario Mariano da Silva[31], embora sob a égide da Constituição anterior não existisse norma proibitiva expressa, entendia-se implícita a proibição do emprego da prova ilícita que ferisse direitos garantidos, como a intimidade, integridade corporal etc.

Finalmente, a tese da inadmissibilidade das provas ilícitas ganhou status constitucional a partir de 1988, com o art. 5º, LVI, constituindo, inclusive, cláusula pétrea, consoante exposto no art. 60, § 4º, IV, da atual Constituição Federal.

Quanto à discussão acerca do âmbito processual de aplicabilidade da regra em questão, a doutrina e a jurisprudência,

diferentemente da tradição norte-americana, fixaram entendimento de que tal se aplica tanto ao poder público quanto a particulares que ajam ou não em nome deste, seja em processo penal ou cível. Neste sentido, cite-se o já mencionado Acórdão proferido no Recurso Extraordinário n. 251.445-GO, publicado no dia 03 de agosto de 2000, de relatoria do Min. Celso de Mello:

EMENTA: PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI).

A cláusula constitucional do *due process of law* em contra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. - **A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica** (grifo nosso). - Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio

autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, **ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular** (grifo nosso).

[...] Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Goiás contra decisão do Tribunal de Justiça local, consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 586/587): "ABUSO SEXUAL CONTRA MENORES. NULIDADES: PREJUÍZO INDEMONSTRADO. SENTENÇA. PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS. CONSERVAÇÃO DA PARTE IMACULADA. ABSOLVIÇÃO DAS IMPUTAÇÕES QUE DELAS DEPENDAM. CORRELAÇÃO ADEQUADA ENTRE A SINTÉTICA DENÚNCIA E A CONDENAÇÃO BASEADA EM ELEMENTOS DOS AUTOS. PENA: DIMINUIÇÃO.

[...] ninguém pode ser denunciado, processado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do Poder Público, também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros de

caráter ético-jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto emergente de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado.

[...] **Se, no entanto, como ocorreu no caso ora em exame, a prova penal incriminadora resultar de ato ilícito praticado por particular, e a res furtiva, por efeito de investigação criminal promovida por agentes policiais, for por estes apreendida, também aqui - mesmo não sendo imputável ao Poder Público o gesto de desrespeito ao ordenamento jurídico, posto que concretizado por um menor infrator - remanescerá caracterizada a situação configuradora de ilicitude da prova** (grifos nossos).

[...] **é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares** (grifo nosso), porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade. Será também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes e fora do processo ou no curso do mesmo. [...] **será, por fim, irrelevante indagar-se se o processo no qual se utilizaria prova ilícita deste jaez é de natureza penal ou civil** (grifos nossos).

2.2. Teorias interpretativas

Oportuno se faz tecer alguns comentários acerca dos seguintes trechos do acórdão citado no tópico anterior:

[...] limito-me a examinar o presente recurso extraordinário unicamente no ponto em que o Tribunal de Justiça local, ao reconhecer a ilicitude da

prova fotográfica produzida contra os ora recorridos, veio a absolvê-los da imputação referente ao delito tipificado no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13/7/90). Esse específico aspecto da questão foi bem resumido pelo Ministério Público Federal, que, ao expor os limites da controvérsia instaurada na presente sede recursal extraordinária, fez consignar, em seu parecer, que o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, ao declarar a insubsistência da condenação penal dos ora recorridos, imposta em primeira instância com fundamento no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, "sustentou que as fotografias acostadas aos autos foram obtidas de forma ilícita..." (fls. 663). A douta Procuradoria-Geral da República, embora discordando da decretação, pelo Tribunal de Justiça local, da ilicitude da prova fotográfica, reconhece que as fotografias em questão "foram entregues, espontaneamente, a policiais civis, pelo menor Francisco Brito Correia" (fls. 663) e que "Possível evento criminoso anterior, com arrombamento de cofre por parte de terceiro, que recolheu as fotos de seu interior, entregando-as depois à polícia, não tem o condão de afastar a realidade objetiva, que é a ocorrência ilícita consumada com o ato de fotografar crianças e adolescentes em poses pornográficas, e, assim, impedir a apuração e punição do fato".

[...] Esse, pois, é o quadro fático, dentro do qual caberá analisar-se a questão concernente à licitude, ou não, da utilização, em juízo, pelo Estado, de material fotográfico incriminador, cuja apreensão, pela Polícia, no curso de investigação penal, somente ocorreu, porque entregue pelo menor

adolescente que o havia furtado do consultório profissional de um dos recorridos.

[...] Nesta colocação, **não parece aceitável**(embora sugestivo) **o critério de 'razoabilidade' do direito norte-americano, correspondente ao princípio de 'proporcionalidade' do direito alemão**, por tratar-se de critérios subjetivos, que podem induzir a interpretações perigosas, fugindo dos parâmetros de proteção da inviolabilidade da pessoa humana. [...] **sempre que a violação se der com relação aos direitos fundamentais e a suas garantias, não haverá como invocar-se o princípio da proporcionalidade** (grifos nossos).

[...] Vê-se, portanto, tendo-se presentes as circunstâncias do caso ora em exame, que a Polícia Judiciária incidiu em dupla ilicitude em suas diligências probatórias, provendo o Ministério Público com elementos informativos que não podiam ser utilizados, no processo, contra os ora recorridos, porque contaminados pelo vício da transgressão constitucional. Não vejo, desse modo, como acolher a postulação recursal deduzida pelo Ministério Público do Estado de Goiás. Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, não conheço do presente recurso extraordinário.

Percebe-se, portanto, que, apesar de reconhecida a comprovação das circunstâncias pretendidas, restou inadmitida a prova obtida ilicitamente e peremptoriamente afastada a aplicação dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, o que resultou na impunidade de um crime cometido contra um menor incapaz.

No presente caso, ademais, observa-se que os fundamentos para o não provimento do recurso entraram em conflito com as disposições constitucionais do art. 5º, inciso XXXV, e do art. 227. De acordo com o primeiro dispositivo, do qual decorre o direito à prova, a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Consoante expresso no segundo, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Erigida a tese da inadmissibilidade das provas ilícitas - ou, como chamada no sistema do *Common Law*, da *exclusionary rule* - surgiram, diante de problemas deste tipo (conflito entre normas ou entre princípios de igual status no ordenamento jurídico), pelos menos três teorias sobre a interpretação da regra abarcada pela tese que ora se estuda. Analisemos cada uma delas.

2.2.1. Teoria obstativa

A teoria obstativa, mais tradicional, pugna pela incondicional inadmissibilidade processual de provas ilícitas, uma vez que estas afrontariam princípios e garantias de ordem e interesses eminentemente públicos, conforme menciona Ada Pellegrini Grinover^[32].

De acordo com esta teoria, inexistente o meio probatório desta natureza, dado que dotado de atipicidade constitucional. Assim, devem ser absolutamente inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos, por mais relevante que seja o bem jurídico tutelado.

Os defensores desta tese argumentam que não se pode deixar de preservar os direitos da parte contra quem se pretende oferecer a prova, razão pela qual tais não podem ser atingidos ou violados em virtude da busca da verdade. A busca da verdade, destarte, não poderia significar um valor mais precioso do que a proteção das garantias desta parte.

À semelhança do que ocorre nos Estados Unidos, no Canadá, a inadmissibilidade de provas ilícitas também se justifica para coibir atuações abusivas do Estado. Sobre este direito individual constante na segunda parte da seção 24, da Carta Constitucional Canadense de Direitos e Liberdades Individuais, os julgadores da Suprema Corte deste país entendem que, no âmbito processual penal,

“Nunca deveríamos perder de vista o fato de que até mesmo uma pessoa acusada dos mais abomináveis crimes, não importando se a pessoa de fato os praticou, está devidamente amparada pela total proteção da Carta. Diminuir ou relativizar estes direitos afeta não somente o acusado, mas também toda a reputação do Sistema Judiciário. Deve ser enfatizado que os objetivos de preservar a integridade do Judiciário, assim como de promover a decência das técnicas de investigação, são de fundamental importância para a aplicação da seção 24 da Carta de Direitos [33].”

Nesta perspectiva, argumenta-se ainda que, ao se admitir provas produzidas ilicitamente, parece haver uma presunção de culpa do acusado, mesmo antes de haver julgamento. Somente a presunção da culpa do investigado justificaria a invasão de seus direitos a fim de que fosse efetivamente provada a sua condição, o que transformaria as cortes judiciais em verdadeiras “empresas investigadoras da verdade”. No entanto, deve ser lembrado que, até que seja licitamente constatada a culpa do acusado, as cortes têm o dever constitucional de presumir a sua inocência[34].

Ademais, conforme afirma Fernando Pedroso[35], comentando a teoria em análise, “o ilícito é um só, atingindo e alcançando, portanto, qualquer ramo ou seara do Direito. Desta sorte, existente um ilícito material, não pode o mesmo, sob prisma processual, ser havido como indiferente ou como válida a prova dele derivada”.

Diz-se, ainda, que é preferível a impunidade de um crime à outorga de eficácia à prova que o desvende, sempre que os meios de produção de tal prova implicarem violação dos direitos fundamentais do acusado, aduzindo-se que o que se pretende com a vedação da prova ilícita é a prevenção de eventual cometimento de atos juridicamente ilícitos. A norma contida no art. 5º, LVI, da Constituição, teria, desta forma, caráter preventivo.

Destarte, num conflito entre a possível verdade que seria atingida pela utilização da prova e a sua ilicitude, a corrente restritiva ou obstativa prefere privilegiar a segunda, entendendo legítimo o sacrifício da verdade para se preservar direitos que seriam violados com a produção da prova ilícita.

2.2.1.1 Teoria dos frutos da árvore envenenada

Acentua Daniel Neves^[36] que decorre da teoria obstativa a dos frutos da árvore envenenada: seriam consideradas ilícitas as provas que, mesmo lícitas, derivassem da obtenção de uma prova ilícita. Exemplifique-se o testemunho de um sujeito que tenha sido mencionado em fita gravada clandestinamente. Tal deverá ser desconsiderado, ainda que a prova seja lícita em seu meio e na forma de sua obtenção, já que derivada da prova obtida ilicitamente. Tem-se aqui o que a doutrina chama de *provas ilícitas por derivação*.

Norberto Avena^[37] conceitua as provas ilícitas por derivação como aquelas que *“embora lícitas na própria essência, decorrem exclusivamente de prova considerada ilícita ou de situação de ilegalidade manifesta ocorridas anteriormente à sua produção, restando, portanto, contaminadas”*.

Ressalte-se que o autor penal-processualista estendeu à ilegalidade o condão de viciar a prova derivada, em razão do disposto no art. 157, do Código de Processo Penal, que, modificado pela Lei 11.690/2008, prescreve serem inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas (CPP, art. 157, § 1º), sendo estas (provas ilícitas) as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais (CPP, art. 157, caput). Esta

orientação, adotada pelo legislador processual, tecnicamente não fulmina a distinção entre ilicitude e ilegitimidade, conforme já demonstrado, além de não poder divergir das regras e interpretações constitucionais.

2.2.2. Teoria Permissiva

Para a teoria permissiva a prova obtida ilicitamente deve sempre ser reconhecida no ordenamento jurídico como válida e eficaz, uma vez que o processo se destina à busca da verdade, indispensável ao convencimento e motivação do julgador. Assim, não haveria exceções à admissibilidade dos meios probatórios e a busca da verdade seria o fim supremo e absoluto do processo, o que não significa que a parte a quem aproveitasse o elemento probatório deveria ficar isenta de qualquer sanção decorrente da prática do ilícito[38].

A tese da inadmissibilidade, de acordo com esta teoria, deve ser interpretada como uma ideologia de caráter meramente pedagógico e orientador: não se devem violar direitos individuais, para fins de instrução processual, mas, caso tal ocorra, não restará saída que não o reconhecimento da verdade revelada. Por outro lado, uma vez contrariado o princípio da licitude na obtenção dos meios de prova, a parte que deste modo obtém a prova deve arcar com a responsabilidade pelos atos praticados, sofrendo a sanção correspondente.

2.2.3. Teoria da Proporcionalidade ou Razoabilidade

A teoria da proporcionalidade ou razoabilidade baseia-se nos princípios constitucionais implícitos da proporcionalidade e da razoabilidade, de acordo com os quais as decisões judiciais ou administrativas devem se coadunar com o ordenamento constitucional como um todo. Sempre que a decisão implicar o choque entre um ou mais princípios ou preceitos constitucionais, o sacrifício de uns ou de outros deve ser mínimo e, se possível, inexistente.

De acordo com Rafael Rezende de Oliveira[39], o princípio da razoabilidade surge no Direito Norte-Americano, com a

consagração da cláusula do devido processo legal substantivo. Em um primeiro momento, a doutrina norte-americana adotava o entendimento de que o devido processo legal consistia em um processo repletamente realizado tão somente de acordo com os ditames legais. O desenvolvimento do processo, nesta perspectiva, baseava-se no estrito cumprimento da lei. Assim, as únicas prerrogativas das quais poderiam se valer as partes seriam, invariavelmente, as estritamente previstas na lei.

Posteriormente, surge neste país a ideia do devido processo legal substantivo, segundo a qual os atos processuais devem conter, além de garantias legais, fundamentos substantivamente razoáveis. Traz-se um conteúdo material ao devido processo legal, que também é transportado para a administração pública: o Estado deve atuar com razoabilidade, sem excesso.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, tem origem no Direito alemão e consiste na prescrição de que os atos do Estado, jurisdicionais ou não, devem ser proporcionais. Subdivide-se em três subprincípios que demonstram se o ato estatal é proporcional: *adequação, necessidade e proporcionalidade estrita*. A atenção é voltada para o caso concreto, analisando-se se eventual decisão é cumulativamente adequada, necessária e estritamente proporcional.

Vê-se que, apesar de não se confundirem razoabilidade e proporcionalidade, ditas bases principiológicas em muito se assemelham, uma vez que têm um objetivo em comum: a resolução ponderada do choque entre um ou mais princípios ou preceitos constitucionais. Conveniente ressaltar que, todavia, no Brasil, o STF vem adotando a ideia de que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são sinônimos ou fungíveis entre si. Na tese da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, razoabilidade e proporcionalidade têm significativo peso no desenrolar de decisões tanto na jurisprudência pátria como na estrangeira.

Nos Estados Unidos, entende-se que o balanceamento de interesses é pressuposto de todas as decisões que envolvam as *exclusionary rules* baseadas na Quarta Emenda Constitucional. Tal foi explicitado pela Suprema Corte Americana no Caso “*Estados Unidos vs. Calandra*”. A corte entendeu ser necessário o sopesamento entre os potenciais benefícios da exclusão das provas ilícitas e o potencial dano decorrente da perda de relevante acervo probatório[40].

O parágrafo único do artigo 24, da Carta Constitucional de Direitos Canadense, prevê que, sempre que a corte concluir ter sido obtida a prova de modo que tenham sido infringidos ou violados quaisquer direitos ou liberdades garantidos pela Carta, a prova deverá ser excluída se restar estabelecido que, *levando-se em conta todas as circunstâncias concretas*, a admissão levaria a administração da justiça ao descrédito.

Interpretando este preceito, a Suprema Corte do Canadá, no julgamento de apelação criminal no conhecido *Caso Collins*, do ano de 1987, enumerou alguns fatores que devem ser considerados e mensurados no ato de se levar em conta as “circunstâncias concretas”. Estes fatores incluem: que tipo de prova foi obtido? Que direito individual foi infringido? A violação foi grave ou foi meramente de natureza técnica? Tal violação foi deliberadamente e intencionalmente praticada ou foi cometida inadvertidamente, sob os ditames da boa-fé? A obtenção da prova se deu em circunstância de urgência e necessidade? Havia outros meios de investigação disponíveis? A prova obtida teria sido produzida em qualquer outro tipo de evento? A prova é essencial para a instrução do processo?

No Brasil, a teoria que ora se estuda, majoritariamente adotada pela doutrina, defende a ideia de que, em tese, a prova obtida por meios ilícitos não deve ser admitida em processo, salvo se, com estrita obediência ao princípio em questão, destinar-se à proteção de um bem jurídico de maior valor.

Uma vez que os direitos e garantias individuais são relativos, o intérprete deve coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros. Defende-se, assim, proporcionalidade entre bem sacrificado e bem tutelado[41]. De igual modo, Nelson Nery Junior entende que não devem ser adotados peremptoriamente qualquer dos dois extremos: não se pode a priori admitir, no processo, a prova obtida por meios ilícitos, nem, de mesmo modo, absolutamente recusar eficácia a tal meio probatório.

Deve-se, logo, analisar-se caso a caso, em observância ao referido princípio constitucional[42], de modo que sempre se alcance o significado da norma e a harmonia do texto constitucional com a sua finalidade precípua. Esta a tese básica da teoria da proporcionalidade e razoabilidade, que, por conseguinte, adquire diversos desdobramentos doutrinários e jurisprudenciais. Analisemo-los.

2.2.3.1. A inexistência de ilicitude na teoria da razoabilidade e proporcionalidade

Registre-se forte tendência doutrinária no sentido de que o fundamento da razoabilidade e proporcionalidade torna lícita a prova, sempre que, mesmo obtida por meios formalmente ilícitos, considerando-se a relevância do teor revelador que carrear, esta for admitida, em sede processual, como meio de se provar o alegado.

Conforme o magistério de Mirabete, se a prova foi obtida para resguardo de outro bem protegido pela Constituição, de maior valor jurídico do que aquele a ser resguardado pela norma do art. 5º, LVI, da Carta Magna, não há falar aqui em ilicitude e, portanto, inexistirá a restrição da inadmissibilidade da prova[43]. Não se pode conceber que certos direitos, perseguidos no processo em que se utiliza a prova, deixem de ser tutelados ante uma exacerbação de tutela de meios em detrimento de fins. A proporcionalidade e/ou razoabilidade, na valoração entre o bem jurídico tutelado e o sacrificado, teria, portanto, o condão de excluir a ilicitude da prova.

Com muito louvor e acerto afirma Alexandre de Moraes que

“As liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Dessa forma, aqueles que ao praticarem atos ilícitos inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civis e criminais perante o Estado”[44].

Assim, entende-se admissível a prova quando indispensável e produzida pelo próprio interessado, em hipótese, por exemplo, de gravação de conversação telefônica, em crime de extorsão. Tal tipo de caso, consoante leciona Ada Pellegrini Grinover, traria a configuração do instituto da *legítima defesa*, que é caracterizado pelo uso moderado de meios necessários à reação contra injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou de terceiro, o que excluiria a ilicitude do meio de produção probatória[45].

Lícita seria, portanto, ademais, a utilização de uma gravação feita por um filho, que, sem o conhecimento do pai-agressor, registrasse a conduta delituosa de violência doméstica; ou a filmagem de uma babá que, sozinha na casa onde trabalha, sem saber que está sendo filmada, agride a criança da qual deveria cuidar.

Em idêntico sentido já decidiu o STF, no AI 50.367-PR, 2ª. Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 01/02/05. DJ 04/03/05:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação "the fruits of the poisonous tree" não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido" (AI 50.367-PR, 2ª. Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 01/02/05. DJ 04/03/05).

"Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilícitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal HC 74.678, DJ de 15-8- 97 e HC 75.261, sessão de 24-6-97, ambos da Primeira Turma." (RE 212.081, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 5-12-97, DJ de 27-3-98). No mesmo sentido: HC

75.338, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 11-3-98, DJ de 25-9-98".

Para o Ex-Ministro Moreira Alves, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 74.6781/SP,

“seria uma aberração considerar como violação do direito a privacidade a gravação pela própria vítima ou por ela autorizada, de atos criminosos, como o diálogo com sequestradores, estelionatários e de todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu apresentou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela[46]”.

Cita ainda o supracitado doutrinador constitucionalista Alexandre de Moraes que o gozo das prerrogativas de ordem individual, para fins de incidência da regra do inciso LVI, do art. 5º, da CF, deve coadunar-se, no caso de agentes públicos ou de particulares em relacionamento com o Estado, com os princípios dispostos no art. 37 da mesma Constituição Federal[47].

Ante a exclusão da ilicitude dos elementos probatórios, quando obtidos nestas circunstâncias, há quem diga que o inciso LVI do Art. 5º, da CF, tem aplicação absoluta e, assim, não admitiria qualquer ponderação sobre a aceitação ou não da prova adquirida por meios ilícitos, pois, segundo Zélio Maia da Rocha[48], *“quando alguém produz uma prova em legítima defesa, exclui-se a ilicitude, para torná-la lícita. Nesta situação, não há falar em prova ilícita admitida, mas sim em prova produzida de forma lícita e, portanto, admissível”.*

2.2.3.2 A admissibilidade das provas ilícitas a favor do réu no processo penal

Assevera Norberto Avena^[49] que, apesar da proibição constitucionalmente determinada, a doutrina e a jurisprudência majoritárias há longo tempo têm considerado proporcionalmente razoável a utilização das provas ilícitas em favor do réu quando se tratar da única forma de absolvê-lo ou, então, de comprovar um fato importante à sua defesa. Nesta esteira, a previsão legal de inutilização da prova ilícita constante no art. 157, do Código de Processo Penal, deve ser interpretada como uma *faculdade* do juiz.

De acordo com o mesmo autor, entretanto, a doutrina e a jurisprudência dominantes entendem ser inaplicável dita exceção em prol da sociedade, em hipóteses nas quais somente mediante o ilícito se possa comprovar a culpa do réu no cometimento de crimes de ação pública incondicionada, a fim de condená-lo^[50]. Tal entendimento, entendemos, afigura-se desproporcionalmente inadequado, conforme será visto no tópico seguinte. Neste sentido também se posiciona o doutrinador.

2.2.3.3. A utilização da prova ilícita pro societate

A aplicabilidade da teoria da proporcionalidade ou razoabilidade em favor da sociedade fundamenta-se em que os interesses ou direitos da coletividade não poderiam ser sacrificados por interesses ou direitos individuais. Para ilustrar o problema, gostaríamos de comentar um famoso julgamento realizado pela Suprema Corte Canadense, o *Caso Feeney*.

Em virtude de uma investigação de um homicídio, autoridades policiais adentraram a casa do suspeito, o senhor Feeney, após terem batido reiteradas vezes na porta, sem, contudo, obterem resposta. Ao assim fazerem, os mesmos policiais o encontraram dormindo, em ocasião em que observaram que sua bermuda encontrava-se suja de sangue, razão pela qual foi o suspeito preso e informado de seus direitos,

incluindo o direito a um advogado. Porém, não lhe foi informado que poderia permanecer em silêncio, enquanto não constituísse procurador defensor. Na sequência, mesmo sem ter o suspeito nomeado defensor, as autoridades policiais começaram a interrogá-lo imediatamente, além de terem apreendido a bermuda suja de sangue.

Nesta ocasião, ademais, o mesmo suspeito, ainda sem defensor, deu informações suficientes que justificaram o pedido de um mandado de busca e apreensão de determinados itens em sua casa. Concedido o mandado e apreendidos sapatos e cigarros, constatou-se que, examinadas as impressões digitais e as marcas de sapato encontradas no local do crime, aquele suspeito, senhor Feeney, havia cometido o assassinato em questão, razão por que foi então processado e condenado no juízo de primeiro grau.

Chegado o processo na Suprema Corte, esta, em maioria apertada, determinou que a decisão condenatória fosse reformada, inadmitindo as provas obtidas pela polícia na primeira visita à casa do investigado. Argumentou-se que os policiais não portavam mandado de busca que justificasse a entrada não autorizada na casa do suspeito, além de que teria havido falha na comunicação dos direitos deste, o que viciou os elementos probatórios constituídos.

Por conseguinte, uma vez que as circunstâncias justificadoras da concessão do mandando de busca e apreensão foram descobertas ilicitamente, entendeu-se que as demais provas obtidas deveriam também ser inadmitidas, dado que amparadas por mandado judicial tido por desarrazoado. Trata-se da aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Tal fato, após consecutivas decisões em semelhante sentido da Suprema Corte do Canadá, fez nascer o pensamento de que esta havia jurisprudencialmente criado uma regra de *exclusão automática da prova obtida por meios ilícitos*, o que causou revolta em meio à sociedade e à comunidade jurídica canadense.

Argumentou-se que a regra de exclusão automática permite que toda prova seja excluída do processo, mesmo que, em certas hipóteses, a violação aos direitos do acusado dote de excepcional necessidade. Criou-se um sentimento de impunidade em razão de que as decisões da Suprema Corte não estabeleciam a devida mensuração entre as violações realizadas e os benefícios que seriam trazidos ao interesse da comunidade de ver expurgado da sociedade aquele que comprovadamente perturbava a ordem.

Data vênia, não vemos razão por que inadmitir provas obtidas ilicitamente em prol da sociedade, quando, pelo menos, tal for a única maneira de se atender aos legítimos interesses desta. Com a inaplicação do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade *pro societate*, chegaríamos ao absurdo hipotético de não poder ser condenado o indivíduo que confessasse o cometimento de um genocídio e fornecesse detalhes do seu *modus operandi*, absolutamente compatíveis com todos os depoimentos testemunhais e demais elementos probatórios carreados aos autos de um Inquérito Policial, em razão do fato de que o meio da produção de sobredita prova teria infringido direito ou garantia individual do investigado.

Neste sentido, invoque-se analogicamente o conhecido *princípio da supremacia do interesse público*, de acordo com o qual o interesse público, que, neste caso, seria a ordem pública e a responsabilização criminal do delinquente, tem prevalência sobre o particular, que, aqui, consiste nos direitos fundamentais do acusado.

Celso Antônio Bandeira de Mello^[51] faz a distinção entre interesses públicos primários e secundários. Dentre os primeiros estão elencados os interesses imediatos gerais da coletividade (educação, saúde, segurança etc.) e, dentre os segundos, o patrimônio do Estado; ou seja, desta própria coletividade.

A doutrina e jurisprudência vêm afirmando que o princípio da supremacia do interesse público é relativizado em relação aos

interesses públicos **secundários**. O Estado, de maneira alguma, pode deixar de pagar o particular pelo serviço que prestou, usando o argumento de que “em nome do interesse público patrimonial, não se pagará o particular para fins de economia”. O princípio em análise, logo, é referente aos interesses ditos **primários**. Saúde, educação e segurança públicas não devem ceder ao interesse privado. Diz-se, também que, ao priorizar os interesses públicos primários, o Estado acaba por efetivar a preservação dos direitos e garantias fundamentais (interesses privados). Assim, o interesse público deverá sim prevalecer sobre direitos e garantias fundamentais; desde que, com proporcionalidade e razoabilidade, os interesses públicos a prevalecerem sejam os primários.

2.3 Nossa posição sobre a tese da inadmissibilidade

Antes de qualquer coisa, gostaríamos de deixar claro que nossa posição, exposta neste tópico, refere-se à teoria da inadmissibilidade enquanto tese, e não como regra do ordenamento jurídico. As considerações sobre o regramento em questão serão feitas no tópico seguinte. Quanto à tese ora analisada, mencionamos que o nosso posicionamento não se limita à prova utilizada no processo penal, estendendo-se também a todas as demais modalidades de exercício de jurisdição.

Em que pese à vedação da admissibilidade das provas obtidas ilicitamente ter origem e fundamento na abusiva atuação do Estado em tempos de ideais absolutistas, nos quais os poderes eram concentrados nas mãos de um monarca, tecnicamente não mais vemos sentido em estender ao conteúdo da prova o vício que contaminou o meio com que foi obtida.

Frise-se que a evolução dos sistemas jurídicos alcançou o estágio do que hoje se chama de Estado Democrático de Direito, no qual o poder não se encontra concentrado na mão de uma autoridade uniforme, além de que se encontram diversas maneiras disponíveis de se coibir e fiscalizar a atuação das autoridades públicas. Exemplificativamente, cite-se o sistema constitucional de freios e contrapesos, através do qual os

três poderes da República controlam-se mutuamente, sem mencionar ainda os diversos órgãos fiscalizadores e protetores das garantias e liberdades individuais e públicas, como o Ministério Público, além de variados remédios previstos pelas constituições de tradição social-democrática.

No Brasil, quanto à responsabilização de agentes públicos pelos atos praticados no exercício de suas funções, cite-se a existência de crimes de responsabilidade, que recaem sobre os agentes políticos, e de atos de improbidade administrativa, que recaem sobre os agentes públicos de uma maneira geral, além da responsabilidade civil objetiva do Estado disposta no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. De acordo com este dispositivo, 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.

Quanto aos remédios constitucionais aos quais se pode recorrer, citem-se o Mandado de Segurança (CF, art. 5, LXIX); o Habeas Data (CF, art. 5, LXXII); Mandado de Injunção (CF, art. 5, LXXI); a Ação Popular (CF, art. LXXIII); e a Ação Civil Pública (CF, art. 129, III), para cuja proposição, de acordo com a Lei 7347/85, têm legitimidade o Ministério Público, a Defensoria Pública, pessoas jurídicas de direito público interno e associações que, para tal, atendam os requisitos legais; além de diversos outros direitos e prerrogativas eventualmente conferidos.

Considere-se que prova é o *meio* através do qual se atesta a veracidade de alguma circunstância tida como juridicamente relevante para o desfecho de uma relação processual. Através deste meio, procura-se demonstrar a ocorrência de elementos circunstanciais que embasem o pedido do autor ou a defesa do réu, a fim de que se possa auferir, caso a caso, a procedência ou a improcedência de determinado pleito, de maneira que reste aplicada a efetiva justiça na atividade jurisdicional.

Observe-se, ademais, que, constituindo a prova um *meio*, consiste em um *fim imediato* o seu conteúdo. Por esta razão, caso ilícita

a prova, não se poderia estender ao seu conteúdo a ilicitude que viciou os meios com que foi obtida. Destarte, concordamos que não se deveria confundir a *forma* com a *matéria*.

Por este motivo afirma-se que o teor da prova e sua origem devem ter apreciação em esferas próprias e distintas. Portanto, o valor da prova haveria de ser apurado na seara processual, enquanto o comportamento ilegal de que se originou requereria avaliação no âmbito do direito substantivo. Deste modo, há salientar que a tutela dos direitos humanos e fundamentais deve ser feita na égide própria, não na órbita do direito instrumental, motivo pelo qual se torna conveniente distinguir a prova do seu efetivo conteúdo ou teor revelador. Neste sentido, interessante citar o entendimento adotado no Reino Unido, onde, havendo uso, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos, cabe ao juiz, com discricionariedade, a aceitação, no caso concreto, daquela prova. Adota-se aqui a teoria da validade da prova^[52].

A fim de se inibir atos violadores de direitos fundamentais na produção ou obtenção de meios probatórios, entende-se que a melhor saída seria a qualificação ou a tipificação, criminal ou não, das condutas desta natureza, bem como a adaptação da legislação processual com vistas à celeridade dos procedimentos de apuração civil, criminal ou administrativa dos incidentes nas condutas tipificadas.

Esta foi a orientação adotada pela Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos, que, ratificada pelo Brasil em 1992, dispõe em seu art. 2º(3) que os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente pacto tenham sido violados, possa dispor de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoa que agiam (*sic*) no exercício de funções oficiais (a); garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão (b); e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial (c); garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso.

Certo que o Estado deve respeitar e garantir os direitos fundamentais dos seus cidadãos e daqueles que transitam pelo território nacional, devendo ser repudiadas condutas violadoras destes direitos na atividade processual de produção probatória. Para tal, mostre-se rigor na responsabilização dos agentes públicos respectivos, mas não se inadmita a prova que, mesmo ilícita, traga à tona a verdade almejada!

Assim, se uma autoridade policial, à noite, sem mandado judicial, adentrasse a casa de um suspeito da prática do crime de petrechos para falsificação de moeda (CP, art. 291) e, nestas condições, apreendesse os objetos necessários, tais deveriam ser admitidos como elementos probatórios se comprovassem ter o investigado praticado o delito. Neste caso, o mais correto seria que o agente público fosse responsabilizado na seara respectiva pela prática dos seus atos.

Igual solução daríamos à hipótese em que, em âmbito cível, um particular ajuizasse ação anulatória de negócio jurídico com fundamento na ocorrência de dolo, ilícito civil de que teria se valido a parte contrária para fins de conclusão do referido negócio. Imagine-se que o autor consiga ilegalmente instalar uma câmera e uma escuta no escritório do requerido, diante das quais este, em diálogo com terceiro, assumia ter, de fato, agido com má-fé. Indubitável que, em tese, o autor deve responder por seus atos. Não se poderia, entretanto, fechar os olhos para a verdade revelada. Dissemos “em tese” porque há de ser excepcionada a ocorrência de legítima defesa, hipótese em que a infringência dos direitos do réu seria razoavelmente necessária, conforme explanado.

Destarte, em linhas gerais, a prova obtida ilicitamente ironicamente seria, em qualquer caso, por excelência, a própria prova da ilicitude cometida pela parte que dela se valeria. Assim, não ficaria desprotegido o direito da parte contra quem se produziria o elemento probatório, dado que esta poderia reclamar tudo o que lhe fosse de direito.

Tem-se, ainda, que, ante o exposto, relativamente à teoria dos frutos da árvore envenenada, não haveria razão por que negar eficácia à

prova lícita pelo simples fato de eventualmente derivar de uma ilícita! Imagine-se, exemplificativamente, que, através de uma interceptação telefônica não autorizada judicialmente (ilícita, portanto), descubra-se uma testemunha que, intimada, presta o competente depoimento por si só hábil a permitir a condenação do acusado. Pelos mesmos motivos acima expostos, entendemos não haver motivo por que não se prestar eficácia a dita prova testemunhal, ainda mais considerando que, em sua essência, esta seria lícita, além de que não há vedação constitucional de provas que, obtidas licitamente, tenham derivado de provas ilicitamente obtidas ou produzidas.

A este respeito, saliente-se que essa teoria (frutos da árvore envenenada), importada do direito norte-americano, encontra certas limitações em seu próprio país de origem. Para que a chamada prova ilícita por derivação não seja admitida, deve-se observar o *nexo de causalidade*, ou seja, a contaminação só atinge as provas que tenham efetivamente derivadas da prova ilícita (*hypothetical independent source rule* ou *independent source limitation*); a *descoberta inevitável* (*inevitable discovery*), ou seja, a prova deve ser admitida sempre que se demonstre que sua obtenção por meios lícitos seria inevitável; *limitação da descontaminação* (*purged taint limitation*), quando o vício pode ser convalidado mediante acontecimento posterior, como ocorre na confissão espontânea da parte[53].

Portanto, entenderíamos que a prova, tecnicamente, mesmo obtida ilicitamente, deveria ser genericamente reconhecida no ordenamento jurídico como válida e eficaz, assegurado o direito de ação contra o violador, com fundamento em sua responsabilização, ressaltando-se excepcionalíssimas hipóteses nas quais, consideradas as peculiaridades do caso concreto, a inadmissibilidade fosse a única sanção justa e eficazmente apta a coibir o comportamento que culminasse em ilicitude.

Cite-se o exemplo em que o Estado, mesmo havendo diversos meios lícitos de se atestar a veracidade da alegação pretendida, indevidamente viola a intimidade e o domicílio de um contribuinte, para fins de comprovação da existência de obrigação tributária e,

intencionalmente, de maneira corrompida e articulada, retarda ou inviabiliza os trâmites necessários ao pagamento da indenização devida ao contribuinte, após admitida a prova e culminado o dever de indenizar em razão da prática de ilicitude. Patente a hipossuficiência do contribuinte frente ao poder, corrupção e má-fé do Estado, razão pela qual entendemos legítima a inadmissibilidade da prova, considerando os precípuos fins a que se destina a tese da inadmissibilidade, analisada neste capítulo.

Em outra situação, imagine-se que o contribuinte tenha sonegado os impostos em razão de graves e reais dificuldades financeiras ocorridas em virtude de caso fortuito ou força maior. Suponha-se, nesta hipótese, que, violada a intimidade e o domicílio do cidadão, a Fazenda Pública consiga atestar a existência e a exigibilidade da obrigação tributária e que, ao eventualmente admitir a prova, no mesmo ato o juiz reconheça a ilicitude e a ela culmine o dever de indenizar. Imagine-se que o valor da indenização seja consideravelmente inferior ao valor sonegado, o contribuinte tenha executada a sua obrigação, e, por conseguinte, entre em situação de extrema necessidade e pobreza ao arcar com suas dificuldades financeiras. Entendemos que, novamente, a melhor solução seria a inadmissibilidade da prova, pois não se tem por razoável que o indivíduo, cumulativamente, tenha um direito fundamental violado pelo próprio Estado, e, em razão disso, sofra os efeitos de drásticas condições financeiras para cuja ocorrência não tenha concorrido.

Conclusivamente, entendemos que, em princípio, qualquer prova deveria poder ser admitida em sede processual, independentemente dos meios com que fosse obtida. A admissibilidade, a nosso ver, deveria ser a regra e a inadmissibilidade, a exceção. Ressalte-se, entretanto, que o tratamento excepcionalizador conferido à inadmissibilidade das provas ilícitas implicaria evidente afronta ao ordenamento jurídico, uma vez que a referida tese encontra-se erigida como regra constitucional. Nestas circunstâncias, reiteramos o questionamento formulado na introdução deste trabalho: dada a precípua função e importância da prova no processo, a que conclusões se poderia chegar quanto à regra disposta no

inciso LVI do Art. 5º da Constituição da República, de modo a tornar o mais ampla possível a admissibilidade, no processo, dos elementos probatórios formalmente obtidos por meios ilícitos?

2.4 Nossa interpretação do art. 5º, LVI, da Constituição Federal

A Constituição de 1988, conhecida como *Constituição Cidadã*, caracteriza-se pelos modernos avanços de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e mundial. Decididamente, o texto constitucional se destina à plena realização da cidadania e democracia, de maneira livre e igualitária. A atual ordem erigiu o Estado Democrático de Direito, que, basicamente, significa a exigência de reger-se por normas democráticas, bem como pelo respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, tanto mediante posturas garantidoras como não invasivas. Entretanto, deve-se diferenciar a teoria da realidade; ou seja, o “dever ser” do “ser”.

Ora, vivemos em um país onde a democracia é usada como argumento para a prática indiscriminada de um sem número de atos e omissões, de natureza governamental ou não! A política no Brasil é na verdade um cenário teatral no qual o sistema constitucional é usado não para a real e efetiva representação dos fatores reais do poder de uma sociedade, mas para a satisfação de interesses singulares, especificamente considerados, de membros partidários e de minoritários grupos que eventualmente possam ter significativo controle e influência sobre aqueles. Os primados da cidadania e da democracia, no contexto da política nacional, infelizmente, só se cumprem quando conveniente e oportuno! Em linhas muito gerais, faltam hospitais; serviços públicos de qualidade; fiscalização dos que desempenham estes serviços; profissionais bem qualificados e bem remunerados e, principalmente; educação.

Ao lado desta conjuntura e, de certa forma, em razão dela, resta deflagrada a desigualdade econômica e jurídica entre os cidadãos, e instaurada a injustiça social, razão pela qual o Brasil é considerado um

dos países mais desiguais do mundo. Aliado a isto, além de faltarem magistrados, o Poder Judiciário se vê incapaz de atender à demanda que lhe é conferida. Assim, processos demoram anos para ter desfecho, crimes prescrevem e ficam impunes. Mencione-se ainda que o próprio Estado, na maioria das vezes como réu, é o principal usuário dos serviços jurisdicionais, dotando de diversas prerrogativas processuais que ainda mais tornam morosos os processos em que figura como parte, emperrando ainda mais os afazeres do Judiciário.

Este, destarte, o contexto em que se insere a regra da inadmissibilidade que ora se analisa. Vive-se em circunstâncias fáticas nas quais a ordem constitucional não corresponde à realidade, não em virtude de técnica jurídico-constituinte, mas por causa da maneira inconveniente com que atuam aqueles que têm o dever de cumprir a Constituição. Ademais, não se culpe tão somente o Estado pelos males que permeiam a vida política brasileira. Este é o principal responsável, mas não o único! Inimaginável o número de hipóteses nas quais particulares invadem a esfera jurídica de terceiros, com a certeza de que não sofrerão sanção alguma, já que, em tese, não poderão ter seus direitos fundamentais violados!

Ademais, certo é que o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, não faz distinção quanto à natureza do procedimento no qual deverá ser inadmitida a prova ilícita, nem, quanto ao destinatário da norma, se este seria tão somente o Estado ou o mesmo e os particulares em geral. No entanto, viu-se que a regra da inadmissibilidade tem como objetivo prevenir o cidadão de ter violadas, pelo Poder Público, suas prerrogativas fundamentais constitucionalmente conferidas.

O Estado tem, mais do que ninguém, o dever de respeitar e assegurar o gozo destes direitos, razão pela qual, a nosso ver, dita regra da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos só se justifica na medida em que se pretende coibir a atuação abusiva do Estado em sede de procedimentos administrativos ou judiciais, como na persecução criminal ou na apuração de

responsabilidades e de eventuais obrigações tributárias. Entende-se que, em princípio, até mesmo nestes casos as autoridades competentes não devem violar os direitos e garantias individuais.

Fazemos, todavia, uma ressalva: vislumbramos ser legítima a violação pelo Estado quando - dentro dos limites da razoabilidade e proporcionalidade, considerando o bem jurídico protegido, o interesse público e o bem sacrificado - esta for, comprovada, estrita, conveniente e oportunamente a única maneira de se provar o alegado. Em virtude de se ter por evidente que toda interpretação deve se coadunar com o ordenamento jurídico-constitucional como um todo, a responsabilização, decorrente da ilicitude, seria, portanto, inexistente nas já estudadas hipóteses em que se invocam os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que restaria excluída a prática de ilicitude.

Desta forma, agiria em *estrito cumprimento do dever legal* o agente público que, nestas hipóteses, provasse a circunstância em questão, mesmo que em violação aos direitos do investigado. Ilustre-se o problema com o seguinte exemplo, trazido por Fernando Pedroso^[54]:

“Suponha-se que o réu de determinado processo possua um diário íntimo, no qual registre e relate os atos marcantes de sua vida. Suponha-se, outrossim, que esse diário lhe tenha sido subtraído pela autoridade policial, ou tenha sido objeto de busca e apreensão ilegais, encontrando-se, assim, acostado aos autos do processo-crime instaurado. Suponha-se, ainda, que, na data do crime irrogado ao acusado, encontre-se em seu diário a descrição pormenorizada do delito, que pelo imputado é em juízo negado. Em tal conjuntura, e concluindo o exame grafotécnico ser de seu punho a matéria escrita e confessando o acusado pertencer-lhe o diário, deveria ser a prova nele estampada rotulada como inadmissível porque obtida ilicitamente,

absolvendo-se o réu da acusação em total antagonismo com a verdade apurada?”.

Se, neste caso esta fosse, comprovadamente, a única maneira conveniente e oportunamente disponível de se provar, não haveria falar em ilicitude, devendo o acusado sofrer a condenação que lhe coubesse. Perceba-se que, nesta hipótese, não seria razoável que a sociedade, interessada na segurança pública e na responsabilização criminal do delinquente, fosse punida com a absolvição do acusado tão somente em razão da atuação do Estado, que, através do agente respectivo, violou direitos do acusado. Nos demais casos, além de inadmitida a prova, emergiria nítido o dever estatal de indenizar a parte contra quem aquela foi produzida, mesmo que restasse ou não provada a circunstância pretendida.

Entendemos que o livre convencimento motivado só pode sofrer as limitações inevitavelmente indispensáveis à manutenção dos fins almejados pela norma constitucional em questão, uma vez que é da essência da prova proporcionar ao conhecedor, no caso o magistrado, o convencimento acerca de determinado fato ou circunstância. O convencimento apenas se adquire e à conclusão apenas se chega, independentemente da vontade do convencido, o qual tão somente pode furtar-se da análise da prova: o magistrado se convence da veracidade de certa alegação ou da ocorrência de determinada circunstância, mesmo que o elemento probatório respectivo tenha sido ilicitamente obtido. A ilicitude recai sobre a forma de obtenção, não sobre o conteúdo da prova.

Tem-se que o inciso XXXV do Art. 5º, da CF, dispõe que a *lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*, o que evidentemente estaria sendo violado quando da inadmissibilidade da prova ilícita, em hipóteses diversas das quais se tem por justificada a regra em questão, quais sejam, a abusiva intromissão do Estado nos direitos e garantias individuais.

Nesta perspectiva, não vemos razão por que tornar ineficaz a prova obtida ilicitamente pelo particular, independentemente do tipo de procedimento em que tal é feito, já que o ordenamento jurídico traz respaldos para a responsabilização daqueles que infringem os direitos alheios, pois, uma vez violada a prerrogativa individual constitucional, nada impede que o sujeito do direito violado possa recorrer ao Judiciário, em busca de apuração e persecução do ato ilícito e da respectiva indenização pelos danos que sofrer, dado que, novamente, *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Em tal hipótese, a própria prova ilicitamente produzida, ironicamente, seria por excelência a incontroversa prova do direito de quem sofresse os efeitos da admissibilidade de provas ilicitamente obtidas. Desta forma, quem se valesse deste tipo de prova deveria necessariamente suportar as inevitáveis conseqüências do seu ato, ressalvadas as hipóteses de proporcionalidade e/ou razoabilidade.

Tal é o entendimento adotado na doutrina e jurisprudência norte-americanas. Nos Estados Unidos, as razões para a exclusão, em julgamentos criminais, de provas obtidas ilicitamente (em irrazoável busca e apreensão oficial) é tida por inaplicável em ações civis, nas quais as provas são obtidas por particulares, em razão de que nenhuma conduta ilegal do Estado ou violação constitucional estão envolvidos na produção probatória, bem como porque os remédios civis e criminais utilizáveis contra o produtor da prova parecem adequados para resguardar seus direitos respectivamente violados[55].

Podem alguns argumentar que a admissibilidade da prova ilícita pode implicar o desestímulo da boa-fé no processo e, conseqüentemente, o abarrotamento do Judiciário com novas demandas de responsabilização civil e criminal. Para tanto, sugerimos a adaptação da legislação processual com vistas à celeridade, como, exemplificativamente, o tratamento da responsabilização civil como um incidente processual, sem a

necessidade de instauração de novos autos. Não se deixe, por razões de conveniência político-administrativa, de tutelar direitos faticamente verificados. Problemas jurídicos se resolvem juridicamente e, problemas políticos ou administrativos, respectivamente, política e administrativamente.

Não pretendemos estimular a violação dos direitos da parte contrária por parte de quem pretende provar suas alegações. Repudiamos condutas abusivas e violadoras de direitos individuais, razão por que deve sofrer a responsabilização respectiva quem assim age, não se estendendo ao conteúdo probatório o vício da ilicitude de que padece o meio de produção.

Também não se procura defender a ideia de que meios extorsivos, como a tortura, poderiam ser utilizados para a obtenção de elementos probatórios, dado que, à semelhança do que ocorre na declaração de vontade nos de negócios jurídicos, a confissão, em tais hipóteses, seria adquirida mediante coação e, portanto, estaria viciada. Tal implicaria que tal declaração, presumidamente, sequer poderia ser considerada prova.

Em linhas gerais, não subsistiria ainda o argumento de que a regra da proibição da utilização da prova ilícita (Art. 5º, LVI), em razão de ser constitucional, tem eficácia aplicativa absoluta, não admitindo exceções de qualquer ordem, pois, conforme já mencionado, os direitos e garantias individuais não são absolutos e, ademais, são constantemente relativizados ora em razão da aplicação de outros direitos individuais, ora em razão da supremacia do interesse público, conforme ainda ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello. Neste sentido o art. XXIX da Declaração de Direitos Humanos, de acordo com o qual:

1. *Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível;*
2. *No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido*

reconhecimento e respeito aos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática;

3. *Estes direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas.*

Incontáveis são os casos em que se vêm particulares tentando e conseguindo obter vantagens indevidas, sob a utilização de direitos e garantias individuais como escudos protetivos que impedem sua responsabilização: a liberdade de expressão e de pensamento é usada como fundamento para práticas difamatórias, preconceituosas, desrespeitosas e invasivas e o direito à intimidade é pretexto para restarem acobertadas condutas violadoras da esfera jurídica de terceiros!

Nestes termos, mencionamos ainda que nenhuma regra ou entendimento pode ser peremptoriamente aplicado a absolutamente todo e qualquer tipo de caso. Devem-se levar em conta as excepcionais circunstâncias e peculiaridades atinentes ao caso concreto. Toda regra ou entendimento deve admitir exceção.

Estas, entendemos, devem ser as interpretações dadas ao dispositivo constitucional em questão, ainda mais considerando que, consoante foi exposto, os direitos e garantias individuais não são absolutos, não podendo servir de escudos para a prática de atividades invasivas e violadoras das esferas jurídicas de terceiros.

Conclusão

Ante todo o exposto, defendemos que a tese da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, positivada no o art. 5º, LVI, da Constituição Federal Brasileira, deve, em princípio, sob os ditames da proporcionalidade e da razoabilidade, ter sua aplicação limitada às hipóteses nas quais o Estado, nos procedimentos em que, sendo parte, possa vir a

violar direitos fundamentais diante dos quais deva adotar uma posição negativa. Este o fundamento tradicional da tese da inadmissibilidade, estudada neste trabalho: coibir a arbitrária, abusiva e desarrazoada ingerência do Estado nas prerrogativas fundamentais constitucionalmente conferidas aos cidadãos.

Nos demais casos, já que não se confundem o conteúdo da prova e o meio com que esta é obtida, a prova obtida ilicitamente deve ser admitida e ter valorado o seu respectivo teor revelador, salvo se, em excepcionalíssimas circunstâncias concretas, a inadmissibilidade for o único meio de sancionar quem indevida ou injustificadamente desrespeite direitos fundamentais. Por outro lado, deve ser apurada a responsabilidade de quem viola estes direitos, nas hipóteses em que a violação não é proporcional ou razoavelmente um relevante meio de se provar o direito pleiteado.

Propomos nestes termos a modelação interpretativa do inciso LVI do Art. 5º, da CF, o qual, da mesma forma com que continuaria a proteger outros direitos e garantias individuais em âmbito de instrução processual, seria mais compatível com a precípua função da Justiça, a qual, destarte, ficaria isenta de excessiva e desnecessária limitação aos meios de prova faticamente hábeis, por si só, independentemente de sua origem, a trazer a verdade, tão necessária à efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Referências:

ANDREOLI, Christine I. *Admissibility of Illegally Seized Evidence in Subsequent Civil Proceedings: Focusing on Motive to determine deterrence*. Fordham Law Review. Volume 51, Tissue 5, 1983. Disponível em <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4634&context=flr> Acesso em: Jun, 22. 2013;

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal Esquemático*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011;

David H. Taylor, *ARTICLE: Should It Take a Thief?: Rethinking the Admission of Illegally Obtained Evidence in Civil Cases*. Copyright (c) 2003 The University of Texas at Austin School of Law Publication *The Review of Litigation*. Disponível em: <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=22+Rev.+Litig.+625&srctype=smi&srcid=3B15&key=f6fd26f06c5f06e0a9609ab8dc6e09e4>> Acesso em Jun 13, 2013a;

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Volume III*. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 2003;

Evidence Illegally Obtained by Private Persons Held Admissible in State Civil Action. *Columbia Law Review*. Vol. 63, No. 1 (Jan., 1963), pp. 168-175. Published by: <[Columbia Law Review Association, Inc.](http://www.jstor.org/stable/1120673)> Article Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/1120673>>.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhes Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. *As Nulidades do Processo Penal*. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 137-138;

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As provas ilícitas na Constituição*. Livro de Estudos Jurídicos. Instituto de Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro, 1991, v.3;

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 8 ed. São Paulo: LTr, 2010;

MAGALHAES, Maria Cristina Faria. *A evolução da avaliação processual das provas ilícitas*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, jan/jun. 2006. p. 179-194;

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011;

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2004;

Moraes, Alexandre de. *Direito constitucional*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010;

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação Ao Processo do Trabalho*. Saraiva. 6ª Ed. 2011;

NERY JUNIOR, Nelson. *Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1998*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999;

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 2 ed. São Paulo: Método, 2010;

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 6 ed. Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : MÉTODO : 2010;

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova Penal: doutrina e jurisprudência*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;

PRADO, Leandro Cadenas. *Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores*. Niterói, RJ: Impetus, 2006;

Princípios do Direito Administrativo – Aula 3 (6 vídeos). 2009. Princípios do Direito Administrativo[online].Visto em Jun 05, 2013 a. proveniente da World Wide Web: <<http://saber-direito.blogspot.com/2009/06/principios-do-direito-administrativo.html>>;

ROCHA, Zélio Maia da, Das Provas Lícitas e o Supremo Tribunal Federal, Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5222.

SILVA, Cesar Dario Mariano da. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo*. 6 ed. São Paulo : Atlas, 2010. p. 85-86;

SILVA, Bruno Cesar Goncalves da. *DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA POR PARTICULAR NO PROCESSO PENAL*. Disponível em: <http://www.brunocesaradvocacia.com.br/da_prova_ilicitamente_obtida_por_particular.pdf> Acesso em Jun 21, 2013;

SKINNIDER, Eileen. *IMPROPERLY OR ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE: THE EXCLUSIONARY EVIDENCE RULE IN CANADA*. Disponível em: <<http://www.icclr.law.ubc.ca/publications/reports/es%20paper%20-%20exclusionary%20evidence%20rule.pdf>> Acesso em 01 Jun, 2013a;

NOTAS:

[1] Moraes, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

[2] PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova Penal: doutrina e jurisprudência**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 19.

[3] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Método, 2010. p. 378.

[4] AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquemático**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011. p. 468.

[5] SILVA, Cesar Dario Mariano da. **Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo.** 6 ed. São Paulo : Atlas, 2010. p. 85-86.

[6] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume III.** 3 ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 44.

[7] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 2 ed. São Paulo: Método, 2010. p. 383.

[8] *Idem.* p. 383/384.

[9] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação Ao Processo do Trabalho.** Saraiva. 6ª Ed. 2011. p. 274.

[10] *Idem,* p. 389.

[11] HABEAS CORPUS N.º 27.684-AM, Relator: Ministro Paulo Medina, STJ/DJU de 9/4/07.

[12] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** 8 ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 570.

[13] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação Ao Processo do Trabalho.** Saraiva. 6ª Ed. 2011. p. 277.

[14] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 2 ed. São Paulo: Método, 2010. p. 389.

[15] *Idem,* p. 395.

[16] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 32.

[17] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 2 ed. São Paulo: Método, 2010. p. 395-396.

[18] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 42-47.

[19] AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquemático**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011. p. 476.

[20] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Método, 2010. p. 396.

[21] AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquemático**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011. p. 492.

[22] SILVA, Cesar Dario Mariano da. **Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo**. 6 ed. São Paulo : Atlas, 2010. p. 14.

[23] PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. Niterói, RJ: Impetus, 2006. p. 10.

[24] SKINNIDER, Eileen. **IMPROPERLY OR ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE: THE EXCLUSIONARY EVIDENCE RULE IN CANADA**. Disponível em: <<http://www.icclr.law.ubc.ca/publications/reports/es%20paper%20-%20exclusionary%20evidence%20rule.pdf>> Acesso em 01 Jun, 2013a.

[25] AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquemático**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011. p. 504.

[26] PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 6 ed. Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : MÉTODO : 2010. p. 94.

[27] David H. Taylor, **ARTICLE: Should It Take a Thief?: Rethinking the Admission of Illegally Obtained Evidence in Civil Cases**. Copyright (c) 2003 The University of Texas at Austin School of Law Publication The Review of Litigation. Disponível em: <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&cr>>

[awlid=1&doctype=cite&docid=22+Rev.+Litig.+625&srctype=smi&sr
cid=3B15&key=f6fd26f06c5f06e0a9609ab8dc6e09e4>](#) Acesso em
Jun 13, 2013a.

[28] PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. Niterói: Impetus, 2006. p. 16.

[29] SILVA, Bruno Cesar Goncalves da. **DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA POR PARTICULAR NO PROCESSO PENAL**. Disponível em:

Acesso em Jun 21, 2013 a.

[30] MAGALHAES, Maria Cristina Faria. **A evolução da avaliação processual das provas ilícitas**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, jan/jun. 2006. p. 179-194.

[31] SILVA, Cesar Dario Mariano da. **Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo**. 6 ed. São Paulo : Atlas, 2010. p. 81.

[32] GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhes Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades do Processo Penal**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 137-138.

[33] SKINNIDER, Eileen. **IMPROPERLY OR ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE: THE EXCLUSIONARY EVIDENCE RULE IN CANADA**. Disponível em: <<http://www.icclr.law.ubc.ca/publications/reports/es%20paper%20-%20exclusionary%20evidence%20rule.pdf>> Acesso em 01 Jun, 2013a.

[34] *Idem*.

[35] PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova Penal: doutrina e jurisprudência**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 160.

[36] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Método, 2010. p. 400.

[37] AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011. p. 496.

[38] PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal: O Direito de Defesa - Repercussão, amplitude e limites**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 409.

[39] Princípios do Direito Administrativo – Aula 3 (6 vídeos). 2009. Princípios do Direito Administrativo[online]. Visto em Jun 05, 2013 a. proveniente da World Wide Web: <<http://saber-direito.blogspot.com/2009/06/principios-do-direito-administrativo.html>>.

[40] ANDREOLI, Christine I. **Admissibility of Illegally Seized Evidence in Subsequent Civil Proceedings: Focusing on Motive to determine deterrence**. Fordham Law Review. Volume 51, Tissue 5, 1983. Disponível em <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4634&context=flr>> Acesso em: Jun, 22. 2013 a.

[41] MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 278.

[42] NERY JUNIOR, Nelson. **Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1998**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 79.

[43] Mirabete, Julio Fabrini, **Processo Penal**, 18° edição, Ed. Atlas, São Paulo, pg. 255.

[44] Moraes, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 116.

[45] GRINOVER, Ada Pellegrini. **As provas ilícitas na Constituição**. Livro de Estudos Jurídicos. Instituto de Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro, 1991, v.3.

[46] STF – 1 T. – HC n. 74.678/SP – Rel. Min. Moreira Alves, votação unânime, Diário da Justiça, Seção I, 15 ago. 1997. Serviço da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – Ementário n. 1.878-02.

[47] Moraes, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 116.

[48] ROCHA, Zélio Maia da, Das Provas Lícitas e o Supremo Tribunal Federal, Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5222.

[49] AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquemático**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011. p. 500.

[50] *Idem*. p. 501/502.

[51] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 99-101.

[52] PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. Niterói: Impetus, 2006. p. 42.

[53] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Método, 2010. p. 400.

[54] *Idem*. p. 176.

[55] *Evidence Illegally Obtained by Private Persons Held Admissible in State Civil Action*. *Columbia Law Review*. Vol. 63, No. 1 (Jan., 1963), pp. 168-175. Published by: <[Columbia Law Review Association, Inc.](http://www.columbia.edu/~lwr1/columbia-law-review/)>
Article Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/1120673>>.

O TEMPO E O PROCESSO: REFLEXÕES ACERCA DA TENTATIVA DE COIBIÇÃO DO ASSÉDIO PROCESSUAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO FRENTE À TEMPESTIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

BRUNO EDUARDO PEREIRA DE SOUZA: Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros - MG (UNIMONTES). Advogado

RESUMO: O presente estudo busca realizar uma breve reflexão sobre a tentativa de coibição do assédio processual na Justiça do Trabalho frente à tempestividade da tutela jurisdicional. A prática deste instituto deve ser veementemente combatida pelo Judiciário, uma vez que vai de encontro com os princípios processuais do processo inseridos na Constituição Federal de 1988, bem como o princípio da proteção inerente ao processo do trabalho. Isso porque, o assédio processual consubstancia-se pelo exercício reiterado de condutas pelo reclamado que visam à protelação do regular andamento processual, na maioria das vezes, sob a aparência do exercício regular do direito ao contraditório e à ampla defesa. Contudo, a verdadeira finalidade do assediante é dissimulada, pois o resultado desejado é ilícito ou reprovável moral e eticamente, de modo que o reclamante suporta sozinho os efeitos do tempo do processo. Assim, a punição daquele que atua como dolo processual visa contribuir para a efetiva satisfação dos direitos da parte que anseia uma tempestiva tutela jurisdicional, além de contribuir para a concretização do princípio constitucional da duração razoável do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da razoável duração do processo; tempo x processo; assédio processual; Justiça do Trabalho; tempestividade da tutela jurisdicional.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2 DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (CF/88). 2.1 Da teoria dos princípios. A distinção entre princípios e regras. 2.2 Do princípio da razoável duração do processo. 2.3 Princípio do devido processo legal. 2.4 Princípio do devido processo legal. 2.5 Princípio da proteção: peculiar ao direito

processual do trabalho. 3. O TEMPO E O PROCESSO: BREVE ANÁLISE SOBRE A DEMORA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. 3.1 A interação do binômio tempo e processo. 3.2 A morosidade como entrave das garantias da efetividade e da celeridade processuais. 4. O ASSÉDIO PROCESSUAL: AVANÇO OU RETROCESSO NA PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS. 4.1 Conceito de assédio em sentido amplo. Do assédio moral. 4.2 O assédio processual na Justiça do Trabalho: conceito e natureza jurídica. 4.3 A necessidade da reparação do dano processual: fixação de indenização e sua finalidade. 4.4 O assédio processual e a garantia à razoável duração do processo: possibilidade de relativização dos princípios-garantias processuais? 5 CONCLUSÃO. 6 REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

A demora na tramitação dos processos no âmbito da Justiça do Trabalho mostra-se como um grande entrave a adequada satisfação da tutela jurisdicional, devendo ser combatida através de instrumentos voltados a assegurar a razoável duração do processo, assim como a efetivação dos direitos pleiteados em juízo.

Isso porque a positivação do princípio da razoável duração do processo pela Emenda Constitucional 45/2004 - que inseriu o inciso LXXVIII, ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88) - deve-se pela constatação de que morosidade na tramitação do processo, causada pelo uso abusivo pelos litigantes das faculdades processuais, e a demora da entrega da prestação jurisdicional são males que ainda assolam o sistema processual brasileiro.

Nesse contexto, de premente preocupação com o tempo do processo sem dilações indevidas, surgem estudos iniciais sobre a punição ao litigante pela prática do assédio processual, que, como se demonstrará no decorrer do presente trabalho, poderá contribuir para a

tempestividade da tutela jurisdicional, sem que haja alguma violação aos princípios processuais constitucionais, sobretudo, o do contraditório e da ampla defesa.

A opção pelo tema em estudo deve-se pelo fato que a prática do assédio processual tem chamado a atenção dos operadores do direito em decorrência de condutas antijurídicas praticadas no curso da relação processual pelo empregador reclamado que, na maioria das vezes, utiliza-se de artifícios, de “chicanas” e até mesmo de permissivos processuais com a finalidade de embaraçar o regular andamento do feito, de modo que o empregado acaba suportando sozinho todo ônus dos efeitos do tempo do processo.

Nesses casos, percebe-se que o assédio moral oriundo do contrato de trabalho, praticado contra o empregado ultrapassa, os limites da relação de direito material e agora se manifesta na relação de direito processual travada entre empregado e empregador.

Em razão disso, cumprir-se-á averiguar se, em virtude do exercício abusivo pelos litigantes, das garantias e faculdades processuais, protegidas constitucionalmente, deveriam os magistrados harmonizar o direito à ampla defesa em razão do princípio da razoável duração do processo, ambos de índole constitucional, frente à necessidade de coibição do assédio processual na Justiça do Trabalho.

Diante de tal questionamento, revela-se imprescindível o reconhecimento da punição pela prática do assédio processual que visa prevenir e repelir todo tipo de condutas temerárias ao exercício da jurisdição que obstam o regular trâmite processual.

2 DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (CF/88)

2.1 Da teoria dos princípios. A distinção entre princípios e regras

Não resta dúvida que os princípios significam pontos básicos, proposições fundamentais, que servem como ponto de partida, configurando-se como elementos vitais para o próprio Direito.

A palavra princípio deriva-se do latim *principium*, podendo ser traduzida tal expressão como indicativo de começo ou da origem de qualquer coisa (SILVA, 2004, p. 1.094). Configuram-se, pois, os fundamentos do ordenamento jurídico, onde se consolidam as normas originárias ou as leis científicas do Direito. Traçam as noções em que se estrutura o sistema, servido como preceitos fundamentais para a prática e para a defesa dos direitos.

Nesse sentido, destaca-se o entendimento do ilustre professor Celso Antônio Bandeira de Mello, para o qual princípio

é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele fundamental 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 humano. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. É mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra. (1995, p. 538).

Nesta perspectiva, importante destacar que os princípios são vistos como preceitos fundamentais, uma vez que se configuram como uma diretriz - fonte normativa primária do direito - que orienta todo o

sistema jurídico, porquanto integram o direito vigente como normas fundamentais que estabelecem um estado ideal de coisas a ser alcançado.

Segundo Natália Braga Ferreira:

A relevância dos princípios para o Direito se justifica diante da virada ocorrida principalmente a partir da segunda metade do século XX, quando os juristas europeus passaram a reconhecer o caráter normativo dos princípios inscritos na Constituição, que deixaram de ser considerados meras recomendações morais, tal como postulado pelos teóricos positivistas. (2010, p. 118).

Desde então, começou-se a discutir no universo jurídico a questão da distinção entre princípios e regras, como espécie do gênero norma, tendo em vista que os princípios passaram a ser caracterizados como fonte primária do Direito.

Em razão disso, vários autores realizaram sistematizações sobre o tema na filosofia contemporânea, razão pela qual, não se pode discutir a teoria dos princípios sem conhecer, ao menos que sucintamente, o pensamento de Ronald Dworkin, Robert Alexy, e Humberto Ávila.

A definição de princípios elaborada pelo filósofo do direito, o americano Ronald Dworkin, trouxe relevante contribuição para o meio jurídico, haja vista que este defendeu a aplicação dos princípios como uma forma crítica ao positivismo jurídico.

Segundo Dworkin,

As regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (all-or-nothing), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita,

ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (*dimensiono of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade. (1991 *apud* ÁVILA, 2005, p. 28).

Logo, a diferenciação estabelecida por Dworkin consiste numa distinção relacionada à estrutura lógica, baseada em um sistema classificatório. Consoante aos ensinamentos de Nelson Nery Júnior:

Na obra de Dworkin os princípios conferem coerência e justificação ao sistema jurídico e permitem ao juiz, diante dos *hard cases*, realizar a interpretação de maneira mais conforme à Constituição (*verfassungsmassige Auslegung*). Para tanto, o juiz (Hércules) deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que possa dar coerência aos precedentes do *common law* (direito consuetudinário) e, nos termos em que esses precedentes se justificam por meio de princípios, o juiz tem de construir também um esquema que justifique tudo isso do ponto de vista constitucional e legal. (2010, p. 26).

O filósofo do direito, o alemão Robert Alexy, sob a inspiração das reflexões de Ronald Dworkin, aperfeiçoou ainda mais o conceito de princípio elaborado por este. Alexy entende que,

os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Assim, os princípios são mandamentos de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e de que seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostas. (2002 *apud* NERY JÚNIOR, 2010. p.25).

A partir de tais premissas, o filósofo alemão revela a existência de uma relação conflituosa no caso de colisão entre princípios, aduzindo que, neste caso, a resolução desse conflito não ocorre em razão da prevalência de um princípio sobre o outro, mas pela ponderação entre os princípios em colisão, segundo as circunstâncias fáticas do caso concreto.

Desse modo, tem-se que,

essa espécie de tensão e o modo como ela resolvida é o que se distingue os princípios das regras: enquanto no conflito entre regras é preciso verificar se a regra está dentro ou fora de determinada ordem jurídica (problema do dentro ou fora), o conflito entre princípios já se situa no interior desta mesma ordem (teorema da colisão). (1985 *apud* ÁVILA, 2005, p. 29).

Alexy, diferentemente de Dworkin, utiliza-se do critério qualitativo para distinguir as regras e os princípios, destacando o aspecto deontológico dos princípios. Aduz:

tanto os princípios como as regras são as normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas como permitido, proibido e

obrigatório. Os princípios como as regras, são razões para juízos concretos do dever ser, ainda que tenham fundamentos de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre dois tipos de normas. (2001 *apud* LEITE, 2011, p. 55).

Se por um lado Alexy vê os princípios como mandamentos de otimização, de modo diverso, afirma serem as regras mandamentos de determinação que, no caso concreto, podem ou não ser cumpridas, a depender das circunstâncias fáticas. Desse modo, as regras devem ser observadas do mesmo modo como são exigidas ou estão positivadas no ordenamento jurídico, posto que, quando aplicadas determinam um resultado peremptório ao litígio.

A partir da análise do pensamento de Ronald Dworkin e de Robert Alexy, Humberto Ávila enfrenta o tema na sua obra “Teoria dos Princípios”, estabelecendo a seguinte distinção entre regras e princípios:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (2005. p. 70).

Ávila leciona que, em virtude do caráter axiológico, os princípios seriam também dotados de teor normativo, haja vista que, não obstante possuírem como dever imediato a implementação de um estado ideal de coisas, como dever mediato, os princípios orientam a adoção de uma conduta necessária. Assim:

Os princípios remetem o intérprete a valores e a diferentes modos de promover resultados. Costuma-se afirmar que os valores dependem de uma avaliação eminentemente subjetiva. Envolve um problema de gosto (*matter of taste*). Alguns sujeitos aceitam um valor que outros rejeitam. Uns qualificam como prioritário um valor que outros reputam supérfluo. Enfim, os valores, porque dependem de apreciação subjetiva, seriam ateóricos, sem valor de verdade, sem significação objetiva. Como complementa George Henrik von Wright, o entendimento de que os valores dependem de apreciação subjetiva deve ser levado a sério. Mas disso – e aqui começa o nosso trabalho – não decorrem nem a impossibilidade de encontrar comportamentos que sejam obrigatórios em decorrência da positividade de valores, nem a incapacidade de distinguir entre a aplicação racional e a utilização irracional desses valores. (2005. p. 56-57).

Há de se destacar que, não obstante os princípios se relacionarem com os valores, ambos não se confundem. Se por um lado, os princípios se aproximam dos valores na medida em que os estabelecimentos de fins almejados pela sociedade implica um estado ideal que se quer implementar, por outro lado, os princípios se distanciam dos valores na medida que estes situam-se no plano axiológico e aqueles no plano deontológico estabelecendo normas de condutas a serem observadas – aí se aproximando das regras – para o alcance desse supramencionado estado ideal de coisas.

Em se tratando do teor normativo dos princípios, à luz da teoria dos princípios, não há com olvidar que, atualmente, mostra-se indiscutível que estes são uma espécie do gênero norma jurídica, ou seja, são reconhecidos como norma. É possível pleitear um direito com base somente em um princípio. Disso decorre o reconhecimento da eficácia normativa destes. Portanto, no direito contemporâneo, os princípios não podem ser mais vistos como simples técnica de integração de lacunas - como eram outrora considerados - mas sim, juntamente com as regras, como espécies normativas.

Por fim, apesar da dicotomia existente, que levou grandes estudiosos do direito a discutir sobre o assunto, não há como se desconsiderar que as regras e os princípios não se excluem, pelo contrário, como espécies normativas, se harmonizam – não há sobreposição de uns sobre os outros - pois ambos se completam, e, por isso, na aplicação da lei ao caso concreto, devem ser levados em consideração conjuntamente para a melhor solução dos conflitos, propiciando, assim, justiça na decisão no órgão judicante.

2.2 Do princípio da razoável duração do processo

É certo que a razoável duração do processo, mais que um princípio, constitui-se em um direito fundamental inserido no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo dispõe José Afonso da Silva, os direitos fundamentais podem ser entendidos como

princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem

ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente concretizados. Do *homem*, não como macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*. (2005, p. 178) (Grifos no original).

No Brasil, em decorrência da promulgação da Emenda Constitucional 45 (EC/45), de 08.12.2004, que promoveu a chamada “Reforma do Judiciário”, houve a consagração - como garantia fundamental - do princípio da razoável duração do processo, que passou a ter *status* constitucional previsto expressamente no art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, que assim dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação” (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

Não obstante o legislador pátrio ter inserido o novo dispositivo legal somente com o advento da EC/45, verifica-se, como assevera Schlette, que “as queixas com relação ao tempo de duração dos processos judiciais devem ser tão antigas como a própria Justiça” (1999 *apud* ARRUDA). Desse modo, tal princípio foi inserido no ordenamento pátrio, pela constatação de que morosidade na tramitação do processo e a demora da tutela jurisdicional são males que ainda assolam o sistema processual brasileiro.

Nesse diapasão, vê-se que o legislador preocupou-se não somente com a questão do acesso à Justiça aos jurisdicionados, mas também, que este acesso seja célere, que tenha um tempo razoável de duração em sua tramitação.

Gilmar Mendes, ao dispor sobre esse princípio, assevera que:

É certo, por outro lado, que a pretensão que resulta da nova prescrição não parece estar além do âmbito da proteção judicial efetiva, se a

entendermos como proteção assegurada em tempo adequado. A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como também compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais. (...)

Assim, tendo em vista a indissociabilidade entre a proteção judicial efetiva e prestação jurisdicional em prazo razoável, e a ausência de autonomia desta última pretensão, é que julgamos pertinente tratar da questão relativa à duração indefinida ou desmesurada do processo no contexto da proteção judicial efetiva. (2010, p. 597-598).

Dentre os primeiros diplomas legais supranacionais que se preocuparam em inserir o direito ao processo sem dilações indevidas destaca-se o célebre artigo 6º, item 1, da Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma no dia 04.11.1950, que tem a seguinte redação:

Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida. (CRUZ E TUCCI, 2011, p. 198).

Do mesmo modo, o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos) de 22.11.1969, e incorporada no ordenamento pátrio pelo Decreto 678/92, prevê, em seu artigo 8, item 1, tal princípio. Assim estabelece:

[...] Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, **trabalhista**, fiscal ou de qualquer outra natureza. [...] (grifou-se) (BRASIL).

Percebe-se que, a partir desses diplomas, o direito ao processo sem dilações indevidas foi erigido como direito subjetivo constitucional, de todos os membros da comunidade à tutela jurisdicional célere, dentro de um prazo razoável. Nesse ponto, há de se destacar que o princípio ora tratado é corolário do princípio do devido processo legal, contudo, por uma questão didática será discutido antes deste em virtude do objeto do presente estudo.

De acordo os ensinamentos de José Rogério Cruz e Tucci,

efetivou-se, outrossim, ao longo do tempo, a necessária exegese da abrangência do supramencionado dispositivo, tendo-se, unicamente, como dilações indevidas, os atrasos ou delongas que se produzem no processo por inobservância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual de outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado, e, sempre sem que aludidas dilações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários. (2011, p. 198).

A aferição da razoabilidade de tramitação do processo, mostra-se difícil fixar, *a priori*, uma metodologia específica por se tratar de um conceito vago e indeterminado. Contudo, pode ser verificada a partir de critérios que levem em consideração as circunstâncias de

tempo e lugar, já que, não resta dúvida, que a delonga de um processo judicial varia de acordo com a localidade.

Assim, para dar concretude a este princípio fundamental, cabe ao juiz, no caso concreto, estabelecer critérios com a finalidade de se mensurar a duração razoável do processo de acordo com critérios objetivos de forma a impedir subterfúgios dilatatórios utilizados pelos litigantes.

Nelson Nery Júnior define que os critérios são:

a) a natureza do processo e complexidade da causa; b) o comportamento das partes e de seus procuradores; c) a atividade e o comportamento das autoridades judiciárias e administrativas competentes; d) a fixação legal de prazos para a prática de atos processuais que assegure efetivamente o direito ao contraditório e ampla defesa. (2010. p. 320).

Logo, percebe-se que a duração razoável do processo trata-se de um conceito indeterminado e que carece de ser preenchido, a depender das circunstâncias fáticas, pelo juiz para garantir a tempestividade da tutela jurisdicional às partes.

Importante ressaltar que, de acordo com a complexidade do processo pode haver certa “demora”, contudo, plausível, necessária ao regular desenvolvimento do feito, tendo em vista aquele ser eminentemente dialético. O que se mostra inaceitável é a duração exagerada em nítida afronta aos princípios constitucionais do processo.

Atualmente, percebe-se que as partes processuais, sobretudo, o reclamado na Justiça do Trabalho, têm procedido de modo temerário ao exercício da jurisdição, valendo-se das próprias faculdades processuais para a obtenção de fins ilícitos ou eticamente reprováveis, retardando o procedimento com o intuito de prejudicar a parte adversa.

Assim, a fixação de sanções – por assédio processual – pelos magistrados aos atores envolvidos na relação jurídica estaria não só prestigiando o princípio da razoável duração do processo, mas também os demais princípios constitucionais.

2.3 Princípio do devido processo legal

Segundo o processualista Nelson Nery Júnior, o princípio do devido processo legal seria a base sobre o qual todos os outros princípios e as regras se sustentam. Desse modo,

bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies. (2010. p. 320). [Grifos do original].

Dessa maneira, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da razoável duração do processo, seriam manifestações do princípio do devido processo legal.

Aduz Nelson Nery Júnior que,

o primeiro ordenamento que teria feito menção a esse princípio foi a *Magna Carta* do rei João Sem-Terra, do ano de 1215, quando se referiu à *law of the land*, sem, ainda, ter mencionado expressamente a locução *devido processo legal*. O termo hoje consagrado, *due process of Law*, foi utilizado somente em lei inglesa de 1354, baixada no reinado de Eduardo III, denominada *Statute of Westminster of the Liberties of London*. (2010, p. 80). [Grifos no original].

O princípio ora discutido também encontra suas bases no *due process of law*, no direito norte-americano. No ordenamento jurídico brasileiro está elencado no rol dos direitos fundamentais do artigo 5º, da CF/88, especificamente, no inciso LIV, *in verbis*: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL). Logo, seja judicial ou administrativo, o processo deve propiciar aos litigantes e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os recursos e meios inerentes, a teor do que consta no artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna.

Leciona Carlos Henrique Bezerra Leite que,

o princípio ora focado não se restringe ao terreno processual (*procedural due process of law*), porquanto os valores vida e liberdade e propriedade também são ínsitos ao direito material. Daí a afirmação, por exemplo, de que o princípio da autonomia privada encontra fundamento no sentido substantivo do princípio do devido processo legal (*substantive due process*). (2011. p. 61). [Grifos no original].

É possível asseverar que a doutrina identifica duas dimensões do princípio do devido processo legal: a dimensão material ou substancial (*substantive due process*) e a dimensão formal ou processual (*procedural due process of law*).

A dimensão substancial do princípio do devido processo legal foi, originalmente, desenvolvida nos Estados Unidos da América (EUA) e, posteriormente, adotada pelo Brasil. Contudo, no ordenamento jurídico pátrio, esta dimensão foi modificada criando-se uma conceituação diferente daquela vista nos EUA. Neste país, dimensão material é fonte de proteção dos direitos fundamentais implícitos, uma vez que o seu texto constitucional não prevê um rol exaustivo de direitos como o brasileiro.

No Brasil, é consolidado o entendimento que essa dimensão é vista como uma fonte dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) declinou sobre o tema na decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, no Recurso Extraordinário n. 374.981, em 28.03.2005, publicada no Informativo do STF n. 381, veja-se:

Não se pode perder de perspectiva, nesse ponto, em face do conteúdo evidentemente arbitrário da exigência estatal ora questionada na presente sede recursal, o fato de que, especialmente quando se tratar de matéria tributária, impõe-se ao Estado, no processo de elaboração das leis, a observância do necessário coeficiente de razoabilidade, pois como se sabe, todas as normas emanadas do Poder Público devem ser ajustar à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do “*substantive due process of law*” (CF, art. 5º, LIV), eis que, no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 160/140-141 – RTJ 178/22-24, v.g.): “(...) o princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of Law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. (...) (Grifos no original).

Ada Pellegrini Grinover assevera que “a cláusula *procedural due process of law* nada mais do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos” (*apud* NERY JÚNIOR, 2010. p. 87).

Assim, a dimensão formal do princípio do devido processo garante vários direitos que dizem respeito à validade do processo, sendo fonte de direitos processuais. Daí, ser verdadeira a afirmação que os outros princípios processuais constitucionais decorrerem deste. Não se pode olvidar que, para a tutela jurisdicional seja adequada e justa, pressupõe-se que a o desenvolvimento do processo seja devido, ou seja, que o provimento seja construído de modo bilateral, efetivo, célere, sem delongas na satisfação do pretensão deduzida em juízo.

2.4 Princípio da proteção: peculiar ao direito processual do trabalho

Nos dizeres de Américo Plá Rodriguez, pode-se aferir “que o princípio da proteção ou tutelar é peculiar ao processo trabalho. Ele busca compensar a desigualdade existente na realidade socioeconômica com uma desigualdade jurídica em sentido oposto” (1992 *apud* LEITE, 2010, p. 80).

Logo, destaca-se que no plano individual, o princípio da proteção tem por pressuposto a hipossuficiência do trabalhador e, conseqüentemente, a garantia de direitos mínimos, ou seja, a observância, no plano das relações regidas pelo direito do trabalho, do princípio da dignidade da pessoa humana. Tal princípio encontra-se presente no artigo 1º, inciso III, se apresentando, pois, como fundamento da República Federativa do Brasil.

A dignidade da pessoa humana, nos termos de Sarlet (1988 *apud* CARVALHO, 2005, p. 384), “é a qualidade própria do ser humano que lhe confere o respeito e consideração tanto do Estado quanto da sociedade, a fim de lhe garantir condições mínimas de uma

existência saudável e autonomia no destino de sua vida, sendo de fundamental relevância do direito brasileiro”.

A partir dessas premissas, o direito e o processo do trabalho procedem à seguinte conclusão: o trabalhador é hipossuficiente e, portanto, demanda proteção. Daí, Carlos Henrique Bezerra Leite aduzir que,

o princípio da proteção deriva da própria razão de ser do processo do trabalho, o qual foi concebido para realizar o Direito do Trabalho, sendo este ramo da árvore jurídica criado exatamente para compensar a desigualdade real existente entre empregado e empregador, naturais litigantes do processo laboral”. (2011, p. 80).

É cediço que tanto na relação jurídica empregatícia quanto na relação processual os pólos (empregado-reclamante e empregador-reclamado) estão em permanente conflito, tendo em vista que seus interesses principais são conflitantes. Tal conflito revela-se na medida em que a máxima satisfação da demanda principal de um dos sujeitos implica, necessariamente, a não satisfação integral da demanda do outro sujeito.

No direito processual, o problema que se revela é que, não raro, o empregador-reclamado utiliza-se de artifícios, de “chicanas” processuais e até mesmo institutos garantidos pelo ordenamento jurídico para embaraçar o regular andamento do feito, a despeito da justiça obreira ser regida pelos princípios da simplicidade e da informalidade. Isso ensejou, por parte do legislador brasileiro, a intervenção direta na relação, através da proteção ao hipossuficiente. Contudo, ainda percebe que tal intervenção ainda é insuficiente.

Isso tem ocorrido, sobretudo, pela prática do assédio processual na Justiça Obreira, que será estudado no terceiro capítulo deste estudo, onde, em suma, a parte pratica um conjunto de atos processuais que, em regra, seriam lícitos, porém, na

prática, se mostram temerários e infundados com a finalidade única de procrastinar o regular andamento do processo, desviar o pronunciamento judicial, impedir o cumprimento ou a satisfação de um direito até então reconhecido.

Nesse sentido, Coqueiro Costa sublinha que “o processo não é fim em si mesmo, mas instrumento de composição de lides, que garante efetividade do direito material. E como este pode ter natureza diversa, o direito processual, por seu caráter instrumental, deve saber adaptar-se a essa natureza diversa” (1996. p. 5). Logo, necessário buscar rechaçar a utilização do processo como meio de se obter um resultado manifestamente contrário ao seu fim, que é a pacificação social.

Não obstante o princípio da proteção estar mais latente no direito do trabalho, Wagner Gigilo ressalta a importância da aplicação deste princípio ao processo do trabalho:

embora muitas outras fossem necessárias, algumas normas processuais de proteção ao trabalhador já existem, a comprovar o princípio protecionista. Assim, a gratuidade do processo, com isenção de pagamento de custas e despesas, aproveita aos trabalhadores, mas também aos patrões; a assistência judiciária gratuita é fornecida ao empregado, mas não ao empregador; a inversão do ônus da prova por meio de presunções favorece ao trabalhador, nunca ou raramente o empregador; o impulso processual *ex officio* beneficia o empregado, já que o empregador, salvo raras exceções, é o réu, demandado, e não auferir proveito da decisão: na melhor das hipóteses deixa de perder. (2000, p. 67).

Destaca-se como outros exemplos da aplicação do princípio da proteção no direito processual do trabalho, o *ius postulandi* reconhecido às partes, mas que beneficia, sobretudo, o empregado hipossuficiente que não tem condições de arcar com

honorários advocatícios; a exigência do depósito recursal, previsto no parágrafo 4º, do artigo 899[1], da CLT, obrigatório apenas ao empregador e nunca ao empregado e, finalmente, a aplicação do artigo 9º[2] do diploma consolidado. Conseqüentemente, utilizando-se como exemplo, o caso de sucessão patronal ou terceirização ilícita, o juiz a qualquer momento, de ofício ou a requerimento da parte, poderá declarar nulas tais manobras, respondendo as empregadoras como responsáveis solidariamente pelos débitos trabalhistas.

No plano do direito material do trabalho, o princípio da proteção encontra-se mais latente, em virtude deste princípio estar ligado à própria gênese do direito do trabalho. Diante do alto grau de abstração do princípio da proteção, há o seu desdobramento em outros princípios, que dão os contornos à essência protetiva. Segundo, Américo Plá Rodriguez, este princípio se expressa sob três formas distintas:

a) a regra in dúbio pro operário. Critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher, entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador;

b) a regra da norma mais favorável determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas; e

c) a regra da condição mais benéfica. Critério pelo qual a aplicação de uma nova norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava um trabalhador. (2000, p. 107) [Grifou-se].

Seja no campo do direito material seja no campo do direito processual, a aplicação do princípio da proteção revela o claro propósito de mitigar as desigualdades nas relações entre empregado e

empregador, de forma a tutelar os direitos mínimos garantidos pela ordem jurídica constitucional e legal vigente.

3 O TEMPO E O PROCESSO: BREVE ANÁLISE SOBRE A DEMORA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

3.1 A interação do binômio tempo e processo

Não se pode olvidar que tanto a sociedade em geral, quanto os operadores do direito são quase unânimes em asseverar que, atualmente, existe uma excessiva e desnecessária delonga no tempo de tramitação dos processos judiciais no Brasil.

É evidente a repercussão negativa que o fator tempo pode causar a alguém que busca a satisfação de um direito em juízo. Essa falta de sintonia entre o tempo e o processo – dois institutos que sempre coexistiram - tem conduzido a um verdadeiro sentimento generalizado de insegurança e de descrédito da sociedade para o Poder Judiciário. Não é demais dizer que a demora na prestação da tutela jurídica, faz com que o tempo se torne o principal inimigo do processo, especialmente, por mostrar-se como um empecilho para a efetividade deste.

Ensina José Rogério Cruz e Tucci que o tempo e o processo

constituem duas vertentes que estão em constante confronto. Em muitas ocasiões o tempo age em prol da verdade e da justiça. Na maioria das vezes, contudo, o fator temporal conspira contra o processo. Chiovenda falava do processo como fonte autônoma de bens; poder-se-ia, com maior realismo, falar do processo contemporâneo como fonte autônoma de males. (1997, p. 11).

Assim, não é errôneo afirmar que no processo, “o tempo é algo mais do que ouro: é Justiça” (1997, p. 146).

Contudo, esse sentimento nem sempre tem o mesmo efeito. Isso porque, não obstante o tempo ser igual para todos, acaba aguardando diferentes sensações para aqueles que estão envolvidos numa relação processual. Nesse sentido converge o posicionamento de Marcelo Ribeiro Uchôa:

O tempo é igual para todos, mas guarda significados diferentes para cada um. Para os indolentes o tempo não passa, enquanto para os *workaholics* o tempo nunca acaba; para os jovens, tempo é futuro, enquanto para os velhos, muitas vezes é passado; para os *yuppies*, tempo é dinheiro, para os *bon vivantis*, prazer; para os frívolos, nada mais é do que futilidade, já para os filósofos é sinônimo de sabedoria. (2008). [Grifos no original].

Luiz Guilherme Marinoni, ao considerar os efeitos do tempo no processo diz: Se o tempo é a dimensão fundamental da vida humana e se o bem perseguido no processo interfere na felicidade do litigante que o reivindica, é certo que a demora do processo gera, no mínimo, infelicidade pessoal e angústia e reduz as expectativas de uma vida mais feliz (...) (2002, p. 17).

No mesmo sentido as sábias palavras de Cruz e Tucci:

Na perspectiva filosófica, o tempo é uma categoria abstrata enquanto na visão dos pragmáticos do mundo contemporâneo “*time is money*”...

Se “perder tempo” é, aos olhos dos outros, “nada” fazer, isto é, coisas vistas “sem valor”, aos nossos próprios olhos “perdemos tempo” quando

nos dedicamos a atividade não escolhidas como “dignas” da nossa ação. O nosso tempo retira toda sua significação e preço a partir dos fins de que nos apropriamos, é somente em relação a objetivos *próprios* que algo adquire o caráter de *contratempo* ou *intempestivo*. (1997, p. 11) [Grifos no original].

É sabido que o fator temporal repercute intrinsecamente na fenomenologia processual, tendo em vista que o processo nasce e se desenvolve no tempo. Todo o direito processual é permeado pela preocupação com o tempo enquanto figura jurídica, para que sua prolongada passagem em aberto não opere como fator de séria instabilidade às partes que estão em juízo.

Por uma questão de lógica, o processo é ordenado em um espaço temporal para atingir os seus objetos. Assim, o desenvolvimento do processo no tempo “resolve-se numa sucessão de determinações temporais, a permitir harmônica disposição dos fatos no âmbito do procedimento, regulando, dessa forma, o proceder ritmo do fenômeno, elemento de fundamental importância para a organização do procedimento” (OLIVEIRA, 1997. p. 113).

A partir dessas premissas, o legislador estabeleceu certos limites temporais ou prazos (espaços de tempo) dentro dos quais devem ser praticados os atos processuais, sob pena de, uma vez não observados, a parte perder a faculdade que a lei lhe confere. Daí a grande relevância da interação entre o tempo e o processo, consubstanciada na necessidade de conciliar a tutela jurisdicional com a tempestividade na satisfação dos direitos pleiteados em juízo.

Contudo, o processo do trabalho ainda está distante do modelo ideal almejado, haja vista o grande descompasso entre o que está descrito na norma e o que é verificado no dia a dia. O problema não está tão somente em entregar a tutela jurisdicional àquele que teve o seu direito lesionado ou ameaçado, mas garantir que essa tutela seja célere e, sobretudo, satisfativa.

Nesse sentido, dispõe Ricardo Rodrigues Gama:

Muito se tem feito contra o tempo de duração do processo, contudo, é preciso fazer ainda mais (...). Não é segredo que o tempo funciona como um grande inimigo daquele que busca a reparação ou a proteção de seu direito. Diante de tanta burocracia geradora de dilações temporais, o jurisdicionado só pode mostrar-se insatisfeito com o modelo adotado pelo legislador em 1.973. (2002, p. 21).

Esse descompasso entre o tempo e o processo, que resulta na excessiva duração da marcha processual, acaba, por si só, vulnerando as garantias do devido processo legal e da razoável duração do processo.

Com efeito, destaca José Rogério Cruz e Tucci o pensamento de Bielsa e Graña que dispõe:

um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos; e, transcorrido o tempo razoável para desenvolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por mais que seja o mérito científico do conteúdo da decisão. (1997, p. 65).

Como bem observa Luiz Guilherme Marinoni, os sistemas jurídicos processuais “devem construir procedimentos que tutelem de forma efetiva, adequada e tempestiva os direitos. O ideal é que existam tutelas que, atuando internamente no procedimento, permitam uma racional distribuição do tempo do processo” (1997, p. 20).

Certo é que, seja o processo de qualquer espécie - civil, penal, administrativo e, sobretudo, trabalhista - reclama um julgamento célere, dentro de um prazo razoável e sem dilações indevidas, para que, desse modo, possa alcançar o seu devido fim, que é a justiça na decisão.

Por isso, a necessidade de criação de mecanismos - como o reconhecimento do instituto do assédio processual - que possam contribuir para o exato equilíbrio entre o tempo e o processo com a observância do princípio da razoável duração do processo, pressuposto básico para a efetividade da tutela jurisdicional.

3.2 A morosidade como entrave das garantias da efetividade e da celeridade processuais

É cediço que a falta de celeridade na tramitação dos processos judiciais constitui uma mola propulsora que conduz, inevitavelmente, à crise do Judiciário brasileiro. A carência de tempestividade da tutela jurisdicional compromete a segurança jurídica, alimenta a incerteza e, por conseguinte, influencia na efetividade da Justiça.

Com efeito, converge o posicionamento de Ricardo Rodrigues Gama:

(...) A distância entre o modelo atual e o modelo ideal do processo ainda é grande, reclamando a adoção de novos instrumentos que lhe dê celeridade. A reaproximação do processo com o direito material, (...), é salutar, pois vai acentuar a sua finalidade, qual seja, a de servir de meio para a realização deste. (...) (2002, p. 21).

Desse modo, vê-se que uma das maiores preocupações dos processualistas repousa na questão da efetividade do processo como instrumento de tutela de direitos. Não é demais afirmar que, no Estado Democrático de Direito, não basta que o processo produza decisões a qualquer tempo, pelo contrário, imperioso que se verifique que a tutela jurisdicional seja satisfativa, ou seja, efetiva. Assim, é indispensável que o processo possa assegurar à parte aquilo que ela tem direito de receber.

A propósito, como já exposto no primeiro capítulo do presente estudo, o princípio da celeridade processual está previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, que aduz: “a todos, no âmbito judicial e

administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

Por sua vez, o princípio fundamental à efetividade processual revela-se como uma grande preocupação, constante no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88, e atrelada ao princípio do acesso à justiça. Circunscreve não somente a garantia de todos provocarem a atuação estatal no combate aos direitos lesados ou ameaçados para a efetivação dos seus direitos, mas também a de obter uma tutela jurídica justa em um prazo adequado e sem dilações indevidas.

Nesse sentido, preconiza o professor Cassio Scarpinella Bueno que,

o grande norte a ser perseguido pelo legislador, pela técnica processual e pelos aplicadores do direito é o princípio da efetividade da jurisdição (ou do acesso à ordem jurídica justa), constante do art. 5º, XXXV, da CF/1988, sempre bem equilibrado e dosado como todo princípio jurídico, pelos princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa. (2004, p. 5).

Leciona Sérgio Pinto Martins que:

Para a efetividade do processo é preciso que este seja o mais célere possível, de modo que possa, inclusive, ser justo. O processo do trabalho deveria ser efetivamente mais célere do que qualquer outro, de modo que o empregado possa receber o que lhe é devido o mais rapidamente possível. A demora na solução do processo traz injustiça ao obreiro, que deixa de receber o que lhe é devido quando mais necessita daquele valor, isto é, logo após a dispensa. (2010, p. 12).

Há de se destacar que a celeridade presente no ordenamento jurídico pátrio e almejada por toda sociedade não deve se traduzir em leviandade e precipitação. Pelo contrário, a celeridade visa garantir a tutela jurisdicional às partes dentro de um lapso temporal razoável compatível com o objeto em litígio.

Isso porque o processo no Estado Democrático de Direito é essencialmente dialético, um conjunto de atos em diálogo, meio posto pelo ordenamento pátrio a serviço das partes para a construção do provimento jurisdicional, por isso, a necessidade de observância dos princípios inerentes, pois, não há como haver uma decisão justa na qual houvesse uma imediata tutela ao bem violado, sem a presença dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, cujo exame mostra-se inconciliável com uma decisão precipitada.

Inegável que, ao lado da efetividade da tutela jurisdicional, será imprescindível uma decisão tempestiva e oportuna, tendo em vista que a ordem constitucional garante a prestação jurisdicional em prazo razoável, sob pena de, em sentido contrário, tornar tal garantia em verdadeira norma sem concretude.

Contudo, a realidade evidenciada na Justiça do Trabalho é que, não obstante configurar-se como a justiça mais célere entre as outras, esta ainda deveria garantir a todos maior celeridade e efetividade, uma vez que o abuso do direito de defesa e das faculdades processuais em geral - verdadeiras formas de manifestação do assédio processual - que tem contribuído para tornar o que era para ser célere em moroso. Isso evidencia um dos problemas que a Justiça Obreira tem enfrentado.

A morosidade dos processos judiciais mostra-se como um dos problemas crônicos enfrentados por todo o Poder Judiciário. Com maior e ou menor grau de manifestação, a morosidade é um grande entrave para a efetividade do processo.

Outrossim, percebe-se que a morosidade processual, sobretudo na Justiça do Trabalho, em que, de um lado, encontra-se o trabalhador-reclamante – parte hipossuficiente da relação trabalhista – sempre necessitando que seus direitos sejam satisfeitos em um menor lapso temporal e, por outro, o empregador-reclamado que, na maioria das vezes, utiliza-se de artifícios e até mesmo de permissivos processuais para embaraçar o regular andamento do feito, a despeito de a justiça obreira ser regida pelos princípios da conciliação, da oralidade e da informalidade.

Tudo isso acaba fazendo que haja um inevitável retardamento do processo, onde este deixa de servir como mecanismo de tutela dos direitos lesados e se torna um meio utilizado pelo reclamado para tumultuar o andamento processual para atingir os seus objetivos ilícitos, mas que acabam sendo amparados pela ordem jurídica.

Dáí haver a necessidade de encontrar um justo equilíbrio entre esses princípios-garantias constitucionais, a teor da teoria dos princípios que foi analisada no capítulo I deste ensaio, de modo a ensejar um meio idôneo para assegurar uma justiça célere e justa, sem que haja violação na efetividade na entrega do provimento jurisdicional.

Assim, o estudo do instituto do assédio processual é, neste sentido, necessário, uma vez que poderá contribuir para a diminuição da morosidade processual, colaborando para a tempestividade da prestação jurisdicional, já que uma justiça mais célere, satisfativa e menos custosa atende às expectativas e aos anseios sociais, tornando-se oportuna e, conseqüentemente, prestigiada por toda a sociedade, tendo em vista que, como já dizia o ilustre mestre Rui Barbosa “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”. (1956, p. 63).

4 O ASSÉDIO PROCESSUAL: AVANÇO OU RETROCESSO NA PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS

4.1 Conceito de assédio em sentido amplo. Do assédio moral

O presente tópico buscará desenvolver um conceito de assédio em seu sentido lato, bem como uma definição do assédio moral e de suas características para, ao final, proceder a uma melhor análise no decorrer deste capítulo sobre a nova figura do assédio processual e dos seus principais aspectos, a partir do posicionamento de alguns estudiosos do assunto.

Frise-se que ainda persiste certa carência de estudos mais apurados sobre o assédio moral e o assédio processual, que ainda se encontram em fase embrionária de desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário, o que evidencia as dificuldades de se construir uma conceituação mais homogênea sobre o tema, sobretudo, para figura do assédio processual na Justiça do Trabalho.

O vocábulo “assédio” remete ao latim *obsidere* e pode ser entendido como no sentido de “insistência importuna, junto a alguém com perguntas, propostas, pretensões etc” (FERREIRA, 1986, p. 183, definição n. 2).

Consoante define Reginald Felker, assediado configura-se em “submeter alguém sem trégua, a pequenos ataques repetidos com insistência, cujos atos têm significado e deixam na vítima o sentimento de ter sido maltratada, desprezada, humilhada, rejeitada” (2006, p. 172).

Assim, diante da análise do supramencionado conceito, percebe-se que para a configuração do assédio mostra-se imprescindível a existência de dois elementos, sem os quais não haveria de se cogitar deste, quais sejam: a conduta reiterada do agente assediador e a provocação de um constrangimento na vítima capaz de conseguir alcançar determinadas vantagens ilícitas.

A propósito, assevera Mauro Vasni Paroski que:

o assédio pode assumir variadas formas, ensejando igualmente múltiplas reações por parte da vítima e pode se materializar por meio de gestos e palavras, insinuações e críticas agressivas, públicas

ou não, podendo ocorrer estritamente no campo sexual, ou ainda, no âmbito das lesões a outros bens imateriais, e finalmente, em juízo, durante o desenvolvimento da relação processual, significando, em breve síntese, o cerco que se faz a alguém, atacando-o de forma direta ou indireta, através de conduta ostensiva ou velada, importunando e quebrando resistências, fragilizando a vítima emocional e psicologicamente, com o escopo de alcançar vantagens indevidas. (2009, p. 119).

Uma vez realizada uma sucinta análise sobre o conceito do que vem a ser o assédio em seu sentido amplo, far-se-á necessário traçar algumas nuances sobre o instituto do assédio moral, tendo em vista que o conceito e os elementos do assédio processual podem ser extraídos a partir das diretrizes daquele.

Nesse sentido, destaca-se que, segundo os doutrinadores, o assédio moral seria o gênero do qual o assédio processual se configura como espécie, haja vista que, neste caso, a figura assédio moral, oriundo do contrato de trabalho, praticado contra o empregado ultrapassa os limites da relação de direito material e também se manifesta na relação de direito processual travada entre empregado e empregador.

Nesse sentido, corrobora o entendimento de Nilton Rangel Barreto Paim e Jaime Hillesheim, que entendem ser o assédio processual uma espécie do gênero assédio moral. Segundo estes doutrinadores, esta figura nas relações laborais consiste:

na utilização de meios hostis e agressivos contra este, caracterizado como um comportamento que, utilizando técnicas de desestabilização, conduzem o indivíduo a um estado de desconforto psíquico, evoluindo para a irritação, estresse, causando humilhações e inferioridade moral, com o intuito de desestabilizá-lo psicologicamente para dele obter

alguma vantagem de ordem comportamental, seja a iniciativa para a ruptura contratual, seja a aceitação de condições adversas para o desenvolvimento do contrato de trabalho, a descrença nos instrumentos legítimos de controle social do trabalhador, submissão a ordens ilegais, renúncias, desistências, testemunhos e toda ordem de comportamentos contrários à vontade natural do empregado. (2006, p. 1.113).

O assédio moral no Brasil ainda é um tema muito recente no que diz respeito a sua aplicação no campo jurídico. Isso porque, além do direito, este instituto é objeto de estudos multidisciplinares em outros campos de conhecimento, como na psicologia, na sociologia e na medicina dentre outros, o que tem contribuído para o seu desenvolvimento.

A juíza do trabalho Márcia Novaes Guedes, em sua obra “Terror Psicológico no Trabalho”, dispõe que no campo do trabalho, o assédio moral significa “todos aqueles atos e comportamentos provindos do patrão, gerente, superior hierárquico ou dos colegas, que traduzem uma atitude de contínua e ostensiva perseguição que possa acarretar danos relevantes às condições físicas, psíquicas e morais da vítima” (2003, p.33).

Em suma, o assédio moral pode ser caracterizado pela conduta abusiva em virtude da perseguição reiterada a alguém, com o emprego de violência física e psicológica contra o empregado durante a execução do contrato de trabalho, com a finalidade de acarretar-lhe um sofrimento para fazê-lo não mais ter interesse em continuar a desempenhar as suas atividades laborais e, conseqüentemente, afastá-la do emprego, renunciar direitos, motivando-o a pedir demissão.

Como bem aduz Paroski, “trata-se de um processo e não de um ato isolado. O objetivo do assédio moral, portanto, é desestabilizar emocionalmente a pessoa, causando-lhe humilhação e expondo-a a

situações vexatórias perante os colegas de trabalho, fornecedores, clientes e, perante a si mesma” (2009, p. 121).

Assim, salienta-se que a real intenção da conduta ilícita do assediador é fazer gerar o descrédito dos meios de controle social que, em um primeiro momento, foram criados para proteger o trabalhador, a teor do princípio da proteção que vigora no direito material e no processual do trabalho, para levar a este a se submeter à vontade e segundo aos interesses do assediador. Daí, a necessidade de se combater veementemente tal prática, em virtude da necessidade de garantir ao trabalhador um ambiente de trabalho sadio e livre de todo tipo de assédio.

4.2 O assédio processual na Justiça do Trabalho: conceito e natureza jurídica

O assédio processual mostra-se como um instituto jurídico que ganha cada vez mais atenção dos operadores do direito, diante da premente necessidade de se tornar tempestiva a tutela jurisdicional.

Isso porque, o processo do trabalho contemporâneo deve privilegiar o reconhecimento e a aplicação de institutos que visam torná-lo mais efetivo, de modo a proteger aquele que busca o Poder Judiciário para a satisfação de um direito lesado, onde o trabalhador além de ganhar possa também desfrutar daquilo que o ordenamento jurídico lhe assegura.

Assim, o direito processual do trabalho deve estar a serviço do trabalhador hipossuficiente, garantindo-lhe um processo mais célere e efetivo. Para tal mister, é imprescindível instrumentalizá-lo com mecanismos que possam servir de obstáculo para ilidir a prática da figura do assédio processual.

A discussão acerca das peculiaridades deste novo instituto eclodiu, especialmente, com o advento da sentença proferida pela Juíza Mylene Pereira Ramos, da 63^a Vara do

Trabalho da Seção Judiciária de São Paulo-SP, no processo nº. 02784200406302004, em 08 de abril de 2005, em que a ilustre magistrada fixou os contornos a respeito desse tema. Veja-se o trecho da decisão prolatada:

[...] Praticou a ré "assédio processual", uma das muitas classes em que se pode dividir o assédio moral. Denomino assédio processual a procrastinação por uma das partes no andamento de processo, em qualquer uma de suas fases, negando-se a cumprir decisões judiciais, amparando-se ou não em norma processual, para interpor recursos, agravos, embargos, requerimentos de provas, petições despropositadas, procedendo de modo temerário e provocando incidentes manifestamente infundados, tudo objetivando obstaculizar a entrega da prestação jurisdicional à parte contrária. [...]

No caso, a reclamada não cumpriu o então acordo celebrado com a parte reclamante, mesmo já tendo decorrido mais de quinze anos, haja vista que aquela se utilizou de permissivos processuais, porém, desprovidos de fundamento na tentativa de procrastinar o andamento do feito^[3].

Este julgado trouxe um posicionamento de vanguarda ao direito brasileiro - inobstante essa sentença de ter sido reformada em grau recursal - uma vez que, buscou-se rechaçar a utilização do processo como meio de se obter um resultado manifestamente contrário ao seu fim, que é a pacificação social. Logo, o combate ao assédio processual encontra amparo na interpretação teleológica dos princípios constitucionais relativos ao direito processual.

Como já mencionado, trata-se de um instituto que vem sendo explorado recentemente pelos operadores do direito, o que evidencia que não há ainda um conceito definitivo, por isso, os seus elementos são

retirados da figura do assédio moral, haja vista que, o assédio processual configura-se como uma espécie daquele, restrito no campo do direito processual.

Nesse contexto, alguns estudiosos do direito buscaram definir o instituto do assédio processual, dentre os quais se destaca o entendimento de Nilton Rangel Barreto Paim e Jaime Hillesheim, que o conceituam como:

A procrastinação do andamento do processo, por uma das partes, em qualquer uma das fases, negando-se ou retardando o cumprimento de decisões judiciais, respaldando-se ou não em norma processual, provocando incidentes manifestamente infundados, interpondo recursos, agravos, embargos, requerimento de provas, contraditas despropositadas de testemunhas, petições inócuas, ou quaisquer outros expedientes com o fito protelatório, inclusive no decorrer da fase executória, procedendo de modo temerário e provocando reiteradas apreciações estéreis pelo juiz condutor do processo, tudo objetivando obstacularizar a entrega da prestação jurisdicional à parte contrária. (2006, p.1112-1113).

No mesmo sentido, Mauro Vasni Paroski estabelece que o assédio processual consiste no,

exercício abusivo de faculdades processuais, da própria garantia da ampla defesa e do contraditório, pois, a atuação da parte não tem a finalidade de fazer prevalecer um direito que se acredita existente, apesar da dificuldade em demonstrá-lo em juízo, nem se cuida de construção de teses sobre assuntos em relação aos quais reina discórdia nos

tribunais, a exemplo de uma matéria de direito, de interpretação jurídica, complexa e de alta indagação. (2009, p. 121-122).

Percebe-se, desse modo, que o verdadeiro propósito do agente assediador,

não é a exclusão do seu adversário desta relação, pela sua exposição a situações desconfortáveis e humilhantes, mas o intento é outro: retardar a prestação jurisdicional e/ou o cumprimento das obrigações reconhecidas judicialmente, em prejuízo da outra parte, reservando a esta todos os ônus decorrentes da tramitação processual. (PAROSKI, 2009, p. 121).

Vê-se que o assédio processual consubstancia-se pelo exercício reiterado de condutas ilícitas praticadas, sobretudo, pelo empregador reclamado, no curso da relação processual, que se utilizada de todos os artifícios – até mesmo das faculdades processuais conferidas pela ordem jurídica – por meio do abuso do direito de defesa, com a finalidade de procrastinar o regular andamento processual, tornando a tutela jurídica intempestiva para que o empregado reclamante, o mais fraco economicamente da relação contratual, não tenha satisfeito em tempo oportuno os seus direitos pleiteados em juízo, e às vezes, já reconhecidos por um provimento jurisdicional.

Do mesmo, no campo processual, o assédio processual causa influência negativa em outros seguimentos, como bem observa Juliana Ferreira Silva:

Igualmente, essa figura, causa efeitos perversos para o ângulo social. Eis que sob a ótica econômica, não há dúvida de que os prejuízos causados pela demora na prestação jurisdicional em razão da excessiva interposição de recursos infundados retardam o trâmite normal do processo. Atentam,

ainda, contra o princípio da economicidade, pois o Estado terá que gastar mais para a manutenção daquele processo que já poderia estar acabado; e a população pagará por isso (...). Ademais, será afrontado o direito constitucional à razoável duração do processo. (2009, p. 56).

Por isso, a necessidade do assédio processual ser devidamente reprimido, tendo em vista que a prática deste instituto tem sido utilizada com a finalidade de impedir o cumprimento de uma obrigação ou até mesmo a satisfação de um direito já reconhecido judicialmente, o que acaba vilipendiando os princípios da proteção, da lealdade processual e da razoável duração do processo ao acarretar a demora da entrega da prestação jurisdicional.

4.3 A necessidade da reparação do dano processual: fixação de indenização e sua finalidade

É sabido, como já mencionado, que a punição da parte litigante por assédio processual é uma situação que não é muito bem vista no mundo jurídico, uma vez que somente recentemente este vem sendo estudado, o que evidencia a necessidade de uma maior discussão para o desenvolvimento do novo instituto.

Daí quando se cogita falar da hipótese de reparação do dano causado pela prática do assédio processual, diante da garantia estabelecida nos princípios do contraditório e da ampla defesa, não ser vista com simpatia por parte dos operadores do direito, sobretudo, nos tribunais trabalhistas^[4].

Contudo, o raciocínio não deve ser esse, tendo em vista que a fixação de indenização - quando da prática pelo litigante do assédio processual - constitui como um meio idôneo capaz garantir a tão desejada efetividade processual, sem desrespeitar aqueles princípios - o que será melhor elucidado no próximo item - de modo a reprimir, veementemente, todas as condutas que propiciam tornar demorada a

tutela jurisdicional e a efetivação dos direitos já reconhecidos judicialmente.

Nesse sentido, Mauro Vasni Paroski reflete que:

Insuficiente e inadequado se torna o argumento de que o emprego das medidas processuais legais seria motivo suficiente para afastar, por si só, virtual condenação por assédio processual, já que sempre será ele praticado através de medidas processuais em princípio legítimas. O que distingue o ato regular/ moderado do ato ilícito/abusivo, repita-se, é o resultado pretendido pelo assediador. O meio não importa. Quase sempre será um meio legal. (2009, p. 127).

Assim, não obstante a parte estar fazendo uso de faculdades que a ordem jurídica lhe assegura, o que se quer punir é o abuso, ou agir de modo reiterado abusivamente, de modo a punir àquele que contribui para a ilicitude do ato.

A propósito, o artigo 187 do Código Civil de 2002 (CC/02) preceitua que: “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” (BRASIL).

Por sua vez, o artigo 927 do mesmo diploma legal estabelece o dever de indenizar, impondo a obrigação de reparar àquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem (BRASIL, CÓDIGO CIVIL/2002).

Desse modo, percebe-se que o ato ilícito causador do assédio processual é endoprocessual, ou seja, aquele praticado dentro da relação jurídico processual, que causa dano não só a parte adversa como também ao Poder Judiciário e a toda sociedade pelo comportamento temerário da parte na condução do processo, devendo haver, assim, uma indenização pelos prejuízos materiais e imateriais causados pelo assediador, com fundamento no artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, em

concomitância aos mencionados artigos 187 e 927 do CC/02, em razão da violação expressa ao princípio da razoável duração do processo. Por fim, o artigo 16 do CPC também traz a previsão de que “responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente” (BRASIL).

Nesse sentido, não é difícil compreender que o assédio processual enquadra-se perfeitamente na regra prevista no artigo 187 do CC/02, haja vista que, neste caso, o abuso de direito está configurado pelo exercício abusivo do direito de defesa a contribuir para a morosidade processual, uma vez que o litigante começa a utilizar os mecanismos de defesa com o intuito procrastinatório, tudo isso como empecilho a razoável duração do processo e ao princípio da proteção.

Nesse contexto, bem expressa César Fiuza:

Muito embora em alguns casos seja importante a prova da má-fé de quem pratica a ato abusivo, esta não é essencial para a configuração do abuso de direito. Seus requisitos são objetivos: basta exceder os limites impostos pelos fins econômicos ou sociais do direito, pela boa-fé (conduta adequada), ou pelos bons costumes para se estar praticando abuso. Assim, a pessoa que dirige no limite da velocidade mínima, atrapalhando o tráfego, estará praticando abuso de direito, mesmo que não esteja agindo de má-fé, ou seja, dolosamente. Sua conduta é, porém, inadequada, contrária à boa-fé e aos bons costumes. (2009, p. 261).

Não há que se cogitar em afastar a eventual aplicação de uma indenização pela prática do assédio processual em razão de não existir norma jurídica específica sobre o novo instituto. Isso porque, o ordenamento jurídico pátrio possui vários dispositivos legais que garantem a devida reparação do dano à parte lesada, a começar pelos já mencionados artigos. Ademais, como debatido no item 1.1 do presente

estudo, não há com olvidar que, os princípios no atual modelo processual são reconhecidos como norma, sendo possível se pleitear um direito com base somente em um princípio, à luz da teoria dos princípios.

A fixação da aludida indenização, sem dúvida, tem como finalidade contribuir para a punição do litigante que utilizou a Justiça Obreira para a obtenção de fins ilícitos, inibindo a conduta do agente assediador na prática de outras “aventuras” dessa natureza. Desse modo, a reparação, segundo Mauro Vasni Paroski, tem três funções essenciais: compensatória, pedagógica e repressiva, a saber:

Tanto quanto em qualquer indenização que se arbitre por lesão a bens imateriais, ou seja, insuscetíveis de avaliação econômica, por se configurarem em situações jurídicas não patrimoniais, nem por isso órfão de tutela jurídica, a reparação por assédio processual cumpre três funções básicas: compensatória (para amenizar o sofrimento da vítima), pedagógica (ensinando ao infrator que o mesmo não deve agir desse modo, sob pena de sofrer um prejuízo material) e repressiva (tornando desinteressante ao infrator reiteração de conduta dessa ordem). (2009, p. 131).

Aspecto relevante é aquele relacionado ao modo de aplicação da indenização pela prática do assédio processual, tendo em vista que não há entendimento consolidado, ainda havendo divergência neste ponto.

A maioria dos autores posiciona-se no sentido de que a obrigação de reparar o dano não depende de requerimento da parte lesada, haja vista que esta não seria a única vítima no assediador, mas sim, como supramencionado, o Poder Judiciário e toda a sociedade têm interesse em preservar o exercício jurisdicional desse tipo de conduta temerária.

Nesse sentido, dispõe Marcelo Ribeiro Uchôa que,

a sanção por evidência do Assédio Processual poderá ser arbitrada ao critério do juiz, a partir das circunstâncias do caso concreto, na razão do prejuízo causado. Por outro prisma, uma vez que o Assédio Processual configura-se como atentado não apenas à pessoa da vítima, mas à boa ordem processual e à dignidade da Justiça, o juiz tem o dever de agir *ex officio* ante sua constatação, imputando ao agressor todas as sanções necessárias à reposição do dano causado. (2008)[5].

Noutro sentido, Jeane Sales Alves assim estabelece:

A legislação não autoriza a atuação *ex officio* na condenação em assédio moral. Logo, por similaridade, como defender que o juiz pode condenar, de ofício, a indenizar por assédio processual? Já que a indenização é destinada à parte contrária, esta deve tomar a iniciativa e requerer a condenação do litigante assediador.

Pode-se questionar o fato de que a condenação por litigância de má-fé pode ser de ofício. Mas, neste caso, o Código de Ritos expressamente autoriza o juiz a agir independentemente de requerimento (art.18). (2006).

Contudo, Alves adverte que nesse caso, caberá ao magistrado alertar a parte que está buscando a procrastinação do feito sobre a possibilidade de declaração do assédio processual (2006).

Não é por demais dizer que, é o juiz, como responsável pela condução do processo, a teor do que dispõe o artigo 139 do CPC[6], que deverá ser o agente efetivador do direito a um processo sem dilações indevidas, uma vez que é da sua competência a aplicação de punições à parte que praticou assédio processual, na medida dos danos que causar.

Ressalte-se que, a fixação da reparação do dano processual poderá ser processada nos próprios autos do processo originário onde houve o ato ilícito, ou ainda em processo separado em apenso àquele, permanecendo a competência com a Justiça do Trabalho, a teor do que dispõe inciso VII, do artigo 114, da CF/88, que aduz ser esta Justiça competente para julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988).

Portanto, o instituto do assédio processual, por ofender os princípios constitucionais da razoável duração do processo, da efetividade, do devido processo legal, e ainda aos princípios da proteção e da lealdade processual, caracteriza abuso de direito, porquanto se trata de manifesto exercício do direito fora dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, o que acarreta na necessidade de fixação de uma indenização pela prática do assédio processual ao agente que causou danos não só à parte contrária mais a dignidade da jurisdição e a toda a sociedade.

4.4 O assédio processual e a garantia à razoável duração do processo: possibilidade de relativização dos princípios-garantias processuais?

Uma vez estabelecidos os parâmetros para a construção dos elementos da figura do assédio processual na Justiça do Trabalho, chega-se o momento propício para analisar, sob o prisma jurídico, os aspectos deste à luz da teoria dos princípios, de modo, a saber, se este instituto os viola, ou, pelo contrário, está em consonância com os princípios processuais inseridos no texto constitucional. E mais, cumpre ainda verificar se a punição daquele que provoca assédio processual significará um avanço ou um retrocesso na preservação dos princípios processuais constitucionais.

Percebe-se que o atual modelo processual brasileiro encontra-se em crise. Desacreditado pelos seus destinatários e criticado pelos operadores do direito. No processo do trabalho não é diferente. Este passa por uma nova fase em meio a tentativas de mudanças nos

procedimentos – repletos de empecilhos que provocam a morosidade na entrega do provimento jurisdicional. O processo na atual fase contemporânea, visto como instrumento de efetivação dos direitos dos cidadãos, não se amolda mais em um rito repleto de comportamentos abusivos pelas partes.

Esse descompasso entre a tempestividade da tutela jurisdicional com o exercício reiterado e abusivo das faculdades processuais conferidas pela ordem jurídica, configurando-se na prática do assédio processual, tem levado ao desenvolvimento de diversas demandas na Justiça do Trabalho altamente morosas, tudo isso, obviamente, sob a alegação infundada de a parte litigante estar exercitando o seu direito constitucional do contraditório e da ampla defesa, corolários do princípio do devido processo legal.

Percebe-se na praxe das Varas do Trabalho em todo o país, diversas condutas que indicam a prática desse instituto - que dependem ser analisadas em cada caso concreto - como se percebe, por exemplo, no adiamento de audiência de instrução pela ausência reiterada de testemunhas imprescindíveis ao deslinde do feito, bem como no adiamento em decorrência de alegações variadas e inconsistentes de inépcias.

Todo esse assédio, com o intuito de retardar o andamento processual, ainda na fase do processo de conhecimento, causa terror psicológico ao reclamante pelo agente assediador com a finalidade de compeli-lo a forçar a aceitar acordos irrisórios, ou seja, a negligenciar a causa.

Ainda na fase de conhecimento, observa-se que a utilização temerária e imoderada dos recursos processuais, também tem se configurado como empecilho aos processos trabalhistas, como observa Sérgio Torres Teixeira:

O sistema recursal no âmbito do processo laboral pátrio revela um aparente paradoxo. Consagra o princípio da irrecorribilidade das

decisões interlocutórias, o que enseja a presunção de que os recursos não seriam um empecilho para a celeridade do processo. Mas, na prática, os tribunais do trabalho enfrentam diariamente uma verdadeira avalanche de remédios recursais, muitos dos quais interpostos contra sentenças e acórdãos em perfeita sintonia com a jurisprudência do TST. E quando negado seguimento a tais recursos meramente procrastinatórios, o agravo de instrumento surge como remédio heroico para “destrancar” aqueles e forçar o seu prosseguimento. (2009, p. 32).

Teixeira ainda adverte que na execução trabalhista, o executado tem se utilizado todos os meios para não satisfazer os direitos reconhecidos pelo provimento jurisdicional:

Na execução trabalhista o cenário é ainda mais crítico. “Ganhar e não levar” é um lema comum nos corredores das cortes laborais, levantando indistintamente por credores frustrados, sem esperança de receber os seus créditos após anos de um procedimento lento e doloroso, e por devedores esperançosos, com um novo “trunfo” para pressionar o empregado a ceder à sua proposta de “acordo”, verdadeira renúncia parcial camuflada como proposta de conciliação judicial. (2009, p. 33).

Salienta-se que não se está a criticar o recurso em si - visto como meio de impugnação de uma decisão judicial para sua reforma ou invalidação etc., corolário ao princípio do duplo grau de jurisdição - mas sim, do estímulo que a legislação oferece, ensejando a interposição protelatória pela parte assediante para resistir injustificadamente ao andamento do feito. Na fase de execução, como aduziu Teixeira, o executado busca utilizar todos os artifícios possíveis para procrastinar a satisfação do direito reconhecido, a despeito da natureza alimentar dos créditos trabalhistas (TEIXEIRA, 2009).

Corroborando com esse pensamento, José Rogério Cruz e Tucci conclui:

(...), é certo que a sentença proferida pelo juiz de primeiro grau, salvo nas excepcionalíssimas hipóteses em que pode ser executada, na prática, não ostenta valor algum.

Esse paradoxo decorre da ampla recorribilidade das decisões mesmo em questões exclusivamente de fato, que põe a perder, à evidência, a utilidade inquestionável da imediatidade, da identidade física do juiz e da concentração. (...)

Ora, essa peculiaridade do sistema processual acarreta inexorável demora para que o litigante vitorioso possa obter o bem de vida que o Judiciário já afirmou que lhe cabe. (1997, p. 102-103).

Nesse contexto, como já mencionado, a Emenda Constitucional nº 45/2004, inseriu o inciso LXXVIII ao artigo 5º da CF/88, havendo, a partir de então a previsão expressa do princípio fundamental razoável duração do processo no texto constitucional no Brasil. Do mesmo modo, no cenário do processo trabalhista a preocupação com a duração do processo trabalhista encontra-se positivada no enunciado previsto no artigo 765 da Consolidação das Leis do Trabalho, que confere aos Juízos e Tribunais ampla liberdade na direção do processo e o dever de velar pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao seu esclarecimento (BRASIL, CLT).

Assim, surge a difícil missão dos magistrados em harmonizar a colisão entre os princípios (normas) da razoável duração do processo com os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, todos de índole constitucional, em virtude deste conflito de normas quando do reconhecimento do assédio processual e a consequente fixação de multa para a reparação do dano.

O abuso do direito de defesa se manifesta quando a parte litigante utiliza manobras para a protelação do feito - geralmente sob a aparência de estar exercendo o seu direito ao contraditório e da ampla defesa. Tudo isso, através do uso inadequado das faculdades jurídicas conferidas aos sujeitos envolvidos na relação processual. Sobre o assunto, bem adverte o professor Luiz Guilherme Marinoni:

O sistema processual deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo no processo e inibir as defesas abusivas, que são consideradas, por alguns, até mesmo direito do réu que não tem razão. A defesa é direito nos limites em que é exercida de forma razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor. O direito à defesa, assim como o direito à tempestividade da tutela jurisdicional, são direitos constitucionalmente tutelados. Todos sabem, de fato, que o direito de acesso à justiça, garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição da República, não quer dizer apenas que todos têm direito de ir a juízo, mas também quer significar que todos têm direito à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva. (2002, p.17-18).

É cediço que os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no Estado Democrático de Direito configuram-se como indispensáveis, sobretudo, quanto à própria legitimidade da tutela jurisdicional ao ser construída com base na garantia destes princípios a partir do advento da CF/88.

Contudo, o que se defende é que a condenação em razão do assédio processual e a fixação de multa pela sua prática sejam realizadas quando há a ocorrência na situação fática do abuso do direito de defesa, ou seja, nas hipóteses de reiteradas condutas do agente assediante com a finalidade de procrastinar o curso processual, ou descumprir uma decisão judicial, quando restar evidenciado o dano processual em desfavor da parte adversa.

Com razão discorre Mauro Vasni Paroski:

Esse discurso em prol do exercício do amplo direito de defesa, que impediria a condenação do litigante por assédio processual, é perigoso e pode levar a resultados injustos, impondo ao autor que tem razão todo o ônus da distribuição do tempo do processo.

A ampla defesa e o contraditório, inerentes ao devido processo constitucional, não devem e não podem ter essa amplitude, sob pena de produzirem efeitos que se opõem à principal finalidade da prestação jurisdicional, que é a pacificação social, através da solução dos conflitos individuais e coletivos de interesses, gerando resultados individual e socialmente justos, de acordo com o ordenamento jurídico-constitucional vigente. (2009, p.122).

Se, por um lado a coibição da prática do assédio processual contribui para a concretização do princípio da razoável duração do processo e do princípio da proteção ao trabalhador, surge à controvérsia, se haveria a expressa violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, em virtude da suposta hierarquia maior destes em relação àqueles.

Contudo, à luz da teoria dos princípios, estudada no item 1.1 do presente estudo, percebe-se que os princípios não são absolutos, pelo contrário, são passíveis de serem relativizados de acordo o caso em exame. Vale mencionar que a colisão entre princípio é algo inerente ao próprio ordenamento jurídico pátrio.

Como visto no capítulo I, item 1.1, deste trabalho, para o filósofo do direito Ronald Dworkin, na hipótese de colisão entre os princípios, por possuírem uma dimensão de peso, poderá um se sobrepor a outro no caso concreto, contudo, sem que este perca a sua validade, uma vez que

os princípios conferem coerência ao sistema jurídico de modo a permitir ao magistrado a interpretação que melhor esteja conforme a Constituição (1991 *apud* ÁVILA, 2005, p. 28).

Nesse sentido, a teoria dos princípios elaborada pelo alemão Robert Alexy, a partir dos estudos de Dworkin, tem relevante significado, pois para aquele, os princípios são vistos como mandamentos de otimização, caracterizados pelo fato de, no caso de conflito entre si, não haver prevalência de um princípio sobre o outro, mas a ponderação entre os princípios em colisão, segundo as circunstâncias do caso concreto (2002 *apud* NERY JÚNIOR, 2010. p.25).

Tais pensamentos são amplamente aceitos tanto pela doutrina como pela jurisprudência pátria, ou seja, a busca pela solução de conflito entre princípios é realizada harmonizando tais normas em conflito de modo a prevalecer um sobre o outro de acordo o caso fático, pois não há que se cogitar da existência de princípio absoluto. Essa ponderação pode ser realizada, inclusive, pela aplicação da interpretação do sentido substancial do princípio do devido processo legal - estudada no item 1.2.2 do presente estudo - para o deslinde do conflito entre o direito fundamental à razoável duração do processo com os princípios do contraditório e da ampla defesa.

A esse respeito, registra-se a lição de Fredie Didier Jr. sobre o princípio da proporcionalidade ou do devido processo legal em sentido substancial:

Fenômeno que não raramente acontece na hermenêutica constitucional é o da constatação da tensão entre direitos fundamentais e/ou princípios constitucionais. Enquanto a desarmonia entre normas infraconstitucionais se resolve por técnicas hermenêuticas mais singelas, o conflito de normas, em razão da sua magnitude, requer do intérprete/aplicador um cuidado redobrado. Isto porque todas as normas constitucionais hão de gerar efeitos, presumindo-se todas em estado de

perfeita harmonia, aptas a ser interpretadas e aplicadas do modo mais pleno e eficaz. Embora ressoe como truísmo, esta afirmação se justifica quando se observa que, na prática jurídica, a atendimento absoluto e simultâneo dos dispositivos constitucionais nem sempre – ou quase nunca, quando estivermos diante do rol de princípios elencados no artigo 170 de CF/88, por exemplo – é possível. (2007, p. 32).

E assim conclui que:

em qualquer caso, considera a inexistência de hierarquia, no plano normativo, entre os direitos fundamentais e/ou princípios constitucionais conflitantes, a solução do impasse há de ser estabelecida mediante a devida ponderação dos bens e valores concretamente tensionados, de modo a que se identifique uma relação específica de prevalência entre eles”. (DIDIER JÚNIOR, 2007, p. 32-33).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento que esta dimensão do devido processo legal deve ser interpretada como fonte dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade.

A propósito, o ministro Gilmar Mendes ao proferir seu voto no julgamento do famoso *Habeas Corpus* número 82424/RS, ressaltou a importância do princípio da proporcionalidade como método de solução de conflitos:

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal, em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ou conteúdo de atos restritivos

de direitos fundamentais de modo a estabelecer um 'limite do limite' ou uma 'proibição do excesso' na restrição de tais. [...] A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos^[7] [...].

Em resumo, aplicação do princípio da proporcionalidade no caso de conflitos entre princípios de índole constitucional mostra-se como um método indispensável na solução daqueles, ao exigir que se estabeleça uma ponderação de interesses para serem aplicados da melhor maneira possível.

Assim, na colisão entre o princípio da razoável duração do processo e os princípios do contraditório e da ampla defesa, caberá ao juiz analisar naquele caso concreto qual princípio deve prevalecer, sem retirar a validade do outro. Portanto, quando verificada a presença da prática do assédio processual, o magistrado, uma vez verificando que o agente assediador está abusando do seu direito ao contraditório e à ampla defesa, deverá reconhecer a prevalência dos princípios da razoável duração do processo e da proteção ao trabalhador e punir aqueles que utilizam o processo para atingir fins ilícitos.

Isso não vilipendiaria os princípios fundamentais, mas, pelo contrário, representa um avanço na preservação das garantias constitucionais, de modo a prestigiar a coesão do sistema jurídico ao harmonizar os princípios do processo inseridos na CF/88 e os peculiares do processo do trabalho, pois, como já mencionado, não há princípio absoluto, sendo correto afirmar que, o exercício do direito de defesa há de ter limites na própria necessidade de garantir a tempestividade da tutela jurisdicional e, ao mesmo tempo, proporcionar a almejada paz social, objetivo este precípuo do Poder Judiciário.

Embora os estudos sobre o assédio processual sejam recentes, as práticas que o configuram são antigas, cabendo ao Juiz do Trabalho punir com rigor o assediador que se beneficia do processo para a obtenção de resultados ilícitos, imorais e eticamente reprováveis, o que deve ser veemente rechaçado, com a aplicação das sanções previstas na legislação processual e, ainda, deferindo indenização pela prática do assédio processual quando se constatar evidente prejuízo à parte assediada, para, assim, contribuir para a concretização do princípio constitucional de duração razoável do processo.

5 CONCLUSÃO

Através da reflexão proposta pelo presente estudo, restou evidenciado que o instituto do assédio processual caracteriza-se como uma modalidade do gênero assédio moral, ainda pouco difundido no meio jurídico. Aquele se configura como uma série de condutas antijurídicas praticadas no curso de um processo judicial, por um dos atores envolvidos na relação processual, geralmente, o empregador reclamado, com o principal propósito de evitar que a parte hipossuficiente, o empregado reclamante, não tenha satisfeitos em tempo adequado e oportuno os seus direitos lesados e levados a juízo, de modo que este suporta, sozinho, todo ônus dos efeitos do tempo do processo, uma vez que a tutela jurisdicional acaba sendo intempestiva.

Tal prática acaba, por si só, vilipendiando os princípios do processo inseridos no texto constitucional, sobretudo, o da razoável duração do processo, previsto no ordenamento jurídico brasileiro no inciso LXXVIII, do artigo 5º da CF/88, princípio este, essencial no Estado Democrático de Direito, sem o qual haveria o desrespeito ao devido processo legal.

Logo, o reconhecimento do assédio processual e a consequente imposição de sanção pecuniária à parte que procedeu de modo a procrastinar o andamento do feito contribuirá para tornar o processo mais rápido e a tutela jurisdicional mais efetiva, adequada, e tempestiva, sem, contudo, haver alguma violação aos princípios processuais constitucionais, sobretudo, o contraditório e a ampla defesa.

Isso porque, o processo no atual paradigma de Estado, deve ser efetivo, ou seja, o sistema processual deve proporcionar a satisfação aos seus provimentos, de modo que seja tempestiva a tutela daquele que tem razão quanto à pretensão deduzida em juízo na obtenção de um resultado prático.

Observa-se, nesse sentido, que a coibição da prática do assédio processual representa um avanço na preservação dos princípios-garantias processuais constitucionais, haja vista que o Poder Judiciário não pode deixar de reprimir a tempo e modo o exercício abusivo do direito de defesa que extrapole os limites da proporcionalidade, ou do princípio do devido processo legal em seu sentido substantivo, pois, o direito de defesa há de ter limites na própria necessidade de garantir a tempestividade da tutela jurisdicional.

Como visto, na hipótese de colisão entre o princípio da razoável duração do processo e os princípios do contraditório e da ampla defesa, caberá ao juiz, como responsável pela condução regular do processo, analisar naquele caso concreto qual princípio deve prevalecer, sem retirar a validade do outro.

Portanto, uma vez configurada a prática do assédio processual, o magistrado, verificando o abuso do direito de defesa, não poderá se abster em reconhecer a prevalência dos princípios da razoável duração do processo e da proteção ao trabalhador e punir aqueles que utilizam o processo para atingir vantagens ilícitas, visto que este é o meio posto pelo ordenamento jurídico para a realização do justo direito.

Se é certo que se “a justiça tardia nada mais é do que uma justiça falha”, o desenvolvimento dos estudos referentes a essa temática poderá contribuir para a mitigação do problema da utilização do processo e das garantias processuais com o fim postergar a entrega da provimento jurisdicional por demoras injustificáveis, pois o processo deve proporcionar aos litigantes a tão almejada paz social na solução dos conflitos, objetivo este precípuo do Poder Judiciário.

6 REFERÊNCIAS

ALVES, Jeane Sales. Assédio Processual na Justiça do Trabalho. *In: Congresso Nacional do CONPEDI*, 15º, 2006. Manaus. Direito do Trabalho. Anais. Manaus: 2006. Disponível em: . Acesso em 10 de julho de 2013, às 18h30.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro. Fundação Casa de Rui Barbosa, 1956.

BARRAL, Welber Oliveria. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BUENO, Cássio Escarpinella. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: . Acesso em 15 de dezembro de 2012, às 10h22.

_____. **Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992**. Disponível em: . Acesso em 15 de dezembro de 2012, às 10h25.

_____. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 15 de dezembro de 2012, às 10h13.

_____. **Código de Processo Civil**. Disponível em: . Acesso em 03 de julho de 2017, às 19h00.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>.
Acesso em 15 de dezembro de 2012, às 10h22.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 11. ed. Belo Horizonte (MG): Del Rey, 2005.

COSTA, Coqueiro. **Direito processual do trabalho**. Rio de Janeiro: Fosense, 1996.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no projeto do código de processo civil. *In: Revista de Processo RePro*. Ano 36. n.192. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, fevereiro/2011.

_____. **Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 8. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FELKER, Reginald Delmar Hintz. **O dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações do trabalho: frente à doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: LTr, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, definição n.2.

FERREIRA, Natália Braga. **Notas sobre a teoria dos princípios de Robert Alexy**. Disponível em. Acesso em 07 de dezembro de 2012, às 20h00.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil, conceitos e princípios gerais à luz do código revisto**. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Efetividade e Processo Civil**. Campinas: Book Seller, 2002.

GLGLIO, Wagner D. **Direito processual do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2000.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror Psicológico no Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. Porto Alegre, Síntese, 2001.

_____. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. Porto Alegre, Síntese, 2000.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipada, julgamento e execução imediata da sentença**. São Paulo: Ed. RT, 1997.

_____. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda**. 5. ed. São Paulo: RT, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. Novos rumos do processo do trabalho. *In: Revista Magister de Direito do Trabalhista e Previdenciário*. v. 39. nov/dez 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

PAIM, Nilton Rangel Barreto e HILLESHEIM, Jaime. O assédio processual no processo do trabalho. *In: Revista LTr*. vol. 70, n.09, setembro/2006.

PAROSKI, Mauro Vasni. Reflexões sobre a Morosidade e o Assédio Processual na Justiça do Trabalho. *In: Revista TST*. vol. 75.n. 4, out/dez 2009.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

SARAIVA. Renato. **Curso de direito processual do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Método, 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulo Jurídico**. 25. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Juliana Ferreira. **O direito à duração razoável do processo, mitigado em face do assédio processual na Justiça do Trabalho**. Brasília: Centro Universitário do Distrito Federal (UDF), 2009. Disponível em: . Acesso em 09 de setembro de 2012, às 15h00.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STF. *Habeas Corpus* n. 82.424/RS, relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgamento 16/09/2003, publicação DJ 19.03.2004. Disponível em http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/HC_82424_RS%20_17.09.2003.pdf. Acesso em 25 de fevereiro de 2013, às 15h00.

STF. *Informativo 381*, publicação DJ 28.03.2005. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo381.htm>. Acesso em 23 de março de 2013, às 07h00.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. Mito, Utopia e Realidade: Superando os Empecilhos à Efetividade do Modelo Processual Trabalhista Contemporâneo. *In: Revista Magister de Direito do Trabalhista e Previdenciário*. v. 31. Jul/ago 2009.

TEIXEIRA, Welington Luzia. **A Construção do Provimento Jurisdicional no Estado Democrático de Direito**. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito TeixeiraWL_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_TeixeiraWL_1.pdf) >. Acesso em 10 de maio de 2010, às 14h00.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *In: Abuso dos Direitos Processuais*. Moreira, José Carlos Barbosa (coord.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

TRT da 2ª Região. Processo n. 02784200406302004, Juíza Mylene Pereira Ramos, da 63ª Vara do Trabalho da Seção Judiciária de São Paulo-SP Disponível em . Acesso em 23 de dezembro de 2012, às 22h00.

TRT da 14 Região. Reclamação Trabalhista n. 00521.2009.001.14.00-3, relatoria da juíza convocada Arlene Regina do Couto Ramos, julgamento em 07/08/2009, publicação em 12/08/2009. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8787071/recurso-ordinario-ro-52120090011400-ro-0052120090011400-trt-14>>. Acesso em 07 de janeiro de 2013, às 22h00.

TRT da 23 Região. Reclamação Trabalhista n. 00430.2010.008.23.00-7, relatoria da desembargadora Beatriz Theodoro, julgamento em 27/07/2011, publicação em 28/07/2011. Disponível em

<<http://www.iusbrasil.com.br/jurisprudencia/20126213/recurso-ordinario-trabalhista-ro-430201000823007-mt-0043020100082300-7-trt-23>>. Acesso em 07 de janeiro de 2013, às 22h11.

UCHÔA, Marcelo Ribeiro. **O Assédio Processual como Dupla Violência ao Trabalhador**. Disponível em: www.gomeseuchoa.adv.br/publicacoes/O%20Ass%C3%A9dio%20Processual%20como%20dupla%20viol%C3%Aancia%20ao%20trabalhador%20-%20LTr.pdf>. Acesso em 20 de julho de 2011, às 07h00.

UNIMONTES. **Resolução n. 182/2008**. CEPEX. Disponível em: . Acesso em 22 de setembro de 2012, às 06h00.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. O devido processo legal e a concessão de tutelas de urgência. *In: Revista de Processo RePro*. Ano 36. n. 192. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, fevereiro/2011.

ZAVASKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 8. São Paulo: RT, 2000.

NOTAS:

[1] (...)§ 4º - O depósito de que trata o § 1º far-se-á na conta vinculada do empregado a que se refere o art. 2º da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, aplicando-se-lhe os preceitos dessa Lei observado, quanto ao respectivo levantamento, o disposto no § 1º. (...).

[2] 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

[3] No mencionado acordo celebrado entre as partes, uma instituição financeira se comprometeu a complementar a aposentadoria

de seu ex-empregado, como se este estivesse executando suas atividades. Contudo, frequentemente, a instituição lhe pagava quantia menor do que a acordada, obrigando o reclamante, ano a ano, ajuizar execuções pleiteando as diferenças, cujos processos eram sistematicamente tumultuados com a interposição de embargos, agravos, e outros incidentes, por parte da instituição executada.

[4] A título de exemplo, destaca-se o acórdão do Recurso Ordinário da segunda turma do TRT da 14 Região, nos autos da Reclamação Trabalhista n. 00521.2009.001.14.00-3, de relatoria da juíza convocada Arlene Regina do Couto Ramos, julgamento em 07/08/2009, publicado em 12/08/2009, e o acórdão do Recurso Ordinário da segunda turma do TRT da 23 Região, nos autos da Reclamação Trabalhista n. 00430.2010.008.23.00-7, de relatoria da desembargadora Beatriz Theodoro, julgamento em 27/07/2011, publicado em 28/07/2011, que discutiam condenação por assédio processual, todos eles negaram provimento ao recurso interposto que pugnavam pela condenação da parte recorrida pela prática do assédio processual.

[5] Nesse sentido o entendimento de Mauro Vasni Paroski, Paim e Hillesheim e Juliana Ferreira Silva.

[6] Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

- I - assegurar às partes igualdade de tratamento;
- II - velar pela duração razoável do processo;
- III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;
- IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;
- V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;
- VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;
- VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;

VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o [art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985](#), e o [art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990](#), para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva. (...)

[7] HC 82.424/RS, Crime de Racismo e Anti- Smitismo- Um Julgamento Histórico do STF, p.71.

KARL OLIVECRONA E A TEORIA DA NORMA JURIDICA

GABRIEL VINICIUS ZULLI: Mestrado da Puc-SP, núcleo Filosofia do Direito.

Resumo: Desenvolver o problema da norma jurídica empírica em Karl Olivecrona, explicitando seus pressupostos epistemológicos da Escola de Uppsala de 1911. A norma jurídica de Karl Olivecrona originou mediante críticas à norma jurídica de Hans Kelsen. O objetivo é explicitar esse problema, dada a análise conceitual sueca.

Palavras-chave: Norma jurídica empírica em Karl Olivecrona. Escola de Uppsala de 1911. Análise conceitual escandinava.

Abstract: To develop the problem of rule of law in Karl Olivecrona, explaining his epistemological assumptions of the School of Uppsala of 1911. The rule of law of Karl Olivecrona originated through critics to the rule of law of Hans Kelsen. The objective is to explain this problem, given the Swedish conceptual analysis.

Keywords: Rule of law of Karl Olivecrona. Uppsala School of 1911. Scandinavian conceptual analysis.

Sumário: 1. Introdução. 2. Filosofia de Uppsala de 1911. 3. Karl Olivecrona e o problema da norma jurídica de Hans Kelsen. 4. Karl Olivecrona e norma jurídica empírica como imperativos independentes. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

A crítica escandinava a Hans Kelsen e o surgimento da teoria da norma escandinava em Karl Olivecrona

I - Introdução

O objetivo do presente artigo é colocar o problema da teoria da norma em Karl Olivecrona e ver como se originou mediante a teoria da norma de Hans Kelsen. Kelsen não manteve um pensamento estático durante a sua vida, sua dinamicidade de pensamento revela pelas diversas críticas. Von Wright, numa nota de rodapé, em artigo dedicado ao pensamento de Kelsen, coloca

essa dinamicidade: “No final de sua vida, Kelsen mudou de opinião, mudando para uma posição “nihilista”, que lembra a de Hägerström, em relação à possibilidade de “lógica de normas” ou “lógica deontica”^[1]. Olivecrona foi discípulo de Axel Hägerström, fundador da Escola de Uppsala de 1911, esse movimento filosófico ficou conhecido como realismo escandinavo e os membros deste movimento filosófico desenvolveram diversas críticas à Kelsen, bem como numa dessas críticas ocasionou o surgimento da teoria da norma empírica de Olivecrona.

Existem pontos de semelhança e dessemelhança entre Kelsen e Olivecrona: (i) ambos compartilham do entende-se por força: (a) monopólio institucionalizado do uso da violência legítima pelo Estado; (b) ambos afirmam pela independência entre Direito e Moral, todavia sugerem caminhos diversos. Por um lado, Kelsen afirma a possibilidade de um caminho normativo, indene de valoração, senão que afirma pelo conjunto de normas válidas e justificadas unicamente por sua validade, enquanto dinâmica e estática. Norma é válida, se (i) existir no espaço e tempo; (ii) remissão da norma e sua norma superior e (iii) mínimo de eficácia. De outro lado, Olivecrona afirma pela não possibilidade de cognição da norma jurídica. Não há um mundo do dever-ser, senão que tal categoria “dever-ser” remete-se a dois fins: declaração do estado de emoção de quem enuncia e tentativa de influenciar na conduta do receptor deste enunciado.

Assim o nosso objetivo é: (i) colocar o contexto e as teses da filosofia de Uppsala de 1911, a filosofia moral, teoria dos atos psicológicos e o objetivo da filosofia sueca; (ii) colocar o problema da teoria da norma de Hans Kelsen, dado a análise conceitual escandinava; (iii) teoria da norma empírica de Karl Olivecrona na obra “Lei como fato” 1939.

II – Filosofia de Uppsala de 1911

Karl Olivecrona foi discípulo de Axel Hagerstrom, fundador da Escola de Uppsala de 1911. A obra “Lei como Fato” de 1939

exemplifica a crítica empírica empregada pelas teses de Uppsala (i) análise conceitual; (ii) subjetivismo é falso; (iii) não há valores objetivos, o que configura o nihilismo axiológico. Estas teses podem ser condensadas em duas teses: (a) julgamento de valores e julgamentos de obrigação não expressam julgamentos, mas expressam associações simultâneas entre ideias de sentimentos e a referencia a uma ideia de conduta, ao objeto de valoração; (b) esses julgamentos não podem ser empiricamente confirmados e, logo, tais julgamentos não são nem verdadeiros e nem falsos. As teses de Uppsala plantam, pela primeira vez no século XX, condições de possibilidade para o desenvolvimento de teoria meta-ética e, por isso, teoria não-voluntarista. Qual o objetivo de Axel Hägerström? Destruir a metafísica, assim era o seu lema, parafraseando Catão: *“praeterea censeo metaphysicam esse delendam”*^{[2][3]}. Essa batalha contra a metafísica, não limita-se as estruturas do pensamento, como formas explicitas de metafísica, *“o império da metafísica engloba muito mais do que deixam conhecer suas manifestações históricas.”*^[4] Essa batalha desenvolve até seus últimos redutos, e nestes redutos Hägerström encontra metafísica implícita, como disposição natural, enraizada tanto na consciência popular como na consciência científica. Tanto a linguagem popular, como a linguagem científica referem-se a coisas e propriedades, tanto como a jurisprudência fundamenta o Direito vigente dado uma vontade do Estado, isso tudo configura uma metafísica dissimulada e implícita *“e como, de acordo Hägerström, todas as representações metafísicas não contêm em si qualquer efetivo conteúdo, mas simplesmente se referem ao reino da superstição”*^[5].

Veja que Hägerström não está diretamente ligado aos problemas jurídicos, senão aos problemas morais: principalmente o animismo nas mais diversas formas que explicitam no Direito: desde o Estado, vontade coletiva, interesse coletivo, direito subjetivo, etc. Os problemas jurídicos serão desenvolvidos por seus discipulos: Karl Olivecrona e Vilhelm Lundstedt. Assim, neste item desenvolvemos o ponto principal de Uppsala: a metafísica, e

assim colocar a filosofia moral e como é entendida a filosofia desta escola.

O conceito empregado por Hägerström de metafísica não é unívoco no *corpus* de sua obra filosófica, senão que remetemos a dois conceitos centrais: (i) *“A metafísica domina não só na filosofia, mas na ciência em geral. Mas não é senão uma série de combinações de palavras, a respeito de cujo caráter o metafísico não conhece nada.”*^[6]; (ii) *“devemos designar como metafísica todas as visões que tornam algo real da própria realidade - a realidade em si (por si) - se alguém fala simplesmente de ser puro, como se alguém tivesse representado alguma coisa real, ou se alguém faz alguma coisa real em particular E considera sua realidade como se toma algo particular real e considera sua realidade como uma propriedade junto com outras”*^[7].

Hägerström pretende adentrar nesta batalha contra a metafísica, postulando outra metafísica: *“manter o caráter completamente lógico da realidade sensível.”*^[8] A crítica anti-idealista desenvolvida por Hägerström mantém dois pontos de alicerce: o conceito de realidade e a investigação da natureza do juízo. A investigação do juízo, ou como julgamento, desenvolve pela separação entre cognição e valoração e, de outro lado, o conceito de realidade do mundo empírico como uma realidade lógica, sustentado pelos princípios de não-contradição e de igualdade. Assim, diante desta distinção, soergue um distinção entre conhecimento lógico e conhecimento não lógico, isto é o conhecimento valorado. Veja que Hägerström coloca o conhecimento enquanto uma condição lógica de possibilidade, diversamente do subjetivismo, que empreende uma ficção do conhecimento. Conhecimento é apenas uma apreensão de algo não contraditório, como real e determinado.

Essa batalha contra a metafísica, ou mais especificamente contra o subjetivismo, Hägerström apontou que em nenhuma consciência pode ser dada imediatamente, pois *“o apreendido é sempre algo distinto da apreensão.”*^[9] A apreensão, enquanto

cognição, e o apreendido, enquanto ao que foi valorado, devem ser distinguidos. A valoração é repudiada pela filosofia de Uppsala, não há conhecimento científico acerca dos valores: Direito, moral, religião, história, etc, pois *“quando se considera o valor e o mundo da experiência como um todo real, não tem determinação.”*^[10] Assim, um julgamento ou a emissão de um juízo valorativo é *“na realidade apenas uma expressão na forma indicativa de um sentimento ou interesse em conexão com a ideia de algo”*^[11] ou o julgamento ou a emissão de um juízo valorativo é a apreensão de uma expressão de sentimento ou de vontade pertencente ao objeto ou ação *“que tem o significado que evoca em nós um sentimento ou vontade correspondente.”*^[12] Isso configura o nihilismo axiológico: proposições que dizem respeito à moral ou valores não pode ser nem verdadeiro e nem falso, assim uma ciência moral não diz nada de moral, mas sobre a moralidade, isto é a confissão científica da não possibilidade de conhecimento prático em termos teóricos e, de outro lado, a teoria emotiva de Hägerström.

Vejamos esta teoria emotiva^[13] de Hägerström que Olivecrona se funda, pois tratam-se, na verdade teoria dos atos psicológicos, composta pela teoria dos atos mentais entre ideias ou/e emoções^[14], que vai desembocar nas associações simultâneas e assim configurando a teoria do erro moral. O ato mental decorre por seu conteúdo, todo ato mental diz respeito ou a ideia ou a emoção, cada ato mental específico tem conteúdo próprio, e que este conteúdo é algo diferente do ato em si. Isto é, a finalidade desta teoria é distinguir cognição, dado pelo ato mental que diz respeito à ideia, e valoração, ato mental complexo dado pela associação simultânea entre cognição e valoração. Por um lado, o conteúdo da ideia é algo que tem ou poder ter real existência no mundo empírico e independentemente do sujeito, esses atos mentais, que dizem respeito à ideia, são ideias sobre coisas, essas ideias, no entanto, podem carecer de existência no sentido de carecer de conteúdo, p ex. um centauro ou Deus. De outro lado, o conteúdo emotivo: prazer, sede, etc, é algo

fenomenico e, por isso, ligado à experiência, logo esse conteúdo é dependente da consciência, que tem essa experiência específica. Todavia, há atos mentais complexos que são combinações de atos mentais simples que constituem outros atos mentais complexos. Uma ideia de ação é um (i) dever associado a uma ideia de ação e (ii) um sentimento emotivo, isto é uma (i + ii) valoração, isto é o que se chama de associação simultânea é um ato mental complexo, onde há uma confusão entre atos mentais com seus respectivos conteúdos, e, logo, não são nem verdadeiros e nem falsos. É desta teoria dos atos psicológicos que Olivecrona arranja sua teoria contida na obra “Lei como fato” de 1939.

Por outro lado, Hägerstrom, conforme a teoria dos atos psicológicos, decorre a análise conceitual lógica, operada somente pelos atos mentais ou pela cognição, que é uma análise subsidiado geneticamente pelo conceito e pela análise linguística destes conceitos em relação à outros conceitos, isto é a relação dos objetos conceituados com outros objetos conceituados, assim a análise conceitual objetiva a determinação das possibilidades no mundo empírico. Essa análise conceitual é considerada como o método lógico linguístico para examinar conteúdos da realidade, tais como conceitos e concepções, bem como no exame na definição dos conceitos. Assim, como mostra a história, esse método lógico conceitual foi ampliado para examinar os sistemas imanentes de filosofia e ver suas contradições, dada suas premissas ou suas consequências absurdas, e Kelsen foi uma vítima deste método, tal como coloca Olivecrona. Veja que a análise conceitual de Uppsala é oriunda, senão:

“Desde o tempo de Sócrates foi considerado que uma das tarefas mais importantes da filosofia é analisar as noções que são comumente usados para obter um mundo real de conceitos científicos, que devem ser internamente consistente. Para a Realidade, a qual refere à ciência não pode ser descrito por juízos contraditórios. Não há dúvida de

que é sempre possível expressar estas decisões em palavras, mas estas palavras não têm significado. Portanto, nenhuma ciência que procura descrever a Realidade pode elidir uma análise conceitual desse tipo.”[15]

Assim, a tarefa da filosofia de Uppsala decorre por sua criticidade conceitual dos sistemas imanentes de filosofia. Tal como a ciência busca descrever e captar a essência da realidade, conforme descrições e análises dos fatos, os sistemas de filosofia, ao seu turno, que buscam descrever e analisar a realidade, e assim captar a essência da realidade, e, nesta medida, a filosofia nada mais é do que críticas e críticas desses sistemas imanentes de conhecimento. Vamos relembrar a tese da realidade de Hägerström: a realidade sensível completamente lógica, assim o conhecimento é remetido às condições de possibilidade lógica, se mesmo tal conhecimento visa descrever e captar a realidade. Com essa tese Hägerström buscou colocar o subjetivismo diante de si mesmo e ver como os sistemas oriundos do subjetivismo são nada mais nada menos que ficção e nada refletem a realidade. Como é esse método lógico linguístico? Vamos dar dois exemplos: Berkeley e Kelsen. Neste item evidenciaremos o idealismo de Berkeley e suas contradições e, de outro lado, Kelsen, que evidenciaremos no seu devido lugar.

Berkeley sintetizou seu sistema filosófico pelos termos: “esse est percipi”[16]. Agora sob a perspectiva da análise conceitual de Marc Wogau[17], discípulo da Escola de Uppsala de 1911. O problema identificado por Wogau é que Berkeley necessariamente precisa adicionar premissas, ora buscar por premissas implícitas, neste seu sistema filosófico, o que faz confundir essencialmente seus conceitos. Assim, “esse est percipi”, Berkeley utiliza “esse” ou “ser”, oriundo do Renascimento, em dois modos: “ser” tanto como existência como essência. Assim percebe-se o ser enquanto posições do ser, na existência, e propriedades do ser, na essência. Agora, quanto ao termo “est” ou “é”, Wogau aponta dois

sentidos: um forte e um fraco. O sentido é forte quando “est” ou “é” diz respeito à identidade. Por outro lado, há o sentido fraco, onde “est” ou “é” diz respeito a uma relação formal de equivalência. A argumentação lógica é para o sentido forte: se x existe, então x é percebido. Por outro lado, o sentido fraco o argumento lógico é: se x existe, implica que x é percebido. Voltemos ao princípio, “*esse est percipi*”. Berkeley utiliza “percipi” ou “ser percebido” não em duas formas, mas em diversos sentidos, “*parece compreender tanto as coisas sensíveis quanto às ideias de memória e imaginação, mas também uma espécie de conhecimento não sensível do que algo é*”.^[18] Assim, diante destas possibilidades, o método lógico busca evidenciar essas possibilidades, ou melhor, essas contradições conceituais, o que inviabilizaria o próprio sistema de referência, dado suas contradições internas conceituais.

Por outro lado, o próprio Kelsen, junto com sua Teoria Pura do Direito, foi vítima e muito criticado pelos escandinavos.

III – Karl Olivecrona e o problema da norma jurídica de Hans Kelsen

Karl Olivecrona, em “Lei como fato” de 1939, aplica referido método lógico conceitual na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Olivecrona critica o que Kelsen edifica-se por validade da norma jurídica: (i) remissão da norma a outra norma até a CF; (ii) existência no espaço e tempo e (iii) mínimo de eficácia. Assim, dado que a norma é válida, a norma possui obrigatoriedade para os súditos e há a força obrigatória soerguida desta validade. Hans Kelsen recebeu diversas críticas por parte dos escandinavos, tais críticas referem-se, em sua maioria, ao conceito de validade. Os escandinavos remetem-se ao pressuposto de Kelsen, o que ocasiona uma crítica conceitual do conceito de validade. De outro lado, os escandinavos interpretam Kelsen e sua Teoria Pura do Direito assim: (a) ideia positiva de que existe uma dogmática jurídica diversa da social; (b) Direito é um sistema de regras vinculadoras e obrigatórias, pois são válidas; (c) posição de Kant, acerca da diferença entre ser e dever-ser; (d) Teoria Pura do Direito movido pela coerência, ao tentar ser científica.

Nesta moldura, os escandinavos afirmam pela não concretude da coerência formal na Teoria Pura do Direito. Por um lado, o dever-ser objetivo de Kelsen é um dever-lógico e não um dever-ser com sentido axiológico. Mas, o que significa o dever-lógico? De outro lado, os escandinavos mostram sua inconsistência teórica, pois este dever-ser lógico não está isento de interesse valorativo, tal como é a situação do assaltante. Os escandinavos consideram a Teoria Pura do Direito de Kelsen uma metafísica naturalista, pois validade diz respeito a um edifício ideal. Vejamos a crítica de Olivecrona: se na Teoria Pura do Direito, edifica-se uma teoria jurídica com pretensão de pureza, ao desenvolver o Direito como norma válida, esse desenvolvimento, cujo propósito é demonstrar como dever ser considerado o Direito, indene misturar elementos diversos de sua natureza, *“que o direito deve ser nitidamente diferenciado da ética, por uma parte, e por outra, dos fatos sociais da vida social e do mundo da natureza em geral.”*^[19] Uma norma jurídica coloca os fatos em uma relação diversa das causas e efeitos, essa conexão dos fatos consiste que um fato deve seguir outro fato, tal como um castigo deve seguir o delito. Assim, esse “deve” tem uma conexão objetiva, uma conexão dita pura por Kelsen. Veja que neste sentido dado por Kelsen, as normas existem num plano diverso deste mundo empírico. Agora a pergunta de Olivecrona: como os fatos do mundo real podem produzir efeitos neste mundo do dever ser? Esse é o grande mistério.

IV – Karl Olivecrona e norma jurídica empírica como imperativos independentes

Se em Kelsen, com a norma válida, surge sua obrigatoriedade em cumprir, sob pena de sanção do Estado. Assim, um cidadão pensa o que é a Lei e em como agir de acordo com as Leis, e esse pensar em como agir de acordo com as leis, surge à força obrigatória do Direito. De outro lado, Olivecrona opera análise conceitual sobre o que é essa força obrigatória. Há ou não há um lugar para força obrigatória no mundo empírico? Força obrigatória é ou não é um fato? Ora, força obrigatória é imaginação, não há lugar do que entenda-se por força obrigatória neste mundo empírico: espaço x tempo, tampouco há uma correspondência do objeto jurídico: força obrigatória, direito subjetivo, etc, no mundo empírico.

O que pretende mostrar Olivecrona, dado que a realidade sensível é lógica, é: Direito e dever só existem na cabeça dos humanos, Direito e dever são representações subjetivas, ou seja, são imaginações de modelos de conduta. Assim, dever não tem realidade no mundo empírico, senão na imaginação do homem, dado que não há uma realidade objetiva para força obrigatória, direitos subjetivos, linguagem jurídica, etc, o que configura ideias fictícias, Olivecrona, num segundo passo, analisa a essência do conceito de Direito: “a essência da noção de direitos é a ideia de poder”^[20], essa ideia de poder fictício gera o sentimento de poder^[21]. Logo, dado que o Direito refere-se a entes não naturais ou como poder fictício, Olivecrona aponta uma teoria da norma jurídica empírica fundamentada por associações simultâneas.

Veja que Olivecrona coloca que o dever ser, dever, não é conteúdo primário e redutível da consciência, senão que é uma situação psicológica. Essa situação psicológica busca estabelecer conexões entre ideias de ações^[22] e expressões imperativas^[23], p. ex., a ideia de cometer um roubo está ligada com a ideia de um imperativo: (a) “não roubarás!”; (b) “Tu deves não roubar”; (c) “É proibido roubar”. Veja que estas proposições expressam mesmo significado: são imperativos independentes, isto é são ordens sem determinado emissor. Em que pese mesmo significado, essas proposições possuem efeitos diversos. Na proposição (a), trata-se de uma “pura norma” ou uma pura ordem independente de emissor, e nessa classe de imperativos, existem diversos gêneros, tais como sinais, símbolos, gestos, etc. Não trata de ordens ou comandos propriamente ditos, pois dependeriam de emissor determinados. Essa classe de imperativos não evidencia transmitir ou conhecer sua natureza, senão que pretende influenciar na vontade do remetente, ou de outra forma, que esses imperativos independentes causam uma sugestão psicológica: surge uma ideia de ação mais uma ideia de conduta valorada.

“Em rigor, não transmitimos conhecimento através de nossa externalização, senão que sugerimos influenciar a mentalidade e nos atos das outras pessoas. Não há um juízo real atrás desses julgamentos. A

natureza objetiva da ação não é determinada com dizer que deve ou não ser executada. O que está por trás dessas declarações é algo diferente de um julgamento, é a nossa ideia de que uma expressão imperativa está ligada à ideia de uma ação. Psicologicamente isso é uma ligação simples, embora de grande importância, em vida social; mas por certas razões a conexão é apresentada como existindo objetivamente.”[\[24\]](#)

Pois bem, agora rememorando o que foi disto neste tópico até agora, que (a) não há cognição acerca das normas, senão que são representações subjetivas de modelos de conduta ou entes imaginativos; (b) que a essência do Direito é um poder fictício que gera uma sensação de poder; (c) desta sensação de poder, criam-se sugestões psicológicas: ideia de conduta juntamente com o imperativo. Veja que essas sugestões psicológicas decorrem no fato de como os cidadãos pensam como é a Lei e pensam em como agir, e assim, de um lado, as representações subjetivas e, de outro, as noções imaginárias do Direito. Ou de outra forma, os cidadãos ao pensar em como agir conforme a Lei, e operam esse esquema: ideia de ação mais ideia de objeto valorado (finalidade da ação), isso configura uma norma jurídica fundamentada pela teoria do erro moral. O que evidencia que o Direito não é obrigatório, no sentido de que o cidadão tem consciência e conhecimento das normas, senão que há um efeito psicológico das normas, ou seja, os imperativos independentes, “*se não há em realidade nem direitos e nem obrigações, o que chamamos de direito deve ser essencialmente força organizada, e em realidade é isso.*”[\[25\]](#) Assim, a norma jurídica dependerá da eficácia destes imperativos independentes. Como? Mediante a utilização da efetiva força organizada pelo Estado, dado pela função do medo, propaganda, ideias morais, etc, e isso é o monopólio institucionalizado do uso da violência legítima pelo Estado.

Portanto, a norma jurídica, em Karl Olivecrona, tem três funções: (a) ordenar conduta do cidadão, do Estado ou quem quer

que efetivamente cumpra essa função, assim sua função é influir na conduta; (b) imperativa, como conteúdo, pois deriva entre a ordem e o comando, e (c) imperativo independente, como forma estrutural: são ordens sem emissor determinado. Isso configura a função da norma jurídica como imperativos independentes.

V – Considerações Finais

Assim, buscamos colocar o problema da crítica escandinava à teoria da norma jurídica de Hans Kelsen, e que tal crítica operada por Karl Olivecrona pela obra “Lei como Fato” de 1939 ocasionou o surgimento da teoria da norma jurídica empírica. Evidenciamos o pressuposto de Karl Olivecrona, isto é Axel Hägerström e sua crítica contra a metafísica, bem como sua teoria do erro moral, condição de possibilidade para a teoria da norma jurídica de Olivecrona. Tanto Hans Kelsen, como Olivecrona compartilham do uso do monopólio da força organizada pelo Estado; ambos compartilham acerca da separação entre Moral e Direito, mas divergem quanto ao caminho desta separação. Hans Kelsen propõe a cognição da norma jurídica, conforme sua obra “Teoria Pura do Direito” e, de outro lado, Olivecrona propõe a não-cognição da norma jurídica, senão que há uma sugestão psicológica operada pelos imperativos independentes, onde a eficácia é efetivada pelo Estado e seus meios de comunicação, como a propagando, a função do medo, ideias morais, etc.

O objetivo, indene de exaurir seus conteúdos, foi colocar o problema da teoria da norma jurídica empírica, sob um ponto de vista sueco. Assim, no primeiro item colocamos fatos históricos e filosóficos no desenvolvimento da filosofia de Uppsala de 1911. E, num segundo momento, evidenciamos a norma jurídica empírica em Karl Olivecrona, a norma jurídica empírica configura como imperativos independentes que cumprem determinadas funções.

VI – Referências

CASSIRER. Ernst. Filosofia Moral, derecho y metafísica. Um diálogo com Axel Hagerstrom. Trad. Roberto R. Aramayo. Herder: Barcelona, 2010.

HAGERSTROM. Axel. Philosophy and Religion. Trad. Robert T. Sandin. Muirhead Library of Philosophy. Routledge: New York, 2002.

HART. Herbert L. A. Scandinavian Realism. The Cambridge Law Journal, vol. 17, 1959, p. 233-240

HIERRO. Liborio L. El Realismo Jurídico Escandinavo: una teoría empirista del derecho. Fernando Torres-Editor S.A.: Valencia, 1981.

MARC-WOGAU. Konrad. Philosophical Essays. Library of Theoria No° XI. Ejnar Munksgaard: Copenhagen, 1967.

OLIVECRONA. Karl. El derecho como Hecho. Roque Depalma Editor: Buenos Aires, 1959.

OLIVECRONA. Karl. Law as Fact. Einar Munksgaard: Copenhagen, 1939.

OLIVECRONA. Karl. Law as Fact 2°ed. Stevens & Sons: Londres, 1971.

OLIVECRONA. Karl, LUNDSTEDT. Vilhelm, BRANDÃO. Jose, VILLANOVA. Jose, CABRAL de MONCADA. L (eds.) El Hecho del Derecho. Editorial Losada S.A: Buenos Aires.

OLIVECRONA. Karl (ed.). Axel Hagerstrom. Inquiries into the nature of law and morals. Trad. C. D. BROAD. Almqvist & Wiksells: Uppsala, 1953

OLSON. Jonas. Moral Error Theory. History, Critique, Defense. Oxford University Press. 2014

PAULSON. Stanley L., PAULSON. Bonnie L. (eds). Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes. Clarendon Press: Oxford, 1998.

PETERSSON. B. Axel Hägerström and his early version of error theory, *Theoria*, 77, 55-70, 2011

NOTAS:

[1] “Towards the end of his life, however, Kelsen changed his views, moving towards a 'nihilistic' position, reminiscent of that of Hägerström, with regard to the possibility of 'logic of norms' or 'deontic logic’”. WRIGHT. G. W. Von. Is and ought, p. 366. In PAULSON S. L.; PAULSON B. L. Normativity and Norms: critical perspectives on Kelsenian Themes. Inglaterra: Clarendon Press: 1998. Part iv, p. 365-383.

[2] “Além do mais, proponho que a metafísica deve ser destruída”

[3] “Praeterea censeo metaphysicam esse delendam, não é simplesmente uma avaliação desfavorável da metafísica. É uma declaração de opinião que devemos destruir a metafísica, se quisermos atravessar a névoa das palavras surgidas de sentimentos e associações e prosseguir “dos sons às coisas”. In HAGERSTROM. Axel. Philosophy and Religion. Trad. Robert T. Sandin. Muirhead Library of Philosophy. Routledge: New York, 2002 p. 74

[4] “*el império de la metafísica abarca mucho más de lo que dejan conocer sus manifestaciones históricas*”. CASSIRER. Ernst. Filosofia Moral, derecho y metafísica. Um diálogo com Axel Hagerstrom. Trad. Roberto R. Aramayo. Herder: Barcelona, 2010, p. 42

[5] “*y como, según Hägerström, todas las representaciones metafísicas no encierran dentro de sí contenido efetivo alguno, sino que simplemente remiten al reino de la superstición.*” cassirer43

[6] ““Metaphysics dominates not only in philosophy, but in Science generally. But it is nothing but a series of combinations of words, concerning whose character the metaphysician knows

nothing.” HAGERSTROM. Axel. Philosophy and Religion. Trad. Robert T. Sandin. Muirhead Library of Philosophy. Routledge: New York, 2002, p. 60

[7] “We should designate as metaphysics every view which makes something real out of reality itself – reality in itself (*an sich*) – whether one speaks simply of pure being, as if one had thereby represented something real, or whether one takes some particular real thing and regards its reality as one takes some particular real thing and regards its reality as one property along with others.” *Ibid.*, p. 60

[8] “to maintain the completely logical character of sensible reality.” *Ibid.*, p. 37.

[9] “That which is apprehended is always something other than the apprehension”. *Ibid.*, p. 38

[10] “when one regards value and the world of experience as together real, lacks determinateness.” *Ibid.*, p. 315.

[11] “in reality only a expression in the indicative form of a feeling or an interest in connection with the idea of something.” *Ibid.*, 315.

[12] “which has the significance that it evokes in us a corresponding feeling or will.” *Ibid.*, p. 315.

[13] Mais informações: PETERSSON. B. Axel Hägerström and his early version of error theory, *Theoria*, 77, 55-70, 2011; OLSEN. J. Moral Error Theory. Oxford University Press: Inglaterra, 2014.

[14] Veja que Hägerström é uma reação às teorias idealistas

[15] “Ever since Socrates’ time it has been held that one of the highest tasks of philosophy is to analyze notions which are in common use in order to attain a real world of scientific concepts, which must be internally coherent. For the reality, with which science is concerned, cannot be described by means of judgments which contradict each other. No doubt it is always possible to put such judgments into words, but these words have no meaning. Therefore no science which claims to describe reality can evade a

conceptual analysis of this kind.” HÄGERTRÖM. A. The conception of a declaration of intention in the sphere of private law. In OLIVECRONA. K. (ed.) *Inquiries into the nature of law and morals*. Almqvist & Wiksells: Uppsala, 1953, p. 299-300.

[16] Ser é ser percebido

[17] MARC-WOGAU. Konrad. *Philosophical Essays*. Library of Theoria No° XI. Ejnar Munksgaard: Copenhagen, 1967, p. 61-85.

[18] *Ibid.*, p. 69

[19] OLIVECRONA. K. *El derecho como hecho*. Roque Depalma Editor: Buenos Aires, 1959, p. 8.

[20] *Ibid.*, p. 67.

[21] “Este poder, sem embargo, não existe no mundo real. (...) É um poder ‘fictício’, um poder ideal ou imaginário. Este ‘poder’ é, em realidade, somente uma palavra vazia. Nada há atrás dessa palavra. Mas a ideia de ter um poder imaginário é capaz de engendrar um sentimento de poder, é dizer, um sentimento de atividade e de força. Este sentimento dá uma aparência de substancia da ideia e, por isso, ajuda a conservar a ilusão de que estamos na presença de um poder real.” *Ibid.*, p. 67.

[22] Esquema de conduta soerguido pela representação subjetiva da Lei: “se A, então B”, na situação pensada.

[23] Não é exatamente nem uma ordem e nem um comando, mas entre os dois. Ou de outra forma: “Uma ordem em sentido próprio implica uma relação pessoal. A ordem é dada por uma pessoa a outra mediante palavras ou gestos destinados a influir na vontade. Agora; a mesma classe de palavras podem ser usadas em muitos aspectos em que não exista relação pessoal alguma entre a pessoa que ordena e quem recebe a ordem. Apesar disso, as palavras podem produzir efeitos similares quando não idênticos. Elas operam independentemente da pessoa que ordena, podemos falar deste caso como “imperativos independentes” a fim de chegar a uma expressão adequada.” *Ibid.*, p. 28.

[24] “En rigor no transmitimos conocimiento a través de nuestras exteriorizaciones, sino que sugerimos a fin de influir em

la mentalidade y em los actos de otras personas. No hay um juicio real tras esas sentencias. La naturaleza objetiva de una acción no se determina con decir que debería o no ser ejecutada. Lo que hay tras esas sentencias es algo distinto de un juicio, es nuestra idea de que una expresión imperativa va unida a la idea de una acción. Psicológicamente esto es una simple conexión, aunque de la mayor importância, em la vida social; pero por ciertas razones la conexión se nos presenta como existiendo objetivamente” *Ibid.*, p. 31.

[25] *Ibid.*, p. 95.

TRANSEXUAIS: DIREITO À REDESIGNAÇÃO DO ESTADO SEXUAL E A IDENTIFICAÇÃO SOCIAL

STÉPHANIE ALMEIDA ARAÚJO: Advogada, formada pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU.

RESUMO: A transexualidade é um fenômeno complexo de disforia de gênero em que o indivíduo não consegue identificar-se sexualmente, vez que o seu sexo psíquico é incompatível com o seu sexo físico. A não identificação sexual impossibilita-o de desempenhar o seu papel social, fazendo com que o mesmo não se sinta membro pertencente a sociedade. A transexualidade é considerada pela medicina como uma patologia e, apesar da cirurgia de transgenitalização ser regulamentada pela Resolução CFM n. 1955/10, sendo, ainda, um dos procedimentos cirúrgicos custeados pelo SUS, conforme Portaria n. 1.707/08, os transexuais ainda encontram resistência em relação à modificação do seu registro civil, como forma de completude de sua redesignação sexual. Assim, o presente trabalho visa analisar um novo aspecto do direito ao nome, considerando as condições humanas e a sua finalidade essencial de individualizar e incluir o indivíduo na sociedade, bem como a sua regra da imutabilidade, levando em consideração sua interpretação através do aspecto constitucional e social. Objetiva-se também identificar e analisar as alternativas encontradas pelos tribunais brasileiros ante a omissão do ordenamento jurídico brasileiro para viabilizarem a inclusão social dos transexuais, bem como sua identificação e individualização, propondo uma aplicação analógica da substituição do prenome pelo apelido público notório pelo qual o indivíduo é reconhecido no meio social em que vive. E, ainda, questionar se essa aplicação analógica garante efetividade das garantias constitucionais para fins de proporcionar uma condição de vida digna aos transexuais. Para tanto, adotar-se-á a análise dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que buscarão esclarecer todos os direitos inerentes a pessoa humana, bem como assegurar a possibilidade da retificação do registro civil dos transexuais como fator determinante em sua redesignação sexual. A análise jurisprudencial faz-se de suma importância para observarmos como e

se essas garantias estão sendo asseguradas pelos tribunais brasileiros, já que o ordenamento jurídico é omissivo em relação a essa problemática. Ainda, faz-se necessário ressaltar a importância do direito comparado, com intenção de analisar como o ordenamento jurídico estrangeiro busca acompanhar a evolução social e os novos anseios da sociedade. No primeiro capítulo trataremos breve introdução ao tema. Seguindo, no segundo capítulo, abordaremos o reconhecimento do transexual na sociedade. E, por fim, no último capítulo do presente trabalho, trataremos do amparo constitucional e dos direitos fundamentais relacionados ao tema.

Palavras chave: Transexuais. Transexualidade. Redesignação Sexual. Inclusão Social. Garantias Constitucionais. Dignidade da Pessoa Humana. Direito à Saúde.

Sumário: 1 Introdução. 2 Reconhecimento do transexual na sociedade. 3 Amparo Constitucional. 4. Considerações Finais. 5. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Os transexuais vêm caminhando à margem da sociedade por anos, não só pela ambivalência quanto à identificação com o próprio ser e a sociedade a que pertence, como também pela falta de legislação no ordenamento jurídico brasileiro que assegure sua inclusão social.

O presente trabalho visa analisar a possibilidade de alteração do registro civil como meio de inclusão social do transexual, vislumbrando novos aspectos do nome civil, considerando sua finalidade de individualização do ser humano e sua qualidade intrínseca à personalidade, de modo a garanti-lo aos indivíduos transexuais, não só pela aplicação analógica do artigo 58 da Lei n. 6.015/73, mas por ser um direito subjetivo do ser humano, independentemente de sua orientação sexual. O ser humano tem direito ao nome e a identificar-se com ele.

Assim, trazemos para o nosso trabalho, a identidade de gênero como uma questão sociocultural, fugindo a idéia de que o sexo biológico deve preponderar sobre o sexo psíquico, vez que a identidade gênero constitui a interação harmônica entre essas manifestações sexuais, possibilitando a identificação do indivíduo.

O transexual é aquele indivíduo que não possui identidade de gênero, já que o seu sexo psíquico é incompatível com o seu sexo morfológico, de forma que, apesar de fisicamente pertencer a um determinado sexo, o seu psíquico influi para que ele acredite pertencer ao sexo oposto.

Atualmente, a transexualidade é considerada pela medicina como uma síndrome de disforia de gênero. Um dos meios encontrados como tratamento e redesignação sexual dos transexuais é a cirurgia de transgenitalização, que busca adaptar a realidade do transexual, adequando seu sexo físico ao sexo psíquico. Após diversas normativas que tentaram abordar o tema, a intervenção cirúrgica foi regulamentada pela Resolução CFM n. 1.955/10. E foi incluída pela tabela de procedimentos cirúrgicos custeados pelo SUS, pela Portaria n.1.707/08. No entanto, para a redesignação completa desses indivíduos é necessária a retificação do registro civil para evitar a exposição a situações vexatórias e efetivar o seu papel social.

Salienta-se, como fator garantidor da inclusão social dos transexuais, a possibilidade de alteração no registro civil, tanto do nome quanto do gênero sexual. O artigo 58 da Lei n. 6.015/73 admite a substituição do prenome constante no registro civil pelo apelido público notório, partindo da premissa de que o nome tem como função a individualização do ser e a identificação do ser humano com o seu aspecto subjetivo, ou seja, seu aspecto interior. Os tribunais brasileiros têm entendido que a aplicação analógica desse dispositivo normativo confere amparo legal para a problemática suscitada pela transexualidade, trazendo a possibilidade de adequar o registro civil a identidade social do indivíduo, tendo em vista sua nova condição física e psicológica.

Discutiremos, ainda, se a aplicação analógica do dispositivo supracitado é um meio efetivo de assegurar os direitos e garantias constitucionais trazidas pela Carta Magna de 1988. O nome, como um direito da personalidade, não deve ser reconhecido através de uma aplicação analógica, é intrínseco ao ser humano e a sua problemática deve solucionada com base nos princípios constitucionais, vez que o transexual não visa a adoção de um apelido público notório, ele visa o reconhecimento do seu direito ao nome.

O transexualismo é uma realidade e a omissão do ordenamento jurídico brasileiro e o conservadorismo dos nossos tribunais não pode servir de escopo para suprimi-lo e excluí-lo da nossa sociedade. O Direito é um meio de alcance da justiça social e deve acompanhar os fatos, a realidade, e se adequar aos novos anseios sociais.

Diante ao exposto, o presente trabalho buscará analisar a situação dos transexuais, observando as condições humanas e garantias amparadas pela Carta Magna, de modo eu sejam efetivamente asseguradas a todo e qualquer cidadão, permitindo, ainda, que seu nome seja, de fato, um atributo inerente à sua pessoa, independentemente de seus aspectos físicos ou morais.

Para isso, adotaremos como método de abordagem dedutivo, já que utilizaremos como ponto de partida a existência da Constituição Federal do Brasil que traz os parâmetros gerais do direito à dignidade da pessoa humana, à saúde e à cidadania, assegurados a todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no país. Também será utilizado o método indutivo vez que analisaremos especificamente alguns casos concretos particulares para demonstrar a abrangência dessa problemática e a realidade do indivíduo transexual que exige atenção do legislador e do aplicador do Direito.

2. RECONHECIMENTO DO TRANSEXUAL NA SOCIEDADE

A identificação social do indivíduo consiste na adequação do ser humano com a sociedade a que pertence. Alguns indivíduos, no

entanto, sofrem transtornos psíquicos e por diversos motivos não conseguem se identificar com o meio social em que vivem.

A não identificação social está relacionada, muitas vezes, com a falta de identificação do ser com a própria sexualidade, como no caso dos transexuais. Para a sociedade, bem como para o Direito, existem somente dois sexos, o feminino e o masculino. É assim que o indivíduo é identificado na sociedade, inclusive, para o exercício de seus direitos.

A sexualidade, por sua vez, não é pautada apenas na definição sexual do ser – seja qual for sua forma-, é fruto da interação entre os indivíduos e as estruturas sociais. Ou seja, além das manifestações sexuais do indivíduo, a sexualidade compreende as normas sociais, jurídicas e religiosas de uma sociedade. É o que chamamos de identidade de gênero.

É a partir dessa perspectiva que devemos considerar a identidade de gênero como uma construção sociocultural, em que o sexo natural ou biológico não prepondera como fator determinante vez que esse é definido pela natureza enquanto o gênero é construído pela influência do meio sociocultural em que vive o indivíduo. É a interação harmônica e coerente entre esses dois fatores que possibilitará a identificação sexual e social do indivíduo com o meio em que vive.

No caso do indivíduo transexual, o transtorno consiste na divergência do sexo psíquico com as demais formas de identificação sexual, pois, apesar de seus sexos cromossômicos, gonadal, morfológico e legal determinarem sua inclusão em determinado gênero, o seu sexo psíquico influi para que ele acredite pertencer ao sexo oposto, reagindo em desacordo com o que é considerado normal para as pessoas do sexo ao qual pertence. Dessa forma, não há adequação entre o sexo biológico e o sexo psíquico do indivíduo, criando uma dicotomia físico-psíquica e a não identificação com a sociedade. Os transexuais vêm caminhando à margem da sociedade por anos, não só pela ambivalência quanto à identificação com o próprio ser e a sociedade a que pertence, como também pela falta de legislação

no ordenamento jurídico brasileiro que assegure sua inclusão social. Sendo assim, a problemática tem sido resolvida no âmbito jurisprudencial, por mera deliberação dos aplicadores do direito que, diante do caso concreto, ponderam a regra da imutabilidade com os direitos constitucionais.

Entretanto, ressalta-se que a aplicação da regra da imutabilidade do nome civil por alguns tribunais brasileiros não só acarreta a exclusão social, mas a exclusão da identidade pessoal do transexual como ser humano, cidadão brasileiro que tem garantido constitucionalmente o direito à vida e à cidadania. Isso porque em um país cuja Carta Magna tem como princípio reitor a Dignidade da Pessoa Humana, esses cidadãos têm dificuldade em se sentirem pertencentes à sociedade, visto que sua identidade pessoal torna-se diferente de sua identidade social.

E, além da falta de regulamentação no ordenamento jurídico que assegure aos transexuais seus direitos, por anos os tribunais privilegiaram, e ainda privilegiam, a aplicação da regra da imutabilidade do registro civil face à identificação e inserção social a que tem direito os cidadãos, independentemente de sua orientação sexual.

Conforme entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o transexual que se submeteu a cirurgia de transgenitalização não terá o direito à modificação do seu registro civil, do nome tampouco do sexo, afirmando que a medicina não tem o poder de determinar o sexo do ser humano, quem o faz é somente a natureza. Sendo assim, o cidadão transexual que deseja sua adaptação à sociedade e realiza a operação de mudança de sexo deverá arcar com as consequências de suas escolhas e, portanto, o Poder Judiciário não deve apreciar a questão. Conforme ementa da decisão:

RETIFICAÇÃO NO REGISTRO CIVIL.
MUDANÇA DE NOME E DE SEXO.

IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDO. O
homem que almeja transmudar-se em mulher,

submetendo-se a cirurgia plástica reparadora, extirpando os órgãos genitais, adquire uma "genitália" com similitude externa ao órgão feminino, não faz jus à retificação de nome e de sexo porque não é a medicina que decide o sexo e sim a natureza. Se o requerente ostenta aparência feminina, incompatível com a sua condição de homem, haverá de assumir as conseqüências, porque a opção foi dele. O Judiciário, ainda que em procedimento de jurisdição voluntarie, não pode acolher tal pretensão, eis que a extração do pênis e a abertura de uma cavidade similar a uma neovagina não têm o condão de fazer do homem, mulher. Quem nasce homem ou mulher, morre como nasceu. Genitália similar não é autêntica. Autêntico é o homem ser do sexo masculino e a mulher do feminino, a toda evidência. [1](Destaque nosso)

Nesse diapasão, também é o entendimento do Desembargador Grava Brasil que, em julgamento de Apelação Cível n. 452.036-4/00, em 2006, entendeu não ser direito do transexual a retificação do registro civil face à regra da imutabilidade dos dados do assento de nascimento. Ressaltou, ainda, que a modificação pode acarretar prejuízos para terceiros e que, portanto, não pode furtar-lhes o direito de conhecer a verdade.

Veja-se:

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. MODIFICAÇÃO DE NOME E SEXO. REGRA DA IMUTABILIDADE DOS DADOS DO ASSENTO DE NASCIMENTO, QUE SÓ PODEM SER MODIFICADOS EM RAZÃO DE JUSTIFICATIVA IRREBATÍVEL. SEM RISCO PARA A VERDADE QUE TODO O REGISTRO DEVE ESPELHAR E

SEM QUE SE RETIRE DOS TERCEIROS O DIREITO DE CONHECER A VERDADE. SENTENÇA MODIFICADA. RECURSO PROVIDO. [2] (Destaque nosso)

Nos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves,

[...] a ablação de órgão para a constituição do sexo oposto não se mostra suficiente para a transformação, pois a conceituação de mulher decorre da existência, no interior do corpo, dos órgãos genitais femininos: dois ovários, duas trompas que conectam com o útero, glândulas mamárias e algumas glândulas acessórias etc. [3]

Outros doutrinadores, apesar de defenderem a possibilidade de alteração no registro civil, ressalvam que o mesmo deverá conter a alteração do nome e não do sexo, haja vista ser o sexo genético imutável e a alteração do mesmo no assento de nascimento ensejaria vários direitos pertencentes ao sexo oposto, como licença-maternidade no caso de adoção, redução do prazo para aposentadoria, reconhecimento de união estável, participações em competições esportivas pelo sexo oposto, etc. Há, ainda, aqueles que defendem a alteração no registro civil, com a condição de constar a sua condição de indivíduo “transexual”, estabelecendo a criação de um terceiro gênero.

As decisões supracitadas fundamentam-se em princípios imobilizadores do registro civil, buscando preservar valores conservadores do ordenamento jurídico brasileiro e não condizentes mais com os anseios da sociedade, como segurança jurídica e prevalência do interesse de terceiros.

Ressalta-se, entretanto, que o presente trabalho não tem o condão de rechaçar a regra da imutabilidade do nome civil, reconhecemos a sua importância para fins de evitar a anarquia social e a banalidade do registro civil, pondo, ainda, em risco a sua fé pública.

No entanto, defende-se que, uma vez não aplicados os princípios basilares da nossa Constituição Federal, a anarquia social já está caracterizada. Portanto, a falta de aplicação dos princípios constitucionais já constitui uma anarquia social para os excluídos da sociedade.

O direito à identidade tem a finalidade de individualizar o indivíduo dos demais membros da sociedade, sendo a base para o exercício dos demais direitos. É representado, em especial, pelo direito ao nome, elemento integrante da personalidade, sendo o sinal exterior que individualiza o homem.

Choeri revela a identidade humana sob duas dimensões, uma estável e a outra dinâmica. Para ele, na dimensão estável – compreendidos o nome e os elementos de individualização física da pessoa – os elementos são modificáveis sob determinadas condições. A dimensão dinâmica compreende os elementos psicossociais, a experiência individual de cada pessoa, herança cultural, ideologia. Ou seja, os atributos adquiridos por sua interação social.^[4]

Sendo assim, tanto os elementos jurídicos e característicos da pessoa como o seu conhecimento empírico e a influência do meio social em que vive são fatores determinantes de sua identificação.

E, nas relações entre os indivíduos, os documentos possuem fundamental importância vez que concretizam esses elementos, como a certidão de nascimentos que identifica a pessoa, designando o seu nome, nacionalidade, sexo. É esse documento que enseja seus direitos e obrigações e se identifica na sociedade enquanto titular dos mesmos.

Desta feita, é essa a busca do indivíduo transexual, poder ser reconhecido socialmente da forma com que ele próprio se reconhece. E tais documentos certificadores de dados socialmente atribuídos à pessoa integram o processo de desenvolvimento da sua identidade. E, portanto, a possibilidade de alteração do registro civil dos transexuais é condição *sine qua non* de seu reconhecimento social e, consequentemente de sua inclusão social.

Devido à omissão do ordenamento jurídico brasileiro sobre a temática, grande parte da doutrina e da jurisprudência admite a alteração do registro civil por analogia^[5] à relativização da regra da imutabilidade que permite a substituição do prenome pelo apelido público notório pelo qual a pessoa é reconhecida no meio social em que vive, com fundamento no artigo 58, caput, da Lei de Registro Público – Lei n. 6.015/73: “O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”.

Assim, o artigo 58, caput, da Lei n. 6.015/73, fator garantidor dessa inclusão social, admite a substituição do prenome constante no registro civil pelo apelido público notório, partindo da premissa de que o nome tem como função a individualização do ser e a identificação do ser humano com o seu aspecto subjetivo, ou seja, seu aspecto interior. Portanto, a interpretação analógica desse dispositivo normativo confere amparo legal para a problemática suscitada pela transexualidade, trazendo a possibilidade de adequar o registro civil a identidade social do indivíduo, tendo em vista sua nova condição física e psicológica.

Nesse sentido, entendeu o Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves:

REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. PRENOME. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. APELIDO PÚBLICO E NOTÓRIO. O FATO DE O RECORRENTE SER TRANSEXUAL E EXTERIORIZAR TAL ORIENTAÇÃO NO PLANO SOCIAL, VIVENDO PUBLICAMENTE COMO MULHER, SENDO CONHECIDO POR APELIDO, QUE CONSTITUI PRENOME FEMININO, JUSTIFICA A PRETENSÃO JÁ QUE O NOME REGISTRAL É COMPATÍVEL COM O SEXO MASCULINO. DIANTE DAS CONDIÇÕES PECULIARES, O NOME DE REGISTRO ESTÁ EM DESCOMPASSO COM A IDENTIDADE SOCIAL, SENDO CAPAZ DE LEVAR SEU USUÁRIO A

SITUAÇÃO VEXATÓRIA OU DE RIDÍCULO. ADEMAIS, TRATANDO-SE DE UM APELIDO PÚBLICO E NOTÓRIO JUSTIFICADA ESTA A ALTERAÇÃO.

INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 56 E 58 DA LEI N. 6.015/73 E DA LEI N.9.708/98.[\[6\]](#)

Apesar de constituir um fator de inclusão social, a aplicação analógica do artigo 58, caput, da Lei de Registro Público não supre a necessidade do indivíduo transexual em ser reconhecido e não retira o caráter omissivo e prejudicial das normas brasileiras em relação às garantias constitucionais previstas pela Carta Magna.

O transexual não enseja a adoção de um apelido público notório, mas o reconhecimento de seu direito à redesignação sexual, tendo como consequência a alteração do prenome e do sexo no assento civil como medida garantidora no processo de desenvolvimento dessa nova identidade sexual e social. Portanto, almeja ser reconhecido como pertencente ao sexo oposto e, como tal, ter garantido o seu direito ao nome, que constitui um direito da personalidade.

Não obstante, tratar de um direito da personalidade de forma analógica é constatar a real falta de aplicação dos preceitos constantes na Constituição Federal de 1988, vez que esses direitos são inerentes à pessoa humana e não deveriam ser observados por aplicação analógica à uma norma infraconstitucional, a solução deverá ser buscada nos próprios princípios da Constituição Federal.

Ana Paula Ariston Barion Peres preleciona que “Por direitos da personalidade compreendem-se aqueles direitos relativos à tutela da pessoa humana, indispensáveis à proteção da dignidade e integridade das pessoas”.[\[7\]](#)

Dessa forma, são componentes intangíveis da pessoa e não podem ser deixados à margem da análise do julgador, sob pena de não mais desempenhar sua função, constituindo um relevante problema social.

No Direito Comparado, alguns países regulamentam a temática da transexualidade através de leis novas e específicas. Outros, através da adaptação de leis já existentes. Os países europeus receberam forte influência da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que assegura, entre outras garantias, o direito à liberdade do indivíduo; o que tem sido o fundamento para a legitimação das operações de redesignação sexual e a alteração no registro civil, tanto do nome quanto do estado sexual.

Na França, por anos os tribunais se pronunciaram contrários à redesignação do estado sexual. No entanto, após o Tribunal Europeu de Direitos do Homem proferir decisão condenatória contra a França devido a negação de pedido de redesignação pela Corte de Cassação francesa, os tribunais tem admitido a redesignação sexual e a mudança no assento civil, com fundamento no artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que dispõe sobre o direito ao respeito pela vida privada e familiar do indivíduo, não podendo haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito, salvo previsão legal ou para assegurar a segurança nacional.

Na Alemanha, a alteração do gênero sexual e do nome no assento de nascimento é regulamentada desde 10 de setembro de 1980 pela Lei dos Transexuais.

Na Itália, a temática também já é regulamentada de forma a permitir a retificação no registro civil. Maria Helena Diniz expõe em sua obra sobre o Biodireito a decisão da Corte Italiana:

A Corte Italiana, em 24 de maio de 1975, reformando decisão do Tribunal de Apelação de Nápoles, declarou que a retificação judicial de atribuição do sexo não se restringe ai caso de hermafroditismo, devendo ser aplicada também no transexualismo, pois o encontro da integridade psicofísica assegura o direito à saúde, que abrande a saúde psíquica.^[8]

Em Portugal, o ordenamento jurídico não faz referência à situação dos transexuais. A questão tem sido decidida jurisprudencialmente pelos tribunais, com fundamento no direito à identidade, constante no artigo 26 da Constituição Portuguesa.

Nos Estados Unidos da América, alguns estados adaptaram normais já existentes, outros trataram da problemática através de leis específicas. Louisiana, por exemplo, regulamentou a redesignação sexual em 1968m mediante lei específica e detalhada sobre os transexuais, possibilitando expressamente a alteração do nome do transexual junto ao registro civil. Já Nova York não possui norma específica sobre o assunto, que é tratado por regulamento administrativo, na competência do Ministério da Saúde Pública.

No Brasil, não há no direito positivo norma que regule a situação dos transexuais.

Luiz Alberto David Araújo discorre sobre a questão da falta de adequação do próprio direito com a realidade social, relacionando-o à possibilidade de alteração no registro civil como fator garantidor da inclusão social:

O descompasso entre a realidade e a realidade jurídica choca a todos. Não há necessidade de outros exemplos, tamanha a evidência e incoerência da situação. Se o direito deve tratar da realidade, como impor uma realidade distorcida como a descrita? Portanto, o direito de alteração do registro civil é evidente, com a redesignação do prenome, depois de todas as cautelas necessárias, como a verificação de certidões, etc.[9]

Desde 1995 tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 70-B, de autoria do Deputado José Coimbra, que dispõe sobre a redesignação

sexual, abrangendo a intervenção cirúrgica para alteração do estado sexual e a mudança no registro civil.

O Projeto inclui novo parágrafo ao artigo 129 do Código Penal Brasileiro, excluindo a conduta médica do crime de lesão corporal quando da realização da cirurgia de transgenitalização. A nova redação do artigo supracitado passaria a constar:

Art 129 .

Exclusão do crime

§ 9º Não constitui crime a intervenção cirúrgica realizada para fins de ablação e órgãos e partes do corpo humano quando, destinada a alterar o sexo de paciente maior e capaz, tenha ela sido efetuada a pedido deste e precedida de todos os exames necessários e de parecer unânime de junta médica.

Não obstante, propõe alteração do artigo 58 da Lei n. 6.015/73. O primeiro parágrafo consta o texto original do artigo. O segundo parágrafo prevê a possibilidade da alteração do prenome do indivíduo transexual submetido à cirurgia destinada a alterar o sexo originário, mediante autorização judicial. E o terceiro parágrafo determina a designação de “transexual” na averbação do registro de nascimento e no documento de identidade da pessoa transexual.

O artigo 58 da Lei n. 6.015/73 passaria a ter a seguinte redação:

Art. 58. O prenome será imutável, salvo nos casos previstos neste artigo.

§ 1º Quando for evidente o erro gráfico do prenome, admite-se a retificação, bem como a sua mudança mediante sentença do juiz, a requerimento do interessado, no caso do

parágrafo único do art. 55, se o oficial não houver impugnado.

2º Será admitida a mudança do prenome mediante autorização judicial, nos casos em que o requerente tenha se submetido a intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo originário.

§ 3º No caso do parágrafo anterior deverá ser averbado ao registro de nascimento e no respectivo documento de identidade ser pessoa transexual.

Entretanto, o parágrafo terceiro foi vetado pela Comissão de Constituição e Justiça, sob pena de expor os indivíduos transexuais ao ridículo e às situações vexatórias, devido à criação de um terceiro sexo que objetiva rotular os indivíduos, ferindo os seus direitos constitucionais.

A comissão “insurgiu-se contra a determinação de averbação de ser a pessoa transexual, com fundamento no art. 5º, X, da CF, que protege, entre outras coisas, a privacidade da pessoa. Além de agredir a privacidade da pessoa, a menção ao fato de ser transexual a expõe ao ridículo”.^[10]

O parágrafo terceiro passaria a constar a seguinte redação: “No caso do parágrafo anterior, deverá ser averbado no assento de nascimento o novo prenome, bem como o sexo, lavrando-se novo registro”.

A Comissão apresentou emenda aditiva a fim de incluir, ainda, o parágrafo quarto ao artigo 58 da Lei n. 6.015/73, vedando a expedição de certidão, salvo pedido do interessado ou determinação judicial, *in verbis*: “É vedada a expedição de certidão, salvo a pedido do interessado ou mediante determinação judicial”.

O referido projeto encontra-se na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.[\[11\]](#)

Ressalta-se que apesar de constituir relevante avanço no ordenamento jurídico brasileiro em relação ao reconhecimento dos direitos fundamentais aos transexuais, o projeto é omissivo em relação à várias problemáticas sobre o tema, como alteração do registro sem a realização da intervenção cirúrgica, a operação de incapazes devidamente assistidos, alteração do nome do transexual redesignado casado e/ou que possui filhos e sobre o registro dos mesmos.

Acerca dessa omissão, dispõe Ana Paula Ariston Barion Peres:

O referido projeto foi omissivo quanto à necessidade ou não de autorização judicial para a realização da cirurgia. Não explicitou os destinatários da norma; não determinou o estado civil do transexual para que possa submeter-se à operação e deixou de estabelecer as garantias para que ele exerça os direitos decorrentes do seu novo estado sexual. Conseqüentemente, não delimitou o alcance jurídico desse reconhecimento e, por fim, também deixou de fixar os respectivos deveres.[\[12\]](#)

Desta feita, a aprovação do referido projeto não exclui a apreciação do Judiciário dessas problemáticas. O Direito deve se adequar a realidade e acompanhar as mudanças sociais.

Em julgamento do Recurso Especial nº 1.008.398 - SP (2007/0273360-5), a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, deu provimento ao recurso no sentido da retificação do registro civil do transexual, em contraposição ao recurso interposto pelo Ministério Público que exaltou a regra da imutabilidade do registro civil face aos direitos fundamentais do ser humano, entendendo que atualmente o sexo não é designado tão somente pela genitália, pois

existem vários elementos identificadores do sexo, razão pela qual a definição de gênero não pode ser limitada somente ao sexo aparente, devem também ser considerados os fatores psicológicos e culturais.

Sendo assim, faz-se necessária a alteração do registro civil em relação ao sexo jurídico, proporcionando a identidade sexual, pois caso contrário estaria retirando do indivíduo transexual o direito de viver dignamente.

Reconheceu, ainda, o direito a alteração do nome, sob duas óbvias justificativas, quais sejam a manutenção do nome de nascimento do transexual no assento de nascimento implicará claramente em exposição do titular ao ridículo e a situação vexatória haja vista não condizer mais com a realidade aparente do mesmo, ferindo o disposto no artigo 55, parágrafo único, Lei de Registro Público – Lei n. 6.015/73.

Não obstante, se o indivíduo pode alterar o seu nome pelo apelido público notório pela qual se identifica e é reconhecido no meio social em que vive, conforme artigo 58, caput, do mesmo dispositivo legal, o transexual também há de ter seu direito à identidade reconhecido, podendo alterar seu nome pelo qual é reconhecido.

Conforme ementa de tal decisão:

Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana.

- Sob a perspectiva dos princípios da Bioética – de beneficência, autonomia e justiça –, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em

sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual.

- A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade.

- A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano.

- Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto.

- Somos todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os

atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana.

- A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo.

- Conservar o “sexo masculino” no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente.

- Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo

feminino, pelo qual é socialmente reconhecido.

- Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei n.º 6.015/73.

- Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar.

- Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolidada, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa

humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alçando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna.

- De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar “imperfeições” como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, conseqüentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado. Recurso especial provido.[\[13\]](#)

No mesmo sentido entendeu o Ministro João Otávio de Noronha no julgamento do Recurso Especial nº 737.993 – MG (2005/0048606-4), ao afirmar que não reconhecer juridicamente o pedido formulado é subtrair do indivíduo o seu direito à identidade, deixando de assegurar os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988, em especial, para os preceitos relativos à personalidade e à dignidade da pessoa humana.

Propõe, ainda, que para solucionar eventuais questões que sobrevierem no âmbito do direito de família, previdenciário e esportivo, é necessário registrar no livro cartorário, à margem do registro civil, as retificações do prenome e do sexo do indivíduo transexual, sendo vedada a constatação nas certidões de registro público, como RG e Carteira de Motorista, sob pena de exposição à situação vexatória e discriminatória.

No tocante ao poder familiar, Maria Helena Diniz entende que “a cirurgia de conversão de sexo, para evitar constrangimento ao cônjuge, só deverá, ser feito em transexual solteiro, divorciado ou viúvo”[\[14\]](#)

Sob a análise do Direito Comparado, tem-se:

Para evitar traumas ao ex-cônjuge e aos filhos, as leis alemãs e suecas vedam a redesignação sexual a pessoa casada, permitindo-a somente à solteira. Isso porque haverá problemas no relacionamento com a prole, que terá dificuldades no convívio social, ficando sem saber como deverá tratar o genitor que mudou de sexo.[\[15\]](#)

Em contraposição a esse entendimento, Luiz Alberto David defende que o transexual não pode ter o seu direito furtado em decorrência do casamento e dos filhos, a situação deve ser analisada no caso concreto e, caso não haja prejuízo para os filhos a cirurgia deve ser autorizada. *In verbis*:

[...] o fato de ter sido casado e de ter filhos não pode constituir obstáculo, por si, ao direito de felicidade do transexual. Trata-se de fatores que dificultarão sua nova realidade (especialmente diante da existência de filhos menores). No entanto, a regra não pode ser proibitiva, devendo ser analisada dentro do contexto da realidade, com apoio psicológico

para os filhos. Caso não houvesse prejuízos para estas, se menores, a cirurgia poderia ser autorizada.[\[16\]](#)

Veja-se ementa do Recurso Especial supracitado:

REGISTRO PÚBLICO. MUDANÇA DE SEXO.
EXAME DE MATÉRIA

CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE
EXAME NA VIA DO RECURSO

ESPECIAL. AUSÊNCIA DE
PREQUESTIONAMENTO. SUMULA N. 211/STJ.

REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO PRENOME
E DO SEXO. DECISÃO

JUDICIAL. AVERBAÇÃO. LIVRO
CARTORÁRIO.

1. Refoge da competência outorgada ao Superior Tribunal de Justiça apreciar, em sede de recurso especial, a interpretação de normas e princípios de natureza constitucional.

2. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 211/STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte *a quo*.

3. O acesso à via excepcional, nos casos em que o Tribunal *a quo*, a despeito da oposição de embargos de declaração, não regulariza a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC.

4. A interpretação conjugada dos arts. 55 e 58 da Lei n. 6.015/73 confere amparo legal para que transexual operado obtenha autorização judicial para a alteração de seu prenome, substituindo-o por apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive.

5. Não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade.

6. No livro cartorário, deve ficar averbado, à margem do registro de prenome e de sexo, que as modificações procedidas decorreram de decisão judicial.

7. Recurso especial conhecido em parte e provido. [\[17\]](#)

Nesse íterim, o Direito não deve obstaculizar o desenvolvimento social, sua interpretação deve atender aos anseios da sociedade e acompanhar sua evolução. Por isso, o Poder Judiciário não pode ignorar a problemática dos transexuais, haja vista já ser ignorada pelo Poder Legislativo, ferindo, em muito, os direitos fundamentais desses seres humanos, não obstante a todo o sofrimento já causado pela não identificação com o próprio ser e com o meio social em que vive.

Não obstante, garantir-lhes lugar na sociedade é efetivar os direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1988, qual seja direito à dignidade da pessoa humana, à cidadania, à integridade e à saúde, permitindo que seu nome seja, de fato, um atributo inerente à sua pessoa, independentemente dos seus aspectos físicos ou morais.

3. AMPARO CONSTITUCIONAL

Diante dos novos paradigmas constitucionais, é preciso analisar o direito à redesignação sexual, incluindo o direito ao nome, sob um novo aspecto, que passa a ter como essência os princípios constitucionais que, por serem reitores do ordenamento jurídico brasileiro, devem assegurar a condição de vida digna aos transexuais.

Nesse sentido, aduz Luís Roberto Barroso que “Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo um sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorrido”^[18]

Desta maneira, salienta-se a importância de se aplicar os princípios constitucionais à realidade social, conforme ensina Cármen Lúcia Antunes Rocha:

(...) a interpretação dos princípios constitucionais haverá que ser progressiva, ou evolutiva, entendendo por esta a que se faz buscando adaptar-se o sentido havido no texto e no contexto à realidade da sociedade estatal no momento de sua aplicação.^[19]

A Constituição Federal de 1988 elencou como fundamento da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, incisos II e III, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, exaltando valores humanos como princípios reitores da atuação do Estado e da Sociedade. Em seu artigo 3º, inciso IV, traz como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O artigo 4º, inciso II assegura o princípio da prevalência dos direitos humanos.

Promove, ainda, a igualdade de todos, princípio amparado pelo artigo 5º da Carta Magna que preceitua que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros

e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Não obstante, assegura como garantia e direito social a saúde, em seu artigo 6º, que constitui direito de todos os cidadãos e um dever do Estado, nos termos do artigo 196 também da Constituição Federal.

Roger Raupp Rios preceitua que a abordagem social da transexualidade deve ser analisada sob duas perspectivas: direito à saúde e o direito à autodeterminação da identidade sexual, que é amparada pelos direitos fundamentais da liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana. Isso porque interpretar o direito à saúde a partir da perspectiva desses princípios basilares da Constituição confere maior eficácia jurídica aos direitos fundamentais.^[20]

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A identidade de gênero, compreendida de modo amplo, reúne não só características do sexo morfológico do indivíduo, mas também de seu sexo psíquico, levando em consideração sua interação com fatores sociais, culturais e religiosos do meio em que vive. Assim, a identidade de gênero é uma construção sociocultural.

Quando o produto dessas interações se mostra distinto do sexo físico do indivíduo, causando-lhe transtorno em sua identidade sexual, tem-se o fenômeno a que denominamos transexualidade, patologia considerada como disforia de gênero, caracterizada pela não identificação do sexo morfológico com o sexo psíquico, o que leva o indivíduo convicção de pertencer ao sexo oposto, gerando distúrbios psicológicos e comportamentais, vez que há dúvidas quanto ao papel social desempenhado pelo indivíduo.

Diante de sua nova designação sexual, o transexual tem em seu fim o reconhecimento social de sua nova condição.

A cirurgia de transgenitalização já é permitida no Brasil e regulamentada pela Resolução CFM n. 1955/10, sendo, inclusive, um

procedimento cirúrgico custeado pelo SUS, conforme Portaria n. 1.707/08. Entretanto, é somente com a retificação do registro civil, com a redesignação de novo nome e sexo, que se pode obter a plena identificação do indivíduo com o próprio ser e com a sociedade e, conseqüentemente, sua integração social.

O Brasil não possui nenhuma legislação específica que trata do assunto, o Projeto de Lei 70-B de autoria do Deputado José Coimbra está em tramitação no Congresso Nacional. Assim, a problemática suscitada tem sido objeto de debates nos tribunais brasileiros, dividindo importantes opiniões a respeito do tema. A maioria dos aplicadores do direito defende o entendimento favorável a alteração do registro civil dos transexuais transgenitalizados, fundamentando seu entendimento em uma aplicação analógica do artigo 58 da Lei n. 6.015/73, que permite a substituição do prenome pelo apelido público notório pelo qual o indivíduo é reconhecido na sociedade.

A solução deve ser buscada na própria Constituição Federal. O artigo 3º, inciso I da Constituição Federal designa a liberdade como um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, amparando a existência de uma sociedade livre, justa e solidária. O direito à liberdade, em um Estado Democrático de Direito, nos remete a idéia de livre e consciente manifestação da vontade, conferindo ao indivíduo o direito de tomar decisões que melhores atendam seus interesses particulares, é o que chamamos de autodeterminação.

O direito ao nome em muito se relaciona com o direito à liberdade, vez que se constitui o sinal identificador do ser humano é este quem deve se manifestar a respeito de como se identifica e se o referido sinal o representa no meio social em que vive, deixando à sua discricionariedade a possibilidade de mantê-lo ou alterá-lo.

Outro objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, elencado pelo artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal, que podemos suscitar no amparo constitucional do direito dos transexuais é a igualdade.

O princípio da igualdade, baseado na não discriminação, é a manifestação e concretização da dignidade da pessoa humana, vez que assegurar uma sociedade igualitária e digna, insere, primeiramente, em promover o tratamento equilibrado a todos os cidadãos, assegurando o direito de todos.

Como exposto, a nossa Carta Magna adotou como preceito fundamental o princípio da dignidade da pessoa humana, priorizando a valoração do ser humano e a promoção de direitos e garantias que possibilitem as condições de vida digna a todos os cidadãos.

Para os indivíduos transexuais não há que se falar em vida digna se não há o seu reconhecimento consigo mesmo, tampouco na sociedade a qual pertence. É importante entendermos que essa identificação é condição “*sine qua non*” de uma vida digna, somente com a plena redesignação sexual, a transgenitalização e a alteração do seu registro civil, o indivíduo transexual pode começar a desempenhar o seu papel social e a identificar-se como ser humano pertencente a sociedade, caso contrário subsistirá sempre à margem da sociedade, tentando se adaptar a uma realidade que não condiz com a sua realidade psíquica, sofrendo preconceitos e diversas formas de discriminação.

Não obstante, não podemos deixar de lado o direito à saúde, que constitui um direito de todos e um dever do Estado, nos termos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal.

Salienta-se que a saúde engloba os aspectos físicos e mentais do ser humano. Sendo considerada uma patologia pela Classificação Internacional de Doenças – CID, é direito do ser humano e dever do Estado tratá-la. Os meios de tratamentos dos transexuais consistem na realização da cirurgia de transgenitalização, tratamento hormonal, alteração de registro civil e acompanhamento psicológico, entre outros.

O aspecto físico já é devidamente reconhecido com a intervenção cirúrgica e tratamentos hormonais para a redesignação sexual e, não menos importante, é necessário garantir o aspecto psicológico do

indivíduo transexual. Um dos fatores fundamentais do aspecto psíquico é a alteração do registro civil, que influi diretamente no reconhecimento do ser na sociedade e o pleno exercício dos seus direitos civis e na sua saúde mental, evitando transtornos de identificação e discriminação no meio em que vive.

Sendo assim, o Estado deve promover o pleno desenvolvimento da identidade da pessoa transexual, garantindo-lhe respeito à dignidade da pessoa humana e a outros princípios constitucionais de suma importância, como liberdade, igualdade, saúde e a própria vida.

A ciência do Direito deve observar os fatos e suas descobertas devem servir como auxiliares na melhora das condições de vida digna do ser humano, devendo acompanhar as mudanças da sociedade e atender aos seus novos anseios. A mudança do nome e do sexo no assentamento civil é uma forma de atender aos anseios dos transexuais de redesignação sexual e promover a sua integração social, já que somente com tal adaptação é possível que o indivíduo transexual exerça seus direitos civis e faça parte plena da sociedade, desempenhando seu papel social e gozando de todos os direitos constitucionais que lhe são conferidos pela Constituição Federal de 1988, sem sofrerem qualquer discriminação, haja vista que conforme artigo 5^a da Carta Magna “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁRAN, Márcia. **A Transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S151614982006000100004&script=sci_arttext. Acesso em: 4. Mar. 2017.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional do Transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Lei 6.015, de 31 de Dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. In: Diário Oficial da União, Brasília.

_____. Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: Diário Oficial da União, Brasília.

_____. **Constituição.** Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Resolução CFM Nº 1.482, de 1997.

_____. Resolução CFM Nº 1.652/2002, de 02 de Dezembro de 2002. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1482/1997.

_____. Resolução CFM Nº 1.955, de 12 de Agosto de 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/02.

CARVALHO, Hilário, Veiga de. **Transexualismo – Diagnóstico – Conduta médica a ser adotada.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v.545, mar.1981.

CHOERI, Raul. **Transexualismo e Identidade Pessoal:** Cirurgia de Transgenitalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional.** [tese]. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual:** o preconceito & a justiça. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Teoria geral do Direito Civil**. Vol. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2006.

FORMICA, Amália. **Os desafios jurídicos na proteção aos transexuais**. Disponível em: <http://www.reid.org.br/?CONT=00000058>. Acesso em: 15. Mai. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolpho. **Novo Curso de Direito Civil**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 10 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1993.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: parte geral**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENEZES, Holdemar Oliveira de. **Transexualismo, Separata dos Arquivos da Polícia Civil de São Paulo**. São Paulo, 28, 2º sem. 1978.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil: Alguns Aspectos de sua Evolução**, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PRUX, Paula; KAMIKAWA, Flávio. **O transexualismo e seus aspectos jurídicos**. Disponível em: <http://www.ecsbdefesa.com.br/defesa/fts/Trans.pdf>. Acesso em: 10. abr. 2013.

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, Maria do Carmo de Andrade. Identidade de Gênero e Expressão Sexual Masculina e Feminina. ScientiaSexualis – **Revista do Mestrado em Sexologia da Universidade Gama Filho**, Rio de Janeiro, 1997.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). REsp 1008398/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 18/11/2009.

_____. REsp 737.993/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10/11/2009, DJe 18/12/2009.

_____. REsp 816.209/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 03.09.2007.

SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo: Aspectos médico-legais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70000585836; Sétima Câmara Cível; Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves; DJRS 31/05/2000.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, Apelação Cível nº 1993.001.06617, Oitava Câmara Cível; julgado em 18/03/1997.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação Cível n. 452.036-4/00, Nona Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Grava Brasil. São Paulo, 07 nov. 2006.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA QUARTA REGIÃO. Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9/RS; Terceira Turma; Relator: Roger Raupp Rios.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2001.

NOTAS:

[1] Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 1993.001.06617, Oitava Câmara Cível, julgado em 18/03/1997.

[2] Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 452.036-4/00, Nona Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Grava Brasil. São Paulo, 07 nov. 2006.

[3] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: parte geral**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 137

[4] CHOERI, Raul. **O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional**. [tese]. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2008. p. 122-123.

[5] Analogia é um meio de integração da ordem jurídica quando da existência de uma lacuna constitucional, que consiste na aplicação de uma regra jurídica concebida para uma situação fática a uma situação semelhante não prevista no ordenamento jurídico pelo legislador.

[6] Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 00394904NRO-PROC70000585836, DATA: 31/05/2000, Sétima Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.

[7] PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo o direito a uma nova identidade sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.139.

[8] DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 298.

[9] ARAUJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional do Transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 134.

[10] PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo o direito a uma nova identidade sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 182.

[11] Apensados ao Projeto de Lei n. 70-B/1995, estão os Projetos n. 3727/1997, 5872/2005 e 6655/2006. O Projeto de Lei n. 3727/1997, de autoria do Deputador Wigberto Tartuce propõe que

em caso de alteração de sexo, mediante intervenção cirúrgica, será permitida a troca do nome por sentença. O Projeto de Lei n. 5872/2005, de autoria do Deputado Elimar Máximo Damasceno, propõe a proibição da mudança dos prenomes em casos de transexualismo. E, por fim, o Projeto de Lei n. 6655/2006, de autoria do Deputado Luciana Zica, propõe a possibilidade de alteração do prenome do transexual, mesmo sem a intervenção cirúrgica, com a designação imperativa de a pessoa ser transexual quando da averbação do registro de nascimento.

[12] PERES, Ana Paula Ariston Barion, **Transexualismo o direito a uma nova identidade sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.267.

[13] RESP nº 1.008.398 - SP (2007/0273360-5), Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 15/10/2009.

[14] DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 304.

[15] DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 298.

[16] ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 145.

[17] RESP nº 737.993 - MG (2005/0048606-4), Superior Tribunal de Justiça – Quarta turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 05/11/2009.

[18] BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 287.

[19] ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 47.

[20] Tribunal Regional Federal da Quarta Região – Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9/RS.

COMENTÁRIOS À AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA Nº 1.208-MS: BREVES NOTAS À COMPETÊNCIA ESTADUAL PARA EFETIVAÇÃO DO TOMBAMENTO DE IMÓVEL FEDERAL

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

Resumo: Em sede de comentários inaugurais, cuida salientar que o tombamento se apresenta como a forma de intervenção na propriedade, por meio da qual o Poder Público objetiva proteger o patrimônio cultural brasileiro. Com realce, o instituto em comento se revela, em sede de direito administrativo, como um dos instrumentos criados pelo legislador para combater a deterioração do patrimônio cultural de um povo, apresentando, em razão disso, maciça relevância no cenário atual, notadamente em decorrência dos bens tombados encerrarem períodos da história nacional ou, mesmo, refletir os aspectos característicos e identificadores de uma comunidade. É cediço que quando o Estado intervém na propriedade privada para proteger o patrimônio cultural, busca preservar a memória nacional. Ao lado disso, o instituto em comento permite que o aspecto histórico seja salvaguardado, eis que constitui parte da própria cultura do povo e representa a fonte sociológica de identificação de vários fenômenos sociais, políticos e econômicos existentes na atualidade. Desta feita, com destaque, o proprietário não pode, em nome de interesses particulares, usar ou fruir de maneira livre seus bens, se estes se traduzem em interesse público por atrelados a fatores de ordem histórica, artística, cultural, científica, turística e paisagística. É verificável que a proteção dos bens de interesse cultural

encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil, que impõe ao Estado o dever de garantir a todos o exercício de direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional.

Palavras-chaves: Intervenção do Estado. Tombamento. Preservação.

Sumário: 1 Intervenção do Estado na Propriedade: Breve Esboço Histórico; 2 Comentários Introdutórios ao Instituto do Tombamento: Acepção Conceitual e Fonte Normativa; 3 Fundamento do Tombamento; 4 Objeto e Natureza Jurídica do Tombamento; 5 Espécies de Tombamento; 6 Instituição do Tombamento; 7 Comentários à Ação Cível Originária nº 1.208-MS: Breves Notas à Competência Estadual para efetivação do Tombamento de Imóvel Federal

1 Intervenção do Estado na Propriedade: Breve Esboço Histórico

Em uma primeira plana, o tema concernente à intervenção do Estado na propriedade decore da evolução do perfil do Estado no cenário contemporâneo. Tal fato deriva da premissa que o Ente Estatal não tem suas ações limitadas tão somente à manutenção da segurança externa e da paz interna, suprindo, via de consequência, as ações individuais. “*Muito mais do que isso, o Estado deve perceber e concretizar as aspirações coletivas, exercendo papel de funda conotação social*”^[1], como obtempera José dos Santos Carvalho Filho. Nesta esteira, durante o curso evolutivo da sociedade, o Estado do século XIX não apresentava essa preocupação; ao reverso, a doutrina do *laissez feire* assegurava ampla liberdade aos indivíduos e considerava intocáveis os seus direitos, mas, concomitantemente, permitia que os abismos sociais se tornassem, cada vez mais, profundos, colocando em exposição os inevitáveis conflitos oriundos da desigualdade, provenientes das distintas camadas sociais.

Quadra pontuar que essa forma de Estado deu origem ao Estado de Bem-estar, o qual utiliza de seu poder supremo e coercitivo para suavizar, por meio de uma intervenção decidida, algumas das

consequências consideradas mais penosas da desigualdade econômica. “*O bem-estar social é o bem comum, o bem do povo em geral, expresso sob todas as formas de satisfação das necessidades comunitárias*”[2], compreendo, aliás, as exigências materiais e espirituais dos indivíduos coletivamente considerados. Com realce, são as necessidades consideradas vitais da comunidade, dos grupos, das classes que constituem a sociedade. Abandonando, paulatinamente, a posição de indiferente distância, o Estado contemporâneo passa a assumir a tarefa de garantir a prestação dos serviços fundamentais e ampliando seu espectro social, objetivando a materialização da proteção da sociedade vista como um todo, e não mais como uma resultante do somatório de individualidades.

Neste sentido, inclusive, o Ministro Luiz Fux, ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo N° 672.579/RJ, firmou entendimento que “*ainda que seja de aplicação imediata e incondicional a norma constitucional que estabeleça direitos fundamentais, não pode o Ente Estatal beneficiar-se de sua inércia em não regulamentar, em sua esfera de competência, a aplicação de direito constitucionalmente garantido*”[3]. Desta feita, para consubstanciar a novel feição adotada pelo Estado, restou necessário que esse passasse a se imiscuir nas relações dotadas de aspecto privado. “*Para propiciar esse bem-estar social o Poder Público pode intervir na propriedade privada e nas atividades econômicas das empresas, nos limites da competência constitucional atribuída*”[4], por meio de normas legais e atos de essência administrativa adequados aos objetivos contidos na intervenção dos entes estatais.

Com efeito, nem sempre o Estado intervencionista ostenta aspectos positivos, todavia, é considerado melhor tolerar a hipertrofia com vistas à defesa social do que assistir à sua ineficácia e desinteresse diante dos conflitos produzidos pelos distintos grupamentos sociais. Neste jaez, justamente, é que se situa o dilema moderno na relação existente entre o Estado e o indivíduo, porquanto para que possa atender os reclamos globais da sociedade e captar as exigências inerentes ao interesse público, é carecido que o Estado atinja alguns interesses individuais. Ao lado

disso, o norte que tem orientado essa relação é a da supremacia do interesse público sobre o particular, constituindo verdadeiro postulado político da intervenção do Estado na propriedade. “*O princípio constitucional da supremacia do interesse público, como modernamente compreendido, impõe ao administrador ponderar, diante do caso concreto, o conflito de interesses entre o público e o privado, a fim de definir, à luz da proporcionalidade, qual direito deve prevalecer sobre os demais*”[5].

2 Comentários Introdutórios ao Instituto do Tombamento: Acepção Conceitual e Fonte Normativa

Em sede de comentários inaugurais, cuida salientar que o tombamento se apresenta como a forma de intervenção na propriedade, por meio da qual o Poder Público objetiva proteger o patrimônio cultural brasileiro. Neste sentido, já firmou entendimento o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que “*o tombamento é ato administrativo que visa à preservação do patrimônio histórico, artístico ou cultural das cidades, de modo a impedir a destruição ou descaracterização de bem a que for atribuído valor histórico ou arquitetônico*”[6]. Com realce, o instituto em comento se revela, em sede de direito administrativo, como um dos instrumentos criados pelo legislador para combater a deterioração do patrimônio cultural de um povo, apresentando, em razão disso, maciça relevância no cenário atual, notadamente em decorrência dos bens tombados encerrarem períodos da história nacional ou, mesmo, refletir os aspectos característicos e identificadores de uma comunidade.

É cediço que quando o Estado intervém na propriedade privada para proteger o patrimônio cultural, busca preservar a memória nacional. Ao lado disso, o instituto em comento permite que o aspecto histórico seja salvaguardado, eis que constitui parte da própria cultura do povo e representa a fonte sociológica de identificação de vários fenômenos sociais, políticos e econômicos existentes na atualidade. “*A escolha do bem de patrimônio cultural que será tombado com precedência aos demais se relaciona com o juízo de conveniência e oportunidade, e não é passível de análise judicial*”[7].

Desta feita, o proprietário não pode, em nome de interesses particulares, usar ou fruir de maneira livre seus bens, se estes se traduzem em interesse público por atrelados a fatores de ordem histórica, artística, cultural, científica, turística e paisagística. “São esses bens que, embora permanecendo na propriedade do particular, passam a ser protegidos pelo Poder Público, que, para esse fim, impõe algumas restrições quanto a seu uso pelo proprietário”[8]. Os exemplos de bens a serem tombados são extremamente variados, sendo os mais comuns os imóveis que retratam a arquitetura de épocas passadas na história pátria, dos quais podem os estudiosos e pesquisadores extrair diversos meios de conhecimento do passado e desenvolver outros estudos com vistas a proliferar a cultura do país. Além disso, é possível evidenciar que é corriqueiro o tombamento de bairros ou até mesmo cidades, quando retratam aspectos culturais do passado. Com o escopo de ilustrar o expandido, mister se faz colacionar o aresto jurisprudencial que acena:

Ementa: Direito Constitucional - Direito Administrativo - Apelação - Preliminar de não conhecimento - Inovação Recursal - Ausência de Documentos Indispensáveis para propositura da Ação - Não Configuração - Pedido de Assistência Judiciária - Indeferimento - Ação Civil Pública - Dano ao Patrimônio Histórico e Cultural - Edificação em imóvel localizado no Conjunto Arquitetônico de Ouro Preto - Tombamento - Aprovação do IPHAN - Inexistência. - Embora a apelante tenha feito diversas alegações que deixaram de ser levantadas na contestação, foi questionada, na apelação, parte da matéria tratada na peça de defesa, além de terem sido atacadas, em alguns pontos, questões examinadas na sentença, de forma que não se sustenta a preliminar de não conhecimento do recurso. - O pedido de assistência judiciária deve ser indeferido, pois a apelante efetuou o preparo do recurso, gerando não apenas presunção, mas certeza de sua capacidade de custear a demanda sem prejuízo do próprio sustento

e de familiares. Além disso, não foi juntada a declaração de pobreza a que se refere a lei 1.060/50, o que leva ao indeferimento do pedido. - O Município de Ouro Preto foi erigido a Monumento Nacional pelo decreto nº. 22.928, de 12/06/33, e inscrito pela UNESCO na lista do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural em 21/09/80, e a cidade teve todo o seu Conjunto Arquitetônico tombado. Trata-se de fato notório, conhecido pela apelante e por qualquer pessoa, de forma que não se pode afirmar que o processo de tombamento do Conjunto Arquitetônico do referido Município seja um documento indispensável para a propositura da presente ação civil pública. - O imóvel que faz parte do Conjunto Arquitetônico de Ouro Preto, e integra o Patrimônio Mundial, Cultural e Natural da cidade, deve ser conservado por seu proprietário, e qualquer obra de reparo de tal bem deve ser precedida de autorização do IPHAN, sob pena de demolição. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível 1.0461.03.010271-3/001/ Relator: Desembargador Moreira Diniz/ Julgado em 12.06.2008/ Publicado em 26.06.2008).

Ementa: Ação popular. Instalação de quiosques no entorno de praças municipais. Tombamento preservado. Inocorrência de ofensa ao patrimônio ambiental cultural. O fato de as praças municipais serem tombadas, como partes do Patrimônio Histórico e Cultural do Município de Paraisópolis, não podendo, conseqüentemente, serem ocupadas ou restringidas em sua área, para outras finalidades (Lei Municipal n. 1.218/89) não impede a instalação, ao redor delas, de quiosques de alimentação, porquanto o tombamento se limitou às praças, e não

ao entorno delas. Assim, não há ofensa ao patrimônio ambiental cultural. A instalação dos referidos quiosques não configura abalo de ordem ambiental, visto que não houve lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação - alteração adversa - do equilíbrio ecológico do local. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Quinta Câmara Cível/ Apelação Cível/Reexame Necessário Nº 1.0473.03.000617-4/001/ Relatora: Desembargadora Maria Elza/ Julgado em 03.03.2005/ Publicado em 01.04.2005).

É verificável que a proteção dos bens de interesse cultural encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil^[9], que impõe ao Estado o dever de garantir a todos o exercício de direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional. *“Por outro lado, nela se define o patrimônio cultural brasileiro, composto de bens materiais e imateriais necessários à exata compreensão dos vários aspectos ligados os grupos formadores da sociedade brasileira”*^[10]. O Constituinte, ao insculpir, a redação do §1º do artigo 216 da Carta de Outubro estabeleceu que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. *“Independentemente do tombamento, o patrimônio cultural e histórico merece proteção, e, neste caso, ainda que precária - até definitiva solução da questão em exame - essa proteção, se não for dada, inviabilizará qualquer ação futura, pois a demolição é irreversível”*^[11].

Resta patentemente demonstrado que o tombamento é uma das múltiplas formas utilizadas na proteção do patrimônio cultural brasileiro. Como bem anota Meirelles, *“tombamento é a declaração do Poder Público do valor histórico, artísticos, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio”*^[12]. O tombamento é um dos institutos que têm por objeto a tutela do patrimônio histórico e

artístico nacional, que implica na restrição parcial do imóvel, conforme se verifica pela legislação que o disciplina. Ao lado disso, com o escopo de explicitar a proeminente natureza do instituto em comento, é possível transcrever os arestos que se coadunam com as ponderações estruturadas até o momento:

Ementa: Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança. Imóvel. Valor histórico e cultural. Declaração. Município. Tombamento. Ordem de demolição. Inviabilidade. São deveres do Poder público, nos termos dos arts. 23, III e IV; 30, I e IX e 216, §1º, da Constituição Federal, promover e proteger o patrimônio cultural, artístico e histórico, por meio de tombamento e de outras formas de acautelamento e preservação, bem como impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de bens de valor histórico, artístico e cultural. Demonstrada, no curso do mandado de segurança, a conclusão do procedimento administrativo de tombamento do imóvel, com declaração do seu valor histórico e cultural pelo Município, inviável a concessão de ordem para sua demolição. Rejeita-se a preliminar e nega-se provimento ao recurso. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível 1.0702.02.010330-6/001/ Relator:Desembargador Almeida Melo/ Julgado em 15.04.2004/ Publicado em 18.05.2004).

Ementa: Tombamento - Patrimônio Histórico e Cultural - Imóvel reputado de valor histórico pelo município onde se localiza - Competência Constitucional dele para aferi-lo e tombá-lo. Nada impede que o Município, mediante tombamento, preserve imóvel nele situado e que considere de valor histórico-cultural, "ex vi" do art. 23, inciso III, da Lei Fundamental da República, que a ele -

Município, atribui a competência para fazê-lo. Ademais, a cada comunidade, com seus hábitos e culturas próprios, cabe aferir, atendidas as peculiaridades locais, acerca do valor histórico-cultural de seu patrimônio, com o escopo, inclusive, de também preservá-lo. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Quarta Câmara Cível/ Embargos Infringentes 1.0000.00.230571-2/001/ Relator: Desembargador Hyparco Immesi/ Julgado em 09.10.2003/ Publicado em 03.02.2004)

O diploma infraconstitucional que versa acerca do tombamento é o Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937[13], que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, trazendo à baila as disposições elementares e a fisionomia jurídica do instituto do tombamento, inclusive no que toca aos registros dos bens tombados. Sobreleva anotar que o diploma ora aludido traça tão somente as disposições gerais aplicáveis ao fato jurídico-administrativo do tombamento. Entrementes, este se consumará por meio de atos administrativos específicos, destinados a propriedades determinadas.

3 Fundamento do Tombamento

Tal como ocorre com as demais espécies de intervenção na propriedade, o tombamento tem por fundamento a necessidade de adequar o domínio privado às necessidades de interesse público. Por mais uma vez, com realce, é possível verificar a materialização da premissa que o interesse público prevalece em relação aos interesses dos particulares. É por tal motivo que, ainda em relação ao presente instituto, se pode invocar as disposições contidas nos artigos 5º, inciso XXIII[14], e 170, inciso III[15], ambos da Constituição Federal, os quais objetivam assegurar que a propriedade alcance sua função social. Com efeito, a defesa do patrimônio cultural se apresenta como matéria dotada de interesse geral da coletividade. Assim, *“para que a propriedade privada atenda a essa função social, necessário se torna que os proprietários se sujeitem a algumas normas restritivas concernentes ao uso de seus bens, impostas*

pele Poder Público”[16]. Uma vez obtida essa proteção, a propriedade estará cumprindo o papel para o qual a Constituição Federal a destinou.

Destarte, é possível evidenciar que o tombamento encontra escora na necessidade de adequação da propriedade à correspondente função social e esta, por sua vez, se consubstancia na necessidade de proteção ao patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e científico. Ao lado disso, com destaque, a Emenda Constitucional N° 48, de 10 de agosto de 2005, que, ao acrescentar o §3° ao artigo 215 da Constituição Federal[17], estabeleceu que diploma legislativo criasse o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, com o escopo principal de fomentar o desenvolvimento cultural do País, tal como a interação de ações do Poder Público para a defesa e a valorização do patrimônio cultural brasileiro, produção, promoção e difusão de bens culturais e outras ações do gênero. Salta aos olhos o intuito de atribuir, cada vez mais, realce aos valores culturais do País.

Tem se tornado corriqueiro, entretanto, o tombamento de imóveis urbanos para o fito de obstar suas demolições e evitar novas edificações ou, mesmo, edificações em determinadas áreas urbanas, cuja demanda de serviços públicos e equipamentos urbanos se apresente como incompatível com a oferta possível no local. *“Com tal objetivo, certas zonas urbanas têm sido qualificadas como ‘áreas de proteção ao ambiente cultural’, e nelas se indicam os imóveis sujeitos àquelas limitações”*[18], como bem espanca José dos Santos Carvalho Filho. Transparece, nesses atos, notório desvio da perspectiva, porquanto são flagrantemente ilegais e não apresentam qualquer conexão com o real motivo apresentado pelo instituto do tombamento. O fundamento real deste instituto está assentado na preservação do patrimônio público, contudo, naquelas áreas inexistente qualquer ambiente cultural que reclama preservação do Poder Público.

Com realce, o que se objetiva é a instituição de limitações administrativas urbanísticas, cujo sedimento, diametralmente diverso, está arrimado na mudança de estratégia da política urbana e na carência de alteração de critérios para edificação, sendo valorada a preservação da ordem urbanística, e não da ordem cultural. As limitações administrativas

urbanísticas, enquanto conjunto de institutos jurídicos que afetam, de maneira direta, qualquer dos aspectos característicos desse direito, encontram, *in casu*, substrato nas normas e princípios que orientam o Direito Municipal e Urbanístico, porquanto servem de instrumento de atuação e materialização urbanística. Ora, se a Administração Pública ambiciona alterar critérios de edificação, a exemplo de natureza e objetivos de prédios, pode fazer utilizando instrumentos urbanísticos, mas não por meio do tombamento que, tal como visto até o momento, apresenta fito distinto.

4 Objeto e Natureza Jurídica do Tombamento

O instituto do tombamento, consoante expressa dicção do artigo 1º do Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937[19], que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, incide sobre bens móveis e imóveis. É imperioso frisar que os bens suscetíveis de tombamento são aqueles que traduzem aspectos de relevância para a noção de patrimônio cultural brasileiro. Neste passo, claro é o diploma aludido acima, porquanto faz expressa menção a bens do patrimônio histórico e artístico. “*Ultimamente o tombamento tem sido utilizado para proteger florestas nativas. Há equívoco nesse procedimento. O tombamento não é o instrumento adequado para a preservação da flora e da fauna*”[20].

Cuida salientar que as florestas são bens de interesse comum e estão condicionadas ao regime legal especial estabelecido em diploma específico, o qual indica o modo de preservação de determinadas áreas florestadas. O mesmo ocorre com a fauna, que está orientada pelas disposições do Código de Caça e pelo Código de Pesca, os quais acenam como preservas as espécies silvestres e aquáticas. Desta feita, a preservação das florestas e da fauna silvestre tem que ser protegida por meio da criação de parques nacionais, estaduais e municipais ou mesmo reservas biológicas, e não por tombamento como, de maneira equivocada, tem se observado no cenário atual, eis que desvirtua o fito a que se destina o instituto ora mencionado.

Acalorados são os debates que discutem a natureza jurídica do instituto do tombamento, entretanto, a doutrina mais abaliza sustenta que se trata de instrumento especial de intervenção restritiva do Estado na propriedade privada[21], dotado de fisionomia própria e impassível de confusão com as demais espécies de intervenção. Afora isso, apresenta natureza concreta e específica, motivo pelo qual, diversamente das limitações administrativas, se apresenta como uma restrição ao uso da propriedade. Neste alar, é forçoso frisar que a natureza jurídica do tombamento é a de se qualificar como meio de intervenção do Estado, consistente na restrição ao uso de propriedades determinadas.

No que se refere à natureza do ato, em que pesem às ponderações que orbitam acerca de ser ele vinculado ou discricionário, cuida fazer uma clara distinção quanto à natureza do ato e quanto aos motivos do ato. Sob o aspecto de que o tombamento deve apresentar como pressuposto a defesa do patrimônio cultural, o ato se revela como sendo vinculado, porquanto o autor do ato não pode praticá-lo ostentando motivo distinto. Desta sorte, o ato está vinculado à razão nele constante. Entrementes, no que concerne à valoração da qualificação do bem como de natureza histórica, artística, cultural, paisagística, etc. e da necessidade de sua proteção, o ato é discricionário, eis que essa avaliação é privativa da Administração. “A escolha do bem de patrimônio cultural que será tombado com precedência aos demais se relaciona com o juízo de conveniência e oportunidade, e não é passível de análise judicial”[22]. Assente é o entendimento jurisprudencial que sedimenta as ponderações vertidas até o momento:

Ementa: Mandado de Segurança - Tombamento de bem imóvel - Ilegitimidade ativa - Constituição há menos de um ano - Artigo 5º, LXX, alínea ‘b’ da Constituição Federal - Poder discricionário da Administração para decretar o tombamento - Processo extinto - Art. 267, VI do CPC. A Constituição Federal exige expressamente a constituição de Associação há pelo menos um ano para que possa legitimamente ajuizar mandado de

segurança coletivo, em defesa dos interesses dos seus membros ou associados. O tombamento de prédio considerado de interesse histórico, artístico ou cultural, é ato discricionário do Administrador, sendo descabida a intervenção do Poder Judiciário no processo de tombamento, quando não demonstrada a ilegalidade do mesmo. Apelo improvido. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Segunda Câmara Cível/ Apelação Cível 1.0145.03.094392-5/003/ Relator: Desembargador Jarbas Ladeira/ Julgado em 14.12.2004/ Publicado em 30.12.2004).

Ementa: Agravo. Liminar em mandado de segurança. Tombamento de bem imóvel. O poder discricionário da autoridade administrativa vale, na medida em que o ordenamento jurídico concede ao administrador a prerrogativa de agir movido pelos critérios de oportunidade e conveniência, sopesados com parcimônia para que o fim último seja alcançado. Descabimento da intervenção do Judiciário no processo de tombamento, indemonstrada, ""prima facie"", irregularidade no mesmo. Agravo provido, para cassar a liminar. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Segunda Câmara Cível/ Agravo de Instrumento 1.0145.03.094392-5/001/ Relator: Desembargador Jarbas Ladeira/ Julgado em 03.02.2004/ Publicado em 20.02.2004).

Da mesma forma, é cabível, ainda, a observação de que o tombamento constitui um ato administrativo, sendo imperioso, por via de consequência, que apresente todos os elementos necessários para materializar a moldura de legalidade. O tombamento, enquanto instituto do direito administrativo, não acarreta a produção de todo um procedimento; ao contrário, é efetivamente um ato só, um ato administrativo único. O que ocorre é que aludido ato resulta

necessariamente de procedimento administrativo e corresponde ao desfecho de toda a sua tramitação. Assim, o ato não pode ser perpetrado em uma única ação, ao revés, reclama todo um sucedâneo de formalidades prévias.

5 Espécies de Tombamento

O instituto do tombamento pode ter suas espécies agrupadas, em consonância com a manifestação de vontade ou, ainda, com a eficácia do ato. No que toca ao primeiro aspecto, o tombamento pode ser voluntário ou compulsório. *“Voluntário é aquele em que o proprietário consente no tombamento, seja através de pedido que ele mesmo formula ao Poder Público, seja quando concorda com a notificação que lhe é dirigida no sentido da inscrição do bem”*[23]. Doutro modo, o tombamento é compulsório quando o Poder Público inscreve o bem como tombado, mesmo que ocorra a resistência e o inconformismo do proprietário.

Quanto à eficácia do ato, o tombamento pode ser considerado como provisório ou definitivo. É provisório enquanto está em curso o procedimento administrativo instaurado pela notificação, e definitivo quando, depois de concluído toda a tramitação do processo, o Poder Público procede a inscrição do bem no Livro do Tombo. Cuida salientar que, acerca da provisoriedade do tombamento, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou entendimento que o tombamento provisório não constitui fase procedimental, mas sim consubstancia verdadeira medida assecuratória de preservação do bem até que sobrevenha a conclusão dos pareceres e a inscrição no livro respectivo. *“O instituto do tombamento provisório não é fase procedimental precedente do tombamento definitivo. Caracteriza-se como medida assecuratória da eficácia que este poderá, ao final, produzir”*[24]. Ao lado do esposado, apenas com o escopo de ilustrar as ponderações aventadas, insta colacionar o aresto que manifesta entendimento no sentido que:

Ementa: Processo Civil. Administrativo. Ação Civil Pública. Tombamento Provisório. Equiparação ao Definitivo. Eficácia. 1. O ato de tombamento, seja

ele provisório ou definitivo, tem por finalidade preservar o bem identificado como de valor cultural, contrapondo-se, inclusive, aos interesses da propriedade privada, não só limitando o exercício dos direitos inerentes ao bem, mas também obrigando o proprietário às medidas necessárias à sua conservação. O tombamento provisório, portanto, possui caráter preventivo e assemelha-se ao definitivo quanto às limitações incidentes sobre a utilização do bem tutelado, nos termos do parágrafo único do art. 10 do Decreto-Lei nº 25/37. 2. O valor cultural pertencente ao bem é anterior ao próprio tombamento. A diferença é que, não existindo qualquer ato do Poder Público formalizando a necessidade de protegê-lo, descaberia responsabilizar o particular pela não conservação do patrimônio. O tombamento provisório, portanto, serve justamente como um reconhecimento público da valoração inerente ao bem. 3. As coisas tombadas não poderão, nos termos do art. 17 do Decreto-Lei nº 25/37, ser destruídas, demolidas ou mutiladas. O descumprimento do aludido preceito legal enseja, via de regra, o dever de restituir a coisa ao status quo ante. Excepcionalmente, sendo manifestamente inviável o restabelecimento do bem ao seu formato original, autoriza-se a conversão da obrigação em perdas e danos. 4. À reforma do aresto recorrido deve seguir-se à devolução dos autos ao Tribunal a quo para que, respeitados os parâmetros jurídicos ora estipulados, prossiga o exame da apelação do IPHAN e aplique o direito consoante o seu convencimento, com a análise das alegações das partes e das provas existentes. 5. Recurso especial provido em parte. (Superior Tribunal de Justiça - Segunda Turma/ REsp 753.534/MT/ Relator:

Ministro Castro Meira/ Julgado em 25.10.2011/
Publicado em 10.11.2011).

José dos Santos Carvalho Filho discorre que tal entendimento discrepa da disposição contida no artigo 10º do Decreto-Lei Nº 25, de 30 de novembro de 1937[25], eis que o tombamento será considerado provisório ou definitivo, consoante esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos bens. *“Segue-se, por conseguinte, que, a despeito de poder também revestir-se de caráter preventivo, o tombamento provisório encerra, na realidade, fase do processo, porquanto decretado antes do ato final do tombamento definitivo”*[26]. Doutro modo, a jurisprudência sustenta que *“a existência de procedimento administrativo para o tombamento do imóvel do impetrante inviabiliza a demolição de seu bem, visto que o tombamento provisório se equipara ao definitivo, nos termos do artigo 10, §1º, do Dec. Lei 25/37”*[27].

6 Instituição do Tombamento

Todo tombamento decorre de manifestação expressa da vontade do Poder Público, porquanto incumbem a este a proteção do patrimônio cultural brasileiro e a intervenções na propriedade privada para o escopo de assegurar a prevalência do interesse público. *“O tombamento é ato tipicamente administrativo, através do qual o Poder Público, depois de concluir formalmente no sentido de que o bem integra o patrimônio público nacional, intervém na propriedade para protegê-lo de mutilações e destruições”*[28]. Com realce, é atividade administrativa, e não legislativa. Além disso, o tombamento só alcança definição após procedimento administrativo no qual, frequentemente, subsiste conflito de interesses entre o Estado e o particular. Resulta daí que o ato administrativo que enseja o tombamento é passível de exame no tocante à legalidade de seus vários elementos estruturantes, tais como o motivo, a finalidade, a forma etc.

Ora, o diploma que decreta um tombamento não pressupõe qualquer procedimento prévio, de maneira que fica trancada para o proprietário qualquer possibilidade de controle desse ato, o que se

revelaria como verdadeiro absurdo, mesmo diante das circunstâncias de ser a lei qualificada como *lei de efeitos concretos*, isto é a lei que, conquanto seja dotada de forma de lei, consubstancia materialmente um mero ato administrativo. No que concerne ao Poder Legislativo, compete a este traçar as disposições gerais para que o administrador possa intervir na propriedade privada para fins de proteção do bem por substancializar interesse histórico ou artístico. Ao lado disso, a Constituição Federal[29] fixou competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para disporem sobre a proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico.

Sobreleva evidenciar que a competência é também do Município, porquanto a Carta de Outubro confere competência para promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, atentando a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. Neste diapasão, a competência para legislar sobre tombamento é concorrente de todas as pessoas federativas. Quanto aos bens públicos, é possível que a União, a partir de uma interpretação analógica dos ditames constantes do Decreto-Lei N° 3.365, de 21 de junho de 1941[30], que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública, pode tomar bens estaduais, distritais e municipais; da mesma forma, os Estados podem fazer o tombamentos de bens municipais. Entretanto, o inverso não se revela possível, ou seja, é defeso ao Município realizar o tombamento de bens pertencentes à União ou aos Estados. Neste alarimé, incumbe a entidade menor interessada obter autorização do ente público maior a quem pertencer o bem a ser tombado.

O Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937[31], não estabeleceu disposições acerca da situação descrita acima. Ao contrário, o texto limitou-se a enunciar que o tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios se processa de ofício, por ordem do serviço de patrimônio histórico federal, devendo, porém, notificar o ente federativo para que o ato possa produzir, de maneira regular, seus efeitos. Com realce, para que resta materializa consonância com os preceitos irradiados pela Carta Cidadã, no que se refere à autonomia dos entes federativos, imperioso se faz que a notificação renda ensejo a que o ente

interessado possa questionar ou mesmo rechaçar a intenção de o governo federal tomar o bem que lhe pertence, por meio dos princípios do contraditório e da ampla defesa, corolários do devido processo legal.

7 Comentários à Ação Cível Originária nº 1.208-MS: Breves Notas à Competência Estadual para efetivação do Tombamento de Imóvel Federal

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em sede de decisão monocrática proferida nos autos da Ação Cível Originária nº 1.208-MS, ajuizada pela União Federal, em que se debate o tombamento realizado pelo estado do Mato Grosso do Sul, por meio de lei estadual, no que atina a bem da União. A parte autora estabeleceu como argumento primordial a impossibilidade de realização de tombamento por parte dos Estados-membros em relação ao patrimônio pertencente à União Federal, em decorrência do princípio da hierarquia, que estabelece o impedimento daqueles promoverem a desapropriação de bens desse (MIGALHAS, 2017). O Ministro Relator, ao apreciar o pedido formulado pela União Federal, de plano, destacou que, de maneira equivocada, a parte autora invoca o princípio da hierarquia contida na lei adjetiva de desapropriação, porquanto o tombamento, como instrumento de intervenção do Estado na propriedade, possui legislação própria, afastando disposições incompatíveis contidas em legislação diversa.

Desta feita, seguindo a análise do *caput* do artigo 5º da Lei de Tombamento, incabível a compreensão que apenas a União Federal possui capacidade de promover o tombamento de seus bens, porquanto a *mens legis* não excepcionou os bens da União, quando se referiu acerca da possibilidade de transferência de bens entre os entes federados. Logo, ao conferir hermenêutica ao Decreto-Lei nº 25/1937, denota-se que inexistente hierarquia que obsta a possibilidade dos Estados-membros ou dos Municípios de promoverem o tombamento de bens pertencentes à União Federal. De maneira ilustrativa, pode-se trazer à colação entendimento jurisprudencial consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça que tratava da temática envolvendo o tombamento realizado por Município em relação à bem pertente ao Estado-membro, conforme se infere:

Ementa: Administrativo – Tombamento – Competência Municipal. 1. A Constituição Federal de 88 outorga a todas as pessoas jurídicas de Direito Público a competência para o tombamento de bens de valor histórico e artístico nacional. 2. Tombar significa preservar, acautelar, preservar, sem que importe o ato em transferência da propriedade, como ocorre na desapropriação. 3. O Município, por competência constitucional comum – art. 23, III –, deve proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos. 4. Como o tombamento não implica em transferência da propriedade, inexistente a limitação constante no art. 1º, § 2º, do DL 3.365/1941, que proíbe o Município de desapropriar bem do Estado. 5. Recurso improvido.(Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ RMS 18.952/RJ/ Relatora: Ministra Eliana Calmon/ Julgado em 26.04.2005/ Publicado no DJ em 30.05.2005, p. 266).

No mais, não é descabido mencionar que o tombamento, a exemplo do que pontuado até o momento, configura forma de o Poder Público salvaguardar o patrimônio histórico-cultural, ato que não implica em transferência da propriedade. Logo, não há confusão entre tombamento e desapropriação, porquanto na última existe compulsória transferência da propriedade para o patrimônio do expropriado. Ora, como inexistente dispositivo vedando expressamente a hierarquização para o tombamento, a possibilidade de ocorrer o tombamento entre os entes federativos, independente da hierarquia, advém de um reconhecimento hermenêutico da *mens legis* da legislação específica. “A lei de tombamento apenas indica ser aplicável a bens pertencentes a pessoas físicas e pessoas jurídicas de direito privado e de direito público interno” (MIGALHAS, 2017).

De acordo com a Constituição Federal, têm os Municípios competência para legislar sobre assuntos de interesse local ou peculiar interesse, como constava na Constituição antecedente. E, em relação a tombamento, há competência comum às três unidades da federação, cada um dentro da sua esfera de atribuições. Ora, ao se extrair da Constituição Federal a existência de uma função sociocultural da propriedade, consoante se infere da redação dos artigos 215 a 216-A, os bens pertencentes aos entes federativos também encerram tal função. No caso expresso na ACO nº 1.208-MS, o Ministro Relator assentou que a lei estadual ora questionada deve ser entendida apenas como declaração de tombamento para fins de preservação de bens de interesse local, que repercutam na memória histórica, urbanística ou cultural até que seja finalizado o procedimento subsequente. Desta feita, incumbe, tal como dito alhures, como atribuição dos três âmbitos federativos estabelecer legislações e instrumentos de preservação e salvaguarda, em especial quando se tem em campo a preservação da representatividade de determinado bem para a cultura e a identificação para o grupo social em que se encontra.

REFERÊNCIA:

BEM da União pode ser tombado por lei estadual. **Migalhas:** portal eletrônico de notícias, 20 mai. 2017. Disponível em: . Acesso em 20 mai. 2017.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 20 mai. 2017.

_____. **Decreto-Lei Nº 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: . Acesso em 20 mai. 2017.

_____. **Decreto-Lei Nº 3.365, de 21 de junho de 1941.** Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: . Acesso em 20 mai. 2017.

_____. **Decreto-Lei N° 3.866, de 29 de novembro de 1941.** Dispõe sobre o tombamento de bens no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Disponível em: . Acesso em 20 mai. 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: . Acesso em 20 mai. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: . Acesso em 20 mai. 2017.

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

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

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.** Disponível em: g.jus.br>. Acesso em 20 mai. 2017.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** Disponível em: . Acesso em 20 mai. 2017.

NOTAS:

[1] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 711.

[2] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro,** 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 661.

[3] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Acórdão proferido em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo N° 672.579/RJ. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito administrativo. Servidor público. Adicional noturno. Regime de plantão semanal. Necessário reexame da legislação infraconstitucional. Análise do contexto fático-probatório.

Impossibilidade. Incidência da súmula 279 do STF. Agravo regimental desprovido. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 29.05.2012. Publicado em 19.06.2012. Disponível em: . Acesso em 20 mai. 2017.

[4] MEIRELLES, 2012, p. 662.

[5] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão proferido em Recurso em Mandado de Segurança N° 27.428/GO. Administrativo. Servidor público. Determinação de abertura de conta corrente em instituição financeira pré-determinada. Recebimento de proventos. Possibilidade. Recurso ordinário improvido. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgado em 03.03.2011. Publicado em 14.03.2011. Disponível em: . Acesso em 20 mai. 2017.

[6] MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Acórdão proferido em Agravo de Instrumento 1.0069.08.023127-2/001. Administrativo - Tombamento - Entes Federados - Dever - Inteligência do art. 23, IV, da Constituição da República. O tombamento é ato administrativo que visa à preservação do patrimônio histórico, artístico ou cultural das cidades, de modo a impedir a destruição ou descaracterização de bem a que for atribuído valor histórico ou arquitetônico. De se ressaltar que referido ato, segundo o disposto no art. 23, IV, da Constituição da República, é dever imposto a todos os entes federados. Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível. Relator: Desembargador Antônio Hélio Silva. Julgador em 18.09.2008. Publicado em 29.09.2008. Disponível em: g.jus.br>. Acesso em 20 mai. 2017.

[7] RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 70033392853. Ação civil publica. Tombamento. Cassino da Maroca. Omissão administrativa. Inocorrência. 1. O tombamento é ato administrativo discricionário, sendo passível de controle judicial quanto à legalidade. 2. Existentes 35 bens de valor cultural, de acordo com Inventário elaborado pela Faculdade de Arquitetura da Fundação Universidade de Passo Fundo, em convênio com a Administração do Município, não compete ao Poder Judiciário indicar qual deles deverá ser tombado com precedência sobre os demais. 3. A escolha do bem de patrimônio

cultural que será tombado com precedência aos demais se relaciona com o juízo de conveniência e oportunidade, e não é passível de análise judicial. Apelação a que se nega provimento. Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Denise Oliveira Cezar. Julgador em 10.11.2010. Disponível em: . Acesso em 20 mai. 2017.

[8] CARVALHO FILHO, 2011, p. 734.

[9] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 20 mai. 2017.

[10] CARVALHO FILHO, 2011, p. 735.

[11] MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.** Acórdão proferido em Agravo de Instrumento 1.0183.06.120771-2/001. Constitucional e Administrativo - Ação Civil Pública - Liminar - Imóvel de Valor Histórico e Cultural, objeto de pedido de tombamento - Demolição - Impossibilidade. - Independentemente do tombamento, o patrimônio cultural e histórico merece proteção, e, neste caso, ainda que precária -- até definitiva solução da questão em exame -- essa proteção, se não for dada, inviabilizará qualquer ação futura, pois a demolição é irreversível. Todas as formas de acautelamento e preservação podem ser tomadas pelo Judiciário, na sua função geral de cautela (arts. 23, III e IV; 30, I e IX, e 216, §1º, da Constituição Federal). Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Wander Marotta. Julgador em 15.05.2007. Publicado em 29.05.2007. Disponível em: g.jus.br>. Acesso em 20 mai. 2017.

[12] MEIRELLES, 2012, p. 635.

[13] BRASIL. **Decreto-Lei Nº 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: . Acesso em 20 mai. 2017.

[14] *Idem.* **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 20 mai. 2017: "**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(omissis) **XXIII** - a propriedade atenderá a sua função social”.

[15] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 20 mai. 2017: “**Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (omissis) **III** - função social da propriedade”.

[16] CARVALHO FILHO, 2011, p. 736.

[17] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 20 mai. 2017: “**Art. 215.** O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. (omissis) **§3º** A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: **I** defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; **II** produção, promoção e difusão de bens culturais; **III** formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; **IV** democratização do acesso aos bens de cultura; **V** valorização da diversidade étnica e regional”.

[18] CARVALHO FILHO, 2011, p. 736.

[19] BRASIL. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: . Acesso em 20 mai. 2017.

[20] MEIRELLES, 2012, p. 636.

[21] Neste sentido: CARVALHO FILHO, 2011, p. 738.

[22] RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 70033392853. Ação civil publica. Tombamento. Cassino

da Maroca. Omissão administrativa. Inocorrência. 1. O tombamento é ato administrativo discricionário, sendo passível de controle judicial quanto à legalidade. 2. Existentes 35 bens de valor cultural, de acordo com Inventário elaborado pela Faculdade de Arquitetura da Fundação Universidade de Passo Fundo, em convênio com a Administração do Município, não compete ao Poder Judiciário indicar qual deles deverá ser tombado com precedência sobre os demais. 3. A escolha do bem de patrimônio cultural que será tombado com precedência aos demais se relaciona com o juízo de conveniência e oportunidade, e não é passível de análise judicial. Apelação a que se nega provimento. Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Denise Oliveira Cezar. Julgador em 10.11.2010. Disponível em: . Acesso em 20 mai. 2017.

[23] CARVALHO FILHO, 2011, p. 739.

[24] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão proferido em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança N° 8.252/SP. Recurso ordinário em mandado de segurança. Serra do Guararú. Tombamento. Discussão quanto à precedência do processo de tombamento provisório ao definitivo. Incoerência. 1. O instituto do tombamento provisório não é fase procedimental precedente do tombamento definitivo. Caracteriza-se como medida assecuratória da eficácia que este poderá, ao final, produzir. 2. A caducidade do tombamento provisório, por excesso de prazo, não prejudica o definitivo, Inteligência dos arts. 8º, 9º e 10º, do Decreto Lei 25/37. 3. Recurso ordinário desprovido. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Julgado em 22.10.2002. Publicado em 24.02.2003, p. 215. Disponível em: . Acesso em 20 mai. 2017.

[25] BRASIL. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: . Acesso em 20 mai. 2017.

[26] CARVALHO FILHO, 2011, p. 739.

[27] MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Acórdão proferido em Apelação Cível/Reexame Necessário 1.0480.05.073268-8. Administrativo - Imóvel considerado de valor histórico e cultural - Tombamento Provisório - Ausência de direito líquido e certo. A existência de procedimento

administrativo para o tombamento do imóvel do impetrante inviabiliza a demolição de seu bem, visto que o tombamento provisório se equipara ao definitivo, nos termos do artigo 10, § 1º, do Dec. Lei 25/37, não se havendo falar em direito líquido e certo. Órgão Julgador: Sexta Câmara Cível. Relator: Desembargador Edilson Fernandes. Julgado em 12.12.2006. Publicado em 02.02.2007. Disponível em: g.jus.br. Acesso em 20 mai. 2017.

[28] CARVALHO FILHO, 2011, p. 740.

[29] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 20 mai. 2017.

[30] BRASIL. **Decreto-Lei N° 3.365, de 21 de junho de 1941**. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: . Acesso em 20 mai. 2017.

[31] BRASIL. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: . Acesso em 20 mai. 2017.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A RELAÇÃO CONSENTIDA DE AFETO: UMA TENTATIVA DE COMPATIBILIZAR A VULNERABILIDADE ETÁRIA E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA, BASE DO DIREITO PENAL

ISABELLA CABRAL FONSECA PESSOA:

Bacharela em Direito - UFS. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Faculdade Social da Bahia em convênio com a CICLO. Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Aprovada para o Cargo de Delegado de Polícia de Santa Catarina.

Resumo: O presente trabalho abordará algumas incongruências, ou até mesmo injustiças, que a aplicação da Lei dissociada da realidade social podem gerar, trazendo o entendimento doutrinário e jurisprudencial mais recente dos Tribunais Superiores acerca da questão etária no estupro de vulneráveis e uma análise crítica, embasada em uma posição jurisprudencial mais consentânea com a realidade fática.

Palavras – chave: Estupro de vulnerável. Vulnerabilidade etária. Relações de afeto. Semelhante grau de maturidade. Intervenção mínima.

Sumário: Introdução. 1. Estupro de Vulnerável: análise legal, doutrinária e jurisprudencial 2. Princípio da intervenção mínima e exceção de Romeu e Julieta: uma análise crítica. Conclusão.

Introdução

A doutrina e jurisprudência majoritárias interpretam o critério etário previsto no artigo 217-A do Código Penal como hipótese de vulnerabilidade absoluta, o que se busca com o presente trabalho é demonstrar algumas incongruências que essa presunção absoluta gera, fazendo uma reflexão crítica acerca do tema.

Consoante disposto no mencionado artigo 217-A, do Código Penal, aquele que tiver conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, comete o crime denominado estupro de vulnerável.

Em razão disso e tendo em vista o princípio da intervenção mínima do direito penal, busca-se defender que essa vulnerabilidade deve ser relativizada, em situações específicas, mormente quando há relação de afeto entre as partes e pequena diferença de idade e assim de grau de maturidade, sobretudo sexual, o que é feito na exceção de Romeu e Julieta, afastando, dessa forma, a própria ocorrência do delito.

1. Estupro de Vulnerável: análise legal, doutrinária e jurisprudencial.

Criado pela Lei nº 12.015/09, o delito insculpido no artigo 217-A do Código Penal, com a rubrica de estupro de vulnerável, consiste em ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, prevendo o legislador, no preceito secundário, a pena de reclusão de 08 (oito) a 15 (quinze) anos.

Consta, ainda, em seu §1º, que “Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”, ficando insculpida, portanto, outras hipóteses de vulnerabilidade, além da etária, as quais sujeita o agente à idêntica sanção penal.

Depreende-se da análise dos dispositivos mencionados, que a ratio legis foi tutelar a “dignidade e o desenvolvimento sexual da pessoa vulnerável”^[1], além de proteger “a liberdade sexual” daqueles que não possuem a capacidade de consentir validamente.

No caso da vulnerabilidade etária, previu o legislador que essa incapacidade de discernir é afeita aos menores de 14 anos, prevendo hipótese, na visão majoritária, de vulnerabilidade absoluta, de caráter extremamente objetivo.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores está sedimentada pela presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. AUTORIZAÇÃO PARA INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ. ABORTO NECESSÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO DE RISCO DE MORTE À GESTANTE. ABORTO HUMANITÁRIO. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO A ESTUPRO DE VULNERÁVEL. OCORRÊNCIA. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VULNERABILIDADE. TEMPO DE GESTAÇÃO AVANÇADO. ORDEM DENEGADA.

1. O pedido de interrupção da gravidez está alicerçado nas complicações geradas à saúde da jovem e na configuração do ato infracional análogo ao estupro de vulnerável, dada a presunção absoluta de violência.

2. Conquanto haja a defesa comprovado a existência de determinados fatores acidentais na gravidez da jovem, não há documento assinado por profissional da saúde que demonstre o seu iminente risco de morte. Infirmar a conclusão alcançada pela Corte de origem demandaria necessária dilação probatória, iniciativa inviável no âmbito desta ação constitucional.

3. Em que pese o caráter limítrofe da situação apresentada - um casal de namorados, ela com 13 e ele com 14 anos de idade, que, em decorrência de ato sexual consentido, enfrenta o peso de uma gravidez não desejada -, a rigor, se trata de caso de ato análogo a estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal).

4. Acerca da configuração do delito em situações como a dos autos (na espécie, ato infracional análogo), por força do recente julgamento do REsp repetitivo n. 1.480.881/PI, de minha relatoria, a Terceira Seção desta Corte Superior sedimentou a jurisprudência, então já dominante, pela presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos.

5. A vulnerabilidade da vítima é o elemento definidor para a caracterização do delito, de modo que o fato de ser o agente ainda um

adolescente não exclui a ocorrência do ato infracional. Configurada a presunção de violência, houve ato infracional análogo ao caso de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal), circunstância que, por si só, permitiria a autorização do procedimento.

6. A gravidez encontra-se, aproximadamente, na trigésima primeira semana, de modo que, a esta altura, uma intervenção médica destinada à retirada do feto do útero materno pode representar riscos ainda maiores tanto à vida da paciente quanto à da criança em gestação.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 359.733/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 19/09/2016) (Grifei)

Por meio desse recente julgado, evidencia-se que para o Superior Tribunal de Justiça as peculiaridades do caso concreto não são aptas a relativizar a presunção de vulnerabilidade, entendendo a questão etária como um critério objetivo e absoluto.

Na visão do aludido Tribunal, o consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do delito de estupro de vulnerável.

Assevera o STJ, em especial quando do julgamento do citado [REsp 1.480.881-PI\[iii\]](#), que a expressão vulnerável não é elementar do delito de estupro de vulnerável, prevendo o legislador 3 espécies de situações em que a vítima pode se enquadrar na vulnerabilidade, e entre elas, o fato de possuir menos de 14 (catorze) anos, dado este objetivo, que encerra as discursões acerca de vulnerabilidade absoluta ou relativa, não cabendo ao aplicador do direito a relativização de um dado objetivo, com o escopo de tornar atípica a conduta.

O Supremo Tribunal Federal, em julgados extremamente recentes, de maneira similar se posiciona acerca do tema:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ARTIGOS 213 e 224, ALÍNEA A (NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI 12.015/2009). HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. ATIPICIDADE. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. MENOR DE 14 ANOS. VULNERÁVEL. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA, ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A presunção de violência no crime de vulnerável, menor de 14 anos, não é elidida pelo consentimento da vítima ou experiência anterior e a revisão dos fatos considerados pelo juízo natural é inadmitida via eleita, porquanto enseja revolvimento fático-probatório dos autos. Precedentes: ARE 940.701-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 12/04/2016, e HC 119.091, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 18/12/2013. 2. In casu, o recorrente foi condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, como incurso no art. 217-A do Código Penal, pelo fato de haver cometido ato sexual com um menino menor de 13 anos de idade em troca de um amortecedor de bicicleta e filmado todo ato em seu celular. 3. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 4. Agravo regimental desprovido. (HC 124830 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 20/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-104 DIVULG 18-05-2017 PUBLIC 19-05-2017) (grifei)

Penal. Habeas Corpus originário. Estupro de vulnerável. Consentimento da vítima menor de 14 anos. Irrelevância. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que, para a configuração do estupro de vulnerável, é irrelevante o consentimento da vítima menor de 14 anos. 2.

Habeas Corpus indeferido, revogada a liminar. (HC 122945, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 03-05-2017 PUBLIC 04-05-2017) (grifei)

Na doutrina, muitos, a exemplo do ilustre Penalista Rogério Greco, defendem, de igual forma, tratar-se de presunção iuris et de iure, salientando que a determinação da faixa etária foi uma escolha legislativa, sendo um critério objetivo.

Greco enfatiza que “O mundo globalizado vive e presencia a atuação de pedófilos, que se valem de inúmeros e vis artifícios, a fim de praticarem algum ato sexual com crianças e adolescentes, não escapando de suas taras doentias até mesmo os recém-nascidos”.^[iii]

Os atos de pedofilia, causa de tamanha repulsa social, sem nenhuma dúvida, merecem a severa reprimenda do Estado e estão entre os mais graves crimes insculpidos na legislação, podendo gerar danos sequer imagináveis em suas vítimas, aproveitando-se os autores da vulnerabilidade juvenil, na maioria das ocasiões.

No que concerne à realização de atos sexuais com menores de 14 anos de forma violenta ou não consentida, ou ainda, com o consentimento viciado, considerando a idade do autor e da vítima, a reprimenda penal é imperiosa e inconteste, sendo as posições doutrinárias e jurisprudenciais, nesse sentido, extremamente consentâneas com a necessária atuação do direito penal, devendo, de fato, este ramo seletivo atuar e se preocupar com fatos causados por uma conduta humana voluntária, que causa reprovação social e é apta a ferir os importantíssimos bens jurídicos tutelados pela norma.

É indiscutível que atos sexuais violentos contra crianças ou adolescentes causam danos incalculáveis, são de uma repulsa social inigualáveis e merecem a rápida e efetiva atuação estatal. Outrossim, relações sexuais com menores, ainda que consentidas, justificadas em tradições locais de relacionamentos de menores com

adultos maduros, comprometendo, sem dúvidas, o crescimento saudável, em todas as esferas, de crianças e adolescentes, devem ser rechaçadas, não justificando, a existência de experiências anteriores ou consentimento destes, uma vez que a vulnerabilidade das crianças e adolescentes, in casu, é patente e os danos posteriores incontestes.

O que se analisa neste trabalho são hipóteses de relacionamento amorosos entre pessoas de idades próximas, que em nada se identificam com as citadas situações e, em razão de suas peculiaridades, podem gerar contrassensos e injustiças, ante a aplicação de um critério de forma absoluta, sem analisar a realidade fática que o circunda.

3. Princípio da intervenção mínima e exceção de Romeu e Julieta: uma análise crítica

O legislador, por uma questão de política social e criminal, analisando os casos de uma maneira macro, criou o delito de estupro de vulnerável, fixando um critério etário para aferição da vulnerabilidade da vítima, visando coibir e punir, uma conduta totalmente reprovada pela sociedade e merecedora da atenção seletiva do direito penal, que é a ação dos chamados pedófilos.

Todavia, analisando a questão da vulnerabilidade de forma absoluta, diversos contrassensos são gerados:

Imagine-se, primeiramente, um namoro entre dois adolescentes, uma menina de 13 anos e um menino de 15 anos de idade, namoro este, consentido pelos pais de ambos, e que apaixonados e no auge da juventude, esses jovens, de forma consensual e afetiva, praticaram, qualquer ato libidinoso, sendo desnecessária até a ocorrência da conjunção carnal, a título de exemplo: o menino toca nos seios da menina durante o namoro, ainda que, por cima da roupa e de forma consentida, podendo a menina oferecer resistência caso desejasse, a qualquer tempo.

Nesse caso, por todo o já exposto, não resta dúvidas, do ponto de vista da subsunção do fato à norma penal, de que o adolescente praticou

ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável, estando sujeito às medidas socioeducativas elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre elas e desde que obedecidos os requisitos do art. 122 do Estatuto, poderia vir até a sofrer a medida de internação.

Diante do suposto caráter absoluto, a que majoritariamente se defende que tenha a norma, para a configuração do citado ato infracional, independe o fato de este ser o primeiro relacionamento amoroso dos adolescentes, o fato de que estão apaixonados, que estão descobrindo juntos a sexualidade, que até pela diferença mínima de idade, o grau de maturidade dos adolescentes ser extremamente semelhante e que essa conduta, com essas peculiaridades, via de regra, não tem o condão de afetar o crescimento saudável deles, ao revés, a atuação do direito penal causaria consequências muito mais graves na vida desses adolescentes, do que a própria conduta e sua repercussão.

Some-se a este fato, ainda, a hipótese em que a mãe dessa menina, antes de tudo amiga e confidente de sua filha, aprova o relacionamento de ambos, reconhece o amor entre eles e sabe pormenorizadamente do que se passa no namoro da filha e até aconselha para que, quando eles venham a ter conjunção carnal, que esta seja saudável e segura, e que não seja precipitada.

Essa genitora também, diante da subsunção do fato a norma, considerando que está na condição de garante e que sabia que esses citados atos libidinosos vinham acontecendo, e nada faz para impedi-los, deverá responder nos termos do artigo 13, §2º, do CP, pelo crime de estupro de vulnerável, sujeita a pena de reclusão de 08 a 15 anos.

Diante das hipóteses narradas, surgem diversos questionamentos e necessárias reflexões. De qual vulnerabilidade etária, de fato, estamos a tratar? Qual o bem jurídico efetivamente tutelado nesses casos? Será que a dignidade e o desenvolvimento sexual dessa adolescente de 13 anos foi concretamente violado? Será que sob um alegado manto de proteção, o direito penal não estaria interferindo intimamente nos núcleos familiares, sendo a primeira e não a ultima ratio?

E se pensarmos, agora, no caso de dois adolescentes menores de 14 anos, estaríamos diante de dois atos infracionais recíprocos análogos ao crime de estupro de vulnerável? Devem os dois adolescentes que, de forma consensual e até, muitas vezes, imatura, praticaram reciprocamente atos libidinosos ou conjunção carnal com o outro, responder pelo citado ato infracional? Qual bem jurídico estaria sendo protegido numa situação como essa?

Imagine-se, ainda, a situação de uma adolescente que tem pouco menos de 14 anos e está em um relacionamento amoroso com um menino de 18 anos, o qual se iniciou há mais de um ano com o consentimento dos pais e que já havia evoluído para a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, como passar a mão nas partes íntimas, por ambos e de forma consentida. Um certo dia, o pai fica sabendo da evolução do namoro e desaprovando, vai à Delegacia e os namorados são surpreendidos na prática dos aludidos atos, os quais já estavam fazendo há alguns meses e era, inclusive, de conhecimento da genitora da adolescente. Nesse caso, por uma questão de legalidade estrita, deve o rapaz ser preso em flagrante de crime de estupro de vulnerável e a mãe da adolescente deve responder de igual forma pelo mesmo delito, na condição de garante, como já enfatizado?

Os exemplos e suas incongruências são diversas e independente de análises morais, entende-se que a ratio legis do crime de estupro de vulnerável não foi coibir condutas dessa jaez.

Não se está fomentando ou rotulando de certo ou errado as condutas dos exemplos narrados, apenas analisando do ponto de vista jurídico essas situações que acontecem no nosso País, para não dizer em nível mundial, em todas as classes sociais, com alguns jovens e que não tão raro quanto possa parecer, chegam ao conhecimento das Autoridades, podendo gerar severas injustiças e incongruências.

Mais uma vez, repita-se, não se está incentivando a prática de relações sexuais entre menores de 14 anos e é inegável que a infância e adolescência devem ser protegidas e que as escolas e os pais, numa verdadeira ação conjunta e preventiva, devem educar, alertar e proteger

seus filhos e alunos de experiências que possam ser excessivas para sua idade e maturidade, podendo fragilizá-los do ponto de vista físico, social e psicológico.

Todavia, há evidentes casos, como os citados, em que adolescentes entre 12 e 14 anos demonstram maturidade sexual e que independente da visão moral e do conceito de certo e errado que se possa ter, naquelas circunstâncias e em tantas outras similares, urge a relativização da vulnerabilidade, porque do contrário, estar-se-á indo de encontro à própria premissa do direito penal como ultima ratio, trazendo contrassensos e injustiças, com severas punições desproporcionais, para não dizer desnecessárias do ponto de vista jurídico.

Destarte, considerando que o critério adotado pelo legislador não contempla hipóteses em que há relacionamentos amorosos consentidos entre pessoas de idade semelhantes e até que haja uma modificação legislativa para inclusão, por exemplo, de um novo parágrafo flexibilizando a vulnerabilidade etária quando não exista diferença significativa no grau de maturidade, defende-se que deve o aplicador do direito atento a ratio legis e aos princípios que norteiam o direito penal, dentre eles a intervenção mínima, com seu caráter fragmentário e subsidiário, atento à ausência de lesividade e ofensividade na conduta, relativizar a presunção de vulnerabilidade, considerando flagrantemente atípicas as condutas citadas.

Defende-se ser papel dos operadores do direito ter uma postura ativa para evitar injustiças diante de situações fáticas não contempladas pela norma penal e que analisando a tipicidade de forma conglobante, devem ficar excluída da chancela do direito penal, salientando-se que se defende esta postura em casos de fatos excepcionais, analisando de forma detida o caso concreto e suas circunstâncias.

Nesse sentido, importante mencionar a teoria americana, inspirada nos jovens personagens Romeu e Julieta, de Willian Shakespeare, denominada de exceção de Romeu e Julieta (Romeo and Juliet Law), que em apertada síntese, preceitua que havendo relações sexuais consentidas entre duas pessoas, cuja diferença de idade não supera 05

(cinco) anos, não haverá crime, em razão de estarem com a mesma/semelhante maturidade sexual, buscando assim evitar exageros punitivos.

No Brasil, em que pese entendimento dominante pela vulnerabilidade absoluta, felizmente, tem se verificado, em alguns Tribunais, quando constatado que o agente não se aproveitou da inocência ou ingenuidade da vítima, tendo esta demonstrado maturidade em consentir, não obstante ser menor de 14 anos, a relativização da vulnerabilidade etária, vejamos alguns exemplos:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL). CONJUNÇÃO CARNAL COM MENOR DE 14 ANOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO LASTREADO NA ATIPICIDADE DA CONDUTA. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO QUE PERMITE A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE CERTIFICAM A MATURIDADE E A CAPACIDADE DE CONSENTIMENTO DA VÍTIMA, COM 13 ANOS DE IDADE QUANDO DA PRÁTICA CONSENTIDA DA RELAÇÃO SEXUAL. ADEMAIS, APELANTE E ADOLESCENTE QUE ESTABELECEM RELACIONAMENTO AMOROSO COM O CONSENTIMENTO DE SEUS FAMILIARES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL. ATIPICIDADE MATERIAL. PRECEDENTES DESTA CORTE. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0003946-71.2013.8.24.0004, de Araranguá, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 21-02-2017). (grifei)

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP, ART. 217-A) - REEXAME EM APELAÇÃO CRIMINAL (ART. 543-C, § 7º, II, DO CPC) - APONTADA DIVERGÊNCIA COM DECISÃO DO STJ NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA N. 1.480.881, QUE NÃO CONSIDERA A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E VULNERABILIDADE DE MENOR DE 14 ANOS - INVIABILIDADE NO CASO CONCRETO - PECULIARIDADES QUE DENOTAM CONSENTIMENTO VÁLIDO

- PLENO DISCERNIMENTO QUANTO AO ATO - AUSÊNCIA DE LESIVIDADE AO BEM JURÍDICO - MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO REVISADO. Mostra-se cabível a relativização da responsabilidade penal em excepcionalíssimas hipóteses, quando a vítima colabora para o ocorrido e possui maturidade psicológica em se tratando de namoro e relação sexual, apesar da tenra idade. (TJSC, Apelação n. 0001054-40.2013.8.24.0086, de Otacílio Costa, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 08-03-2016). (grifei)

APELAÇÃO-CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. LESÕES CORPORAIS NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. APELOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA DEFESA. 1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. 1º FATO. ÉDITO ABSOLUTÓRIO. APELO MINISTERIAL. MANUTENÇÃO. Prova incontestada quanto ao fato de que o réu e a ofendida mantinham relacionamento amoroso, sendo que residiram, como companheiros, por mais de 1 ano. Vítima menor de 14 anos de idade. Presunção de violência que, a partir do advento da Lei nº 12.015/2009, deve ser entendida como implícita ao tipo penal incriminador. Ofendida de 12 anos, que tinha tido já outro relacionamento amoroso também envolvendo relações sexuais, e que se envolveu emocionalmente com o réu, jovem de apenas 20/21 anos, recém saído da adolescência, sendo que eram do mesmo bairro e cresceram frequentando os mesmos lugares, como ela mesma declarou. Consentimento da ofendida com a prática sexual. Imputação que adveio unicamente por conta da idade da lesada, sem descrição de grave ameaça ou violência real. Diferença etária e características dos indivíduos envolvidos bem como a natureza da ligação que estabeleceram, que possibilita a relativização da presunção de violência e da vulnerabilidade da vítima. Atipicidade. Art. 386, III do CPP. Édito absolutório mantido. Apelo do Ministério Público improvido. 2. LESÕES CORPORAIS. 2º FATO. APELO DA DEFESA. ÉDITO CONDENATÓRIO. MANUTENÇÃO. Prova amplamente incriminatória. Relatos firmes e seguros da vítima detalhando como fora agredida pelo réu, com socos e tapas, por ciúmes, enquanto conviviam maritalmente, sob o mesmo teto. Relevância da palavra da vítima que, no caso, veio corroborada pelas narrativas de sua genitora e dos dois policiais militares que atenderam à ocorrência. Autos de lesão corporal sendo positivo quanto a ter havido

ofensa à integridade e saúde da ofendida, atestando a presença de hematoma violáceo com sessenta milímetros por quarenta milímetros. Acusado que, durante as investigações, fez uso do direito constitucional de permanecer em silêncio e, em pretório, fez-se revel, não havendo tese de defesa pessoal a ser analisada. Prova segura à codenação, que vai mantida. APELOS IMPROVIDOS, POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70068001767, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 28/09/2016) (grifei)

As decisões colacionadas, como se defende neste trabalho, demonstram a necessidade de o aplicador do direito em alguns casos excepcionais flexibilizar a vulnerabilidade etária, atento às peculiaridades do caso concreto, com o fito de evitar injustiças, até que haja uma efetiva alteração legislativa.

Como se buscou demonstrar nesse trabalho, a análise objetiva tão somente da idade cronológica da vítima, sem analisar as peculiaridades do caso, conduzem, em algumas hipóteses, a flagrantes ilegalidades.

Assim, até que haja uma alteração legislativa, defende-se que deve ser considerado o fato típico não apenas em seu aspecto formal, mas analisado conjuntamente o seu aspecto material, de ofensa ao bem jurídico tutelado, para então verificar se houve crime ou ato infracional.

Conclusão

O art. 217-A do Código Penal traz a hipótese da vulnerabilidade etária para a caracterização do estupro.

Não obstante os Tribunais Superiores e grande parte da Doutrina entendam tratar-se de hipótese de vulnerabilidade absoluta, sendo a idade da vítima inferior a 14 anos, critério objetivo para a caracterização do crime, analisando algumas hipóteses, percebe-se que é imperiosa a flexibilização casuística dessa vulnerabilidade, com o fito de evitar a intervenção desnecessária e desproporcional do direito penal, conduzindo a severas incongruências e injustiças.

Defende-se, dessa forma, que em situações que haja envolvimento amoroso entre as partes e pouca diferença de idade, como na hipótese da Teoria Americana chamada de Exceção de Romeu e Julieta, que a conduta seja considerada um indiferente penal.

Assim, roga-se ao aplicador do Direito, como já está sendo feito em alguns Tribunais, ante a semelhança no grau de maturidade das partes e verificando a inexpressividade da lesão jurídica provocada, que relativize a vulnerabilidade da suposta vítima, conduzindo a atipicidade material da conduta, compatibilizando-se, assim, com o princípio da intervenção mínima do direito penal.

Referências

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Especial. Vol. III. 8ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André. Direito Penal, parte especial, volume 2, Coleção Sinopses para Concursos, Editora JusPodivm, 2013

<https://jus.com.br/artigos/40294/a-relativizacao-casuistica-da-vulnerabilidade-etaria>, acesso em 21.06.2017.

<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/122309/TCC%20-%20Gabriel%20Colvara%20pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, acesso em 21.06.2017.

<http://www.tjgo.ius.br/index.php/home/imprensa/noticias/119-tribunal/12061-para-juiza-ato-sexual-consentido-em-relacao-de-afeto-com-menor-de-14-anos-nao-e-crime>, acesso em 24.06.2017.

https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/164268648/o-estupro-de-vulneravel-e-os-atos-libidinosos-sem-violencia-entre-menores-uma-solucao-encontravel-no-direito-comparado?ref=topic_feed, acesso em 24.06.2017.

<http://www.stj.jus.br/SCON/>, acesso em 24.06.2017.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>, acesso em 24.06.2017.

<https://www.tjsc.jus.br/jurisprudencia>, acesso em 24.06.2017.

<https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>, acesso em 24.06.2017.

NOTAS

i SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André. Direito Penal, parte especial, volume 2, Coleção Sinopses para Concursos, Editora JusPodivm, 2013, p.436

[ii] <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>

iii GRECO, Rogério. Curso de direito penal. Parte especial. 8ª edição. p.530.

APLICABILIDADE DE NOVAS INSTITUIÇÕES DO PROCESSO CIVIL AO PROCESSO EXECUTIVO TRABALHISTA

FERNANDO COSTA SANTOS

BEZERRA: Bacharel em direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-Graduado Lato Sensu em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Advogado.

RESUMO: O objetivo deste trabalho é demonstrar a importância da utilização de novos institutos do antigo Código de Processo Civil de 1973, trazidos pela Lei nº. 11.382/06, bem como do Novo Código de Processo Civil de 2015, ao processo executivo trabalhista a fim de lhe conferir maior efetividade. A metodologia utilizada foi a divisão em capítulos, partindo de uma análise geral para uma específica sobre o tema. De início, há a contextualização do tema, a sua evolução histórica, bem como conceitos e princípios. A seguir, são traçados os principais obstáculos à efetividade da tutela executiva trabalhista, assim como o emprego de meios coercitivos. E, por fim, analisa-se a aplicação de novos institutos do Processo Civil aptos a promover maior efetividade à execução trabalhista sob o prisma da aplicação mediante fonte subsidiária, mais especificamente o incidente de deslocamento de competência do CPC (p. u. do art. 516 do CPC) e a impugnação do executado do Processo Civil.

Palavras chave: Execução trabalhista. Aplicação subsidiária. Efetividade.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. CRISE DO PROCESSO 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO TRABALHISTA NO BRASIL 2.2 CONCEITO E PRINCÍPIOS DO PROCESSO EXECUTIVO TRABALHISTA 3. OBSTÁCULOS A EFETIVIDADE DA TUTELA EXECUTIVA TRABALHISTA E MEDIDAS COERCITIVAS 3.1 FRAUDE À EXECUÇÃO 3.2 DO USO INDEVIDO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO MEIO PROTETIVO DOS SÓCIOS 3.3 A CNDT – CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRABALHISTAS COMO MEDIDA COERCITIVA 4. ANÁLISE DE DOIS INSTITUTOS DO PROCESSO CIVIL APTOS A PROMOVER MAIOR EFETIVIDADE À EXECUÇÃO TRABALHISTA 4.1 DA NECESSIDADE DE APLICAÇÃO SUBSIDÁRIA DA LEGISLAÇÃO COMUM 4.2 INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA DO CPC 4.3 A IMPUGNAÇÃO DO PROCESSO CIVIL 4.4 O USO DA MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA EXECUTÓRIA E DA IMPUGNAÇÃO COMO INSTRUMENTOS

ASSECURATÓRIOS DE UMA MAIOR EFICIÊNCIA DA EXECUÇÃO TRABALHISTA 5. CONCLUSÕES REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

A morosidade da execução no processo do trabalho é o principal alvo de discussões entre doutrinadores e operadores do direito trabalhista na busca de soluções efetivas.

Apesar do crescente avanço do Processo Civil, o Processo Trabalhista encontra-se estagnado, necessitando buscar na fonte ordinária institutos que promovam maior efetividade à execução.

Com efeito, em que pese a resistência dos Tribunais em utilizar normas de outras disciplinas senão a legislação específica, faz-se necessário a utilização de outras fontes além da CLT para fazer valer a função social do processo trabalhista.

A problemática da morosidade executiva não pode ficar à espera de uma reforma legislativa que não tem data para acontecer, é preciso imediata ação do judiciário laboral a partir de instrumentos que se encontram a sua disposição.

Nesse passo, surge o sincretismo do processo trabalhista, capaz conceber e integrar ao seu procedimento instrumentos derivados de outras fontes, desde que estes não conflitam com as disposições normativas da própria CLT.

Com efeito, é justamente esse o objetivo deste trabalho, buscar soluções efetivas capazes de conferir maior eficiência à execução trabalhista a partir de aplicação subsidiária desses dois institutos relativamente novos encontrados no Processo Civil.

Desse modo, será avaliada a profundidade da importância da aplicação desses novos institutos do Processo Civil ao processo executivo trabalhista, cuja possibilidade gera divergência doutrinária e jurisprudencial.

A estagnação da fase executiva na justiça do trabalho é um problema patente que se agrava ainda mais diante das lacunas normativas, axiológicas e ontológicas encontradas na CLT.

Questiona-se então, a possibilidade de buscar na fonte ordinária soluções imediatas a problemática da morosidade executiva do processo do trabalho.

Nesse diapasão, a utilização da legislação ordinária como fonte subsidiária ao Processo do Trabalho pode conferir maior efetividade à prestação da tutela jurídica, de acordo com a permissiva legal do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

No presente artigo, o método adotado para este tema é a divisão em três capítulos, começando de uma abordagem geral, para uma mais específica.

Será tratado, em um primeiro momento, da crise do processo judicial brasileiro, para depois serem analisados os principais obstáculos à efetividade da tutela executiva, identificando dentre eles os mais relevantes, para depois serem ofertadas soluções concretas para fins de efetivação.

De início, no primeiro capítulo, será feita uma análise abrangente da crise do processo judicial Brasileiro, analisando sua evolução histórica, para então, partir-se especificamente para os conceitos e princípios da fase executiva trabalhista.

A seguir, no segundo capítulo, o desenvolvimento do tema será direcionado a análise dos principais obstáculos à efetividade da tutela executiva trabalhista, assim como serão analisadas medidas coercitivas e punitivas para as práticas ilícitas cometidas pelo executado inadimplente.

No terceiro capítulo, será visto a necessidade de aplicação subsidiária da legislação comum à Justiça do Trabalho, mais especificamente, será analisada a aplicação da modificação da competência executória e a impugnação do devedor, ambos de origem no Código de Processo Civil.

Por fim, será analisada ainda no terceiro capítulo a importância da utilização desses institutos com a finalidade de assegurar maior eficiência à execução trabalhista, em consonância com o princípio da duração razoável do processo, discutindo-se suas repercussões práticas e perspectivas futuras.

2. CRISE DO PROCESSO

Não é difícil constatar as inúmeras dificuldades na efetivação da justiça, mais especificamente na execução trabalhista.

É preciso, pois, um estudo mais amplo para se ter uma melhor visualização do tema em sua totalidade.

Para isso, é preciso traçar um panorama histórico do processo trabalhista e, conseqüentemente, do direito laboral no Brasil. Será feita ainda uma análise dos conceitos e características deste instituto, além de demonstrar os princípios mais importantes.

Por outro lado, vale destacar, preliminarmente, o motivo ensejador desta monografia, a crise do processo nos dias atuais, desde a sua morosidade no decorrer do trâmite até a frustração executória.

Apesar de ser atualmente um modelo a se seguir pelas demais espécies, a justiça laboral ainda enfrenta uma morosidade considerável. Pode-se afirmar que “a crise na execução tem origem na própria cognição que a precede”^[1].

Assim, isso significa dizer que, em caso não haja uma fase de conhecimento satisfatória, por certo, não ocorrerá efetividade no momento de executar a sentença. A problemática desenvolve-se, principalmente, no modo em que o direito material é operado, não ao rito em si, mais sim aos meios no qual o rito propriamente dito se desenvolve.

Pode-se chegar a essa conclusão mediante a simples observação, posto que as inúmeras reformas legais realizadas com o intuito de estender a efetividade da justiça surtiram pouco resultado prático, como se verá adiante na evolução histórica.

Essa crise processual está estampada na acessibilidade à justiça e é reconhecida pelo cidadão comum, que procura a tutela estatal como a última alternativa, como deveria ser, porém, não por motivos desconfiança no Poder Judiciário.

Sobre esse tema, Fernando da Fonseca Gajardoni^[2] conceitua que a crise é do Poder Judiciário pátrio que se vê sobrecarregado de ações e diminuído em relação aos demais Poderes da República, portanto, não é apenas a crise do processo em si.

É preciso ainda reconhecer que o resultado satisfatório do processo judicial está diretamente relacionado com a ética da parte sucumbente, cuja má-fé incide diretamente no desfecho da fase executiva.

O engessamento do judiciário deve-se, além de outras coisas, a sua estagnação diante da evolução social, a melhor dizer, a sua incapacidade de acompanhar o ritmo acelerado na qual a sociedade evolui.

Nicole L'Heurex^[3] acredita que deva se priorizar a busca por novos meios de facilitar o acesso à justiça e, por conseguinte, facilitar o trâmite processual, assim define duas ideias: a primeira, como já dito, a busca pelo acesso à justiça; e a segunda é justamente que esse acesso possua resultado prático e socialmente justo.

Em síntese, tem-se que, a crise do processo, apesar de ser um problema longe de ser sanado, tem sido objeto de debate entre os doutrinadores e operadores do direito, e este trabalho científico volta-se justamente para essa problemática, mais especificamente à execução trabalhista, mediante aplicação subsidiária de institutos mais avançados, como adiante será demonstrado.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO TRABALHISTA NO BRASIL

Será feito agora um breve histórico do processo trabalhista a fim de explicitar as nuances da espécie.

Pode-se dizer que o processo trabalhista no Brasil é marcado por três fases, assim como preceitua Carlos Henrique Bezerra Leite^[4]:

No Brasil, a origem do Direito Processual do Trabalho se confunde com a própria história da Justiça do Trabalho, tal como retrata *Ives Gandra da Silva Martins Filho*. *Amauri Mascaro Nascimento*, por sua vez, leciona que a história do

Direito Processual do Trabalho no Brasil passou por três fases distintas. Na *primeira fase*, há três períodos de institucionalização, todos caracterizados por uma feição administrativa na solução dos conflitos trabalhistas. Segue-se a *segunda fase*, marcado pelo período de constitucionalização, em que se instaura o memorável debate entre *Waldemar Ferreira e Oliveira Viana*. A *terceira fase* é caracterizada pela consolidação da Justiça do Trabalho com órgão do Poder Judiciário. Por último, surge a *fase contemporânea*, que se inicia no final do século XX e tem como problema central a efetividade do processo do trabalho.

Ainda seguindo o ensinamento de Carlos Henrique Bezerra Leite, a institucionalização da justiça do trabalho, compreendida na primeira fase histórica, deu-se em três períodos.

No primeiro período destacavam-se a conciliação e arbitragem, ambas facultativas e instituídas pela Lei nº. 1.637, de 5.11.1907, que criou os Conselhos Permanentes de Arbitragem.

A seguir, no segundo período, foram criados os Tribunais Rurais de São Paulo pela Lei nº. 1.869, de 10.10.1922, cujo objetivo era julgar demandas agrícolas em até certo valor determinado.

No terceiro período foram instituídas as Comissões Mistas de Conciliação e as Juntas de Conciliação e Julgamento. Neste momento (1932) é possível observar um avanço considerável na institucionalização do Processo Trabalhista, ao passo que as Comissões e as Juntas de Conciliação, notadamente com a respectiva competência definida, mostravam-se exclusivamente à causas da seara trabalhista, a primeira com objetivo de julgar litígios coletivos, enquanto que a segunda competia resolver dissídios individuais.

Vale destacar, ainda neste período, o surgimento de outros órgãos sem poderes de jurisdição, porém, com força decisória, como por exemplo, “as Juntas que funcionavam perante as Delegacias do Trabalho Marítimo (1933) e o Conselho Nacional do Trabalho (1934).” [5]

Somente a partir da segunda fase, com as constituições de 1934 e 1937, que a Justiça do Trabalho passou a integrar na Carta Magna. Carlos Henrique Magno lembra que nesta fase ocorreu “o memorável debate entre Waldemar Ferreira e Oliveira Viana a respeito do Poder Normativo da Justiça do Trabalho” [6]. Os doutrinadores da época discutiam acerca da constitucionalidade na discricionariedade do Juiz em criar normas e condições nos dissídios coletivos, notadamente o princípio da separação dos poderes.

Enquanto Waldemar Ferreira sustentava a inconstitucionalidade desta hipótese, Oliveira Viana afirmava que seria possível sob o argumento o Juiz deveria usar a interpretação da norma adequada ao caso concreto, de forma a impulsionar a criação de normas jurídicas, e não sendo mero aplicador do dispositivo legal.

Impende destacar o art. 139 da revogada Constituição Federal de 1937, que dispunha:

Art. 139 - Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados regulados na legislação sociais, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum.

Pode-se extrair do referido artigo que não competia ao órgão judiciário regulamentar a Justiça do Trabalho, sendo esta parte integrante do Poder Executivo.

Por outro lado, já podia se identificar a preocupação do Estado em zelar pelas relações trabalhistas, tendo em vista a política protecionista do empregado implantada à época pelo Presidente da República, Getúlio Vargas.

Posteriormente, surge a terceira fase histórica do Processo Trabalhista e da Justiça do Trabalho, marcada pelo advento do seu reconhecimento como órgão integrado ao Poder Judiciário através do Decreto-Lei nº. 9.777/46 e consolidada pela Constituição Federal de 1946. Com efeito, definiram-se os órgãos integrantes da Justiça Laboral.

Sobre o tema, vale transcrever as palavras do professor Carlos Henrique Bezerra Leite^[7]:

a integração da Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário, como bem observa Amauri Mascaro Nascimento, “é consequência natural da evolução histórica dos acontecimentos. Na sociedade empresarial, as controvérsias entre trabalhadores e empresários assume especial significado. O Estado, intervindo na ordem econômica e social, não pode limitar-se a dispor sobre matéria trabalhista. Necessita, também, de aparelhamento adequado para a solução dos conflitos de interesses, tanto no plano individual como no coletivo. Assim, a existência de um órgão jurisdicional do Estado para questões trabalhistas é o resultado da própria transformação da ideia de autodefesa privada em processo judicial estatal, meio característico de decisão dos litígios na civilização contemporânea.

Por fim, a fase contemporânea é a vivenciada atualmente, regida pela vigência da Consolidação das Leis do Trabalho (Dec. Lei nº. 5.452/43) e nesta fase onde se situa a estagnação executiva.

Diante da ênfase aplicada aos direitos fundamentais, a Justiça do Trabalho se consolida com um objetivo de extrema importância, garantir os direitos sociais aos trabalhadores, expressamente previstos no art. 6º da Carta Magna.

Essa fase é marcada pela busca da efetividade do Processo Trabalhista sob a égide dos direitos fundamentais e sociais do trabalhador, a fim de conferir à tutela estatal a pretensão requerida pela sociedade.

2.2 CONCEITO E PRINCÍPIOS DO PROCESSO EXECUTIVO TRABALHISTA

Conceituar o processo executivo trabalhista implica apontar as duas correntes doutrinárias que divergem sobre o tema.

A doutrina majoritária defende que a fase executiva trabalhista é autônoma, como bem leciona Renato Saraiva[8], o processo executivo trabalhista distingue-se da fase de conhecimento, guardando diferenças e características próprias, notadamente com o que dispõe o art. 880 da CLT[9] que determina a citação pessoal por oficial de justiça do executado para início da execução.

Por outro lado, parte da doutrina entende como sendo rito contínuo da fase de conhecimento, com fundamento, em síntese, da execução dar-se nos mesmos autos do processo de conhecimento, e ainda, da possibilidade da execução trabalhista ser promovida de ofício pelo Juiz, sendo apenas continuação do processo.

Por conclusão, seguindo a segunda corrente, a baila das novas reformas introduzidas pelo Código de Processo Civil, e em consonância com o princípio da continuidade das fases entende-se como sendo mera continuação da fase de conhecimento a execução trabalhista, conforme adiante será melhor analisado.

Passa-se agora, a destacar os princípios norteadores da sistemática executiva trabalhista. A doutrina define os seguintes princípios:

a) Princípio da Igualdade de Tratamento das Partes

Esse princípio restringe-se tão somente ao tratamento igual das partes na execução trabalhista, apesar de encontrar fundamento na constituição, difere-se do tratamento igual perante Lei previsto no art. 5º da Carta Magna.

Assim, ao passo que o executado deve submeter-se aos efeitos condenatórios da sentença com os atos executivos, o exequente e o magistrado, devem observar os critérios definidos em Lei para não extrapolar a execução.

b) Princípio da Natureza Real da Execução.

De cunho eminentemente protetivo, esse princípio volta-se a resguardar o executado, de forma que não incida a execução sobre a sua pessoa física, mas, apenas sobre os seus bens.

Encontra fundamento no Código de Processo Civil, nos artigos 789 [\[10\]](#) e 824 [\[11\]](#).

c) Princípio da Limitação Expropriatória.

O princípio da limitação expropriatória visa, assim como o da natureza real, delimitar os limites da execução para não ocorrer a alienação total dos bens do executado, observando-se ainda, conforme leciona Carlos Henrique Bezerra Leite [\[12\]](#), a limitação relativa à qualidade e à quantidade dos bens objeto da execução. Encontra amparo legal nos artigos 831 [\[13\]](#) e 891 [\[14\]](#) do Código de Processo Civil e no artigo 883 [\[15\]](#) da Consolidação das Leis do Trabalho.

d) Princípio da utilidade para o credor.

Diz respeito diretamente com um resultado final da execução útil para o credor, evitando-se os atos que possam incidir diretamente neste resultado.

Assim, em busca desta efetividade, tem-se o artigo 836 do Código de Processo Civil, no qual dispõe que “não se levará a efeito a penhora quando ficar evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução”, ou seja, a penhora que apenas cobre as custas da execução por certo não trará utilidade para o credor.

Outro dispositivo normativo que visa assegurar resultado útil ao credor, é o artigo 40 da Lei 6.830/80 que suspende os efeitos da prescrição por um ano a requerimento do exequente quando não for possível satisfazer a execução.

e) Princípio da Não-Prejudicialidade do Devedor.

Esse princípio encontra-se definido no artigo 805 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.”

Impende ressaltar que, apesar deste princípio ser inconteste por toda a doutrina como sendo parte da execução trabalhista, deve-se relativizar seu conceito à realidade da relação de trabalho, segundo Renato Saraiva [\[16\]](#), em virtude da realidade se mostrar na maioria das

vezes, desvantajosa ao trabalhador hipossuficiente, ou seja, o credor, muitos juízes optam por inverter o seu conceito, procedendo a execução de modo menos prejudicial ao credor.

f) Princípio da Especificidade.

O princípio da especificidade, também de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, tem a ver com as execuções de entrega de coisa e com as obrigações de fazer ou não fazer fundadas em títulos extrajudiciais.

Definido nos artigos 809 [\[17\]](#) e 816 [\[18\]](#) do Código de Processo Civil. Confere ao credor o direito de receber, além de perdas e danos, o valor da coisa, quando esta não lhe for entregue, se deteriorou, não for encontrada ou não for reclamada do poder do terceiro adquirente. Vale destacar ainda, a possibilidade de conversão da execução em indenização por perdas e danos no caso de não haver possibilidade de satisfazer a obrigação, nos termos do artigo 816 do CPC.

Carlos Henrique Bezerra Leite [\[19\]](#) lembra que no processo do trabalho tal princípio destina-se, sobretudo, nos casos de retenção, pelo empregador, de bens do empregado na relação de trabalho.

g) Princípio da Responsabilidade pelas Despesas Processuais.

Esse princípio dispensa maiores comentários. É objetivo ao preceituar, nos moldes do artigo 789-A da CLT, que as custas da fase executiva correm, invariavelmente, a cargo do executado e serão sempre pagas ao final do processo.

h) Princípio do Não Aviltamento do Devedor.

O artigo 833 do Código de Processo Civil, cumulado com a Lei nº. 8.009/90 que dispõe acerca da impenhorabilidade de certos bens do executado, visa resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana encontrado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, ao protegê-lo da penhora em certos bens indispensáveis a sua sobrevivência.

i) Princípio da Livre Disponibilidade do Processo pelo Credor.

Para finalizar o rol dos princípios basilares à execução trabalhista, o princípio da livre disponibilidade do processo pelo credor garante ao

exequente a faculdade de desistir do processo executório *inaldita altera pars*, ou seja, sem a necessidade de se ouvir o executado.

Encontra amparo legal no artigo 775 [20] do Código de Processo Civil. Renato Saraiva [21], ressalva que “a desistência da execução pelo credor somente produzirá efeitos após homologação por sentença, nos moldes do disposto no art. 158 [22] do CPC.”

3. OBSTÁCULOS A EFETIVIDADE DA TUTELA EXECUTIVA TRABALHISTA E MEDIDAS COERCITIVAS

3.1 FRAUDE À EXECUÇÃO

A fraude em sentido *latu sensu* “caracteriza-se como procedimento aético, exteriorizado por meio de artifício ou procedimento malicioso, tendo por escopo prejudicar alguém [23]”.

Já a fraude à execução, “é a alienação de bens pelo devedor, na pendência de um processo capaz de reduzi-lo à insolvência, sem a reserva - em seu patrimônio - de bens suficientes à garantir o débito objeto de cobrança [24].”

Com efeito, a fraude à execução não atinge apenas a pretensão do exequente, pois, devido à existência de processo em curso no momento em que é praticado o ato fraudulento, há afronta direta a jurisdição Estatal, posto que o interesse no conjunto patrimonial do devedor é tanto do credor quanto do Estado, motivo pelo qual os efeitos da fraude à execução ultrapassam a esfera processual civil, sendo tipificada como delito penal (art. 179 [25] do Código Penal). [26]

Assim, faz-se necessário uma conduta objetiva e ativa do judiciário a fim de afastar e punir os atos fraudulentos que visam estagnar a tutela executiva. Em que pese a CLT não possuir norma expressa sobre o assunto, o Código de Processo Civil define em seu artigo 792 as hipóteses de fraude à execução.

Reza o artigo 792 do Código de Processo Civil que:

Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;

II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828;

III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude;

IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;

V - nos demais casos expressos em lei.

O inciso I do art. 792 “diz respeito a bem determinado, sobre o qual pende ação fundada em direito real.”^[27] Ou seja, nesta hipótese não há necessidade que o devedor reste em insolvência, bastando apenas que a alienação ou oneração recaia sobre bem objeto de ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que tenha havido prévia averbação no registro público, se houver.

O primeiro requisito para a configuração da fraude à execução disposta no inciso IV é a necessidade de que haja processo em curso ao mesmo tempo do ato da alienação ou oneração do bem, portanto, é preciso a caracterização do devido processo legal com a citação válida do devedor^[28].

O segundo requisito, disposto na parte final do inciso IV, “parte-se do pressuposto de que o devedor que aliena ou onera seus bens, ciente de demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, está agindo para fraudar a execução”.^[29]

O inciso V do art. 792

aborda os demais casos previstos em lei, como, por exemplo, o do art. 672, § 3º, do CPC, que diz respeito à penhora de crédito, e o do art. 185 do Código Tributário Nacional, que dispõe sobre os atos

de alienação ou oneração após a inscrição do crédito como dívida ativa em fase de execução.[\[30\]](#)

Impende enfatizar que a Lei estabelece hipóteses objetivas, sendo desnecessária a caracterização de má-fé ou dolo, bastando o ato de alienação ou oneração incidir nos requisitos legais para restar configurada a fraude à execução.

Por outro lado, nota-se que a despeito da configuração objetiva da fraude à execução, há efetivamente proteção ao terceiro adquirente de boa-fé, porquanto a incidência dos efeitos da fraude à execução exige que o terceiro tenha ciência do processo judicial em curso no momento da alienação.[\[31\]](#)

Quanto ao sua alegação e efeitos vale transcrever as palavras do doutrinador Laércio Flávio Bonamingo[\[32\]](#):

a fraude à execução se dá no âmbito do direito público, cuja alegação se faz por simples petição nos autos e, deferida, torna ineficaz a alienação ou oneração em face do credor. Não anula e, portanto, não restitui as partes ao estado anterior. O bem, se alienado, continua no rol de propriedade do terceiro adquirente, mas passível de expropriação pelo credor que cobra dívida do devedor alienante.

Dessa forma, a fraude à execução impõe-se como verdadeiro empecilho para a efetividade da tutela executiva trabalhista, devendo o judiciário utilizar-se de todos os meios disponíveis para punir a prática ilícita.

Isso implica, além das medidas de constrição, aplicação subsidiária de sanções objetivas da legislação ordinária, como o caso da multa por atentado a dignidade da justiça disposta no parágrafo único do artigo 774 do Código de Processo Civil.

Sobre o tema, Renato Saraiva[\[33\]](#) pronuncia-se:

Evidenciadas as hipóteses previstas no art. 600 do CPC, o juiz poderá, em qualquer momento do processo, advertir o devedor que seu procedimento

constitui ato atentatório à dignidade da justiça (art. 599, II, do CPC).

Nessa esteira, o art. 601 do CPC determina que o juiz poderá fixar multa não superior a 20% do valor atualizado do débito em execução em favor do credor, quando comprovados atos atentatórios à dignidade da justiça.

Conclui-se, portanto, ser perfeitamente possível a aplicação da multa do parágrafo único do art. 774 do CPC ao processo trabalhista em casos que se caracterizem fraude à execução, tendo em vista que essa sanção assume viés de importante medida punitiva contra o devedor que cometeu o ato fraudulento.

3.2 DO USO INDEVIDO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO MEIO PROTETIVO DOS SÓCIOS.

De fato, o uso da personalidade jurídica como forma de obstar a fase executiva ocorre de forma bastante corriqueira na prática forense. Sobre o tema, manifesta-se o doutrinador Francisco Antonio de Oliveira^[34]:

A fraude no uso da personalidade jurídica sempre foi tolerada e no passado existiam especialistas no preparo de falência com alguns anos de antecedência com o objetivo adrede de burlar a lei, pois com o decreto falimentar neutraliza-se o pagamento de acessórios e se conseguia o levantamento de falência com o pagamento, por fora, de credores por valores ínfimos.

Isso se agrava ainda mais quando se está em execução débitos trabalhistas, tendo em vista que possuem natureza de verba alimentícia, sendo prioritários os credores de tais débitos.

Não obstante, é cediço que a frustração da fase executiva deve-se, dentre outros motivos, ao subterfúgio das empresas executadas, porquanto seus sócios se revestem do viés de personalidade jurídica para eximissem de suas obrigações em detrimento da autonomia

patrimonial inerente à sociedade; resta velado a desconstituição ilícita de bens, assim como demais atos fraudulentos, com o intuito de fraudar credores.

Assim, como forma de combate direto a essa prática ilícita, deve ser aplicado a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, como bem preceitua Livia Gomes Muniz[35]:

É neste cenário que surge o estudo da teoria da Desconconsideração da Personalidade Jurídica, também chamada Disregard of Legal Entity ou Disregard Doctrine, ato em que o juiz em determinado caso concreto desconSIDERA a personalidade jurídica, retirando a autonomia da sociedade, para atribuir responsabilidades aos sócios, com a finalidade de impedir tais abusos e fraudes, e trata-se hoje de um dos meios mais eficazes na Justiça do Trabalho de efetivação das sentenças trabalhistas.

Ainda sobre a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, Renato Saraiva[36] aduz:

A teoria da desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica do executado permite que os atos executórios alcancem os bens particulares dos sócios quando se verifica a insuficiência do patrimônio societário e, concomitantemente, restar comprovada a violação à lei, fraude, falência, estado de insolvência ou mesmo encerramento ou inatividade da empresa, provocados por má administração.

Por outro lado, impende ressaltar que essa discricionariedade do Juiz em desconstituí a personalidade jurídica deve ser devidamente fundamentada sob a égide do contraditório, a partir de provas inequívocas dos atos fraudulentos praticados pela empresa mediante dolo ou má-fé, devendo ser utilizada como exceção de forma a evitar seu uso indiscriminado.

Nesse sentido, o Novo Código de Processo Civil trouxe o inovador incide de desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica, em seu art. 133 e

seguintes, modalidade de intervenção de terceiros que prima pelo contraditório e a ampla defesa do sócio a ser atingido pela decisão judicial. Assim, o Tribunal Superior do Trabalho, a partir da Instrução Normativa Nº39[37], admitiu a plena utilização deste novo instituto no Processo Trabalhista, assegurando ainda a iniciativa de ofício do juiz na fase de execução (CLT, art. 878).

A Consolidação das Leis Trabalhistas não trata expressamente da *Disregard of Legal Entity*, porém, a referida teoria encontra amparo legal em diversos artigos da legislação ordinária, sendo bastante utilizada na seara trabalhista pela aplicação subsidiária.

O artigo 50 do Código Civil dispõe que

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Na mesma linha de esteio, reza o artigo 790, inciso II, do Código de Processo Civil que ficam sujeitos a execução os bens do sócio, nos termos da lei. Já o artigo 795, §1º[38] do CPC confere ao sócio executado o direito de exigir que primeiro sejam excluídos os bens da sociedade. Dessa forma, esse referido dispositivo corrobora que a teoria da desconstituição da personalidade jurídica seja aplicada excepcionalmente.

Ainda há norma expressa no artigo 28[39], §5º do Código de Defesa do Consumidor. Sobre sua aplicação na justiça laboral, Renato Saraiva afirma:

Entendemos que a Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), na parte processual, é aplicável ao processo do trabalho, principalmente pelo fato de o art. 21 da Lei 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública) determinar a aplicação às ações coletivas e individuais da parte processual do Código

de Defesa do Consumidor, naquilo que for compatível.

Ademais, a regra insculpida no art. 28 da lei 8.078/1990 está em consonância com os princípios da celeridade, proteção ao trabalhador, hipossuficiente, da efetividade da execução trabalhista e do privilegio do crédito laboral, merecendo plena aplicação ao processo do trabalho.

Portanto, conclui-se que a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico pátrio não encontra óbice legal, ao passo que sua aplicação deve ser devidamente fundamentada a fim de se evitar sua banalização.

Por fim, registre-se que a *Disregard of Legal Entity* torna-se um dos principais meios efetivos no combate as medidas evasivas realizadas pelos sócios das empresas executadas, o que, por sua vez, é um obstáculo significativo na execução trabalhista.

3.3 A CNDT – CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRABALHISTAS COMO MEDIDA COERCITIVA

A lei nº. 12.440 de 2011 inseriu no ordenamento jurídico trabalhista pátrio a CNDT – Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, que tem por principal objetivo compelir as empresas a se manterem em dia com seus débitos trabalhistas. Inclusive débitos relativos a recolhimentos previdenciários, custas e honorários advocatícios.

Assim, a referida Lei implantou o artigo 642-A[40] na Consolidação das Leis Trabalhistas, onde poderá ser “expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho”.

O §1º do art. 642-A define em seus incisos I e II o rol exaustivo os requisitos impeditivos para as empresas que pretendem retirar a CNDT.

Já o §2º admite que na existência de débitos, porém estando estes garantidos por penhora ou com exigibilidade suspensa, poderá a

empresa retirar a Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas cujos efeitos serão idênticos à CNDT.

Nota-se a preocupação do legislador em permitir que as empresas possuidoras de pendências na Justiça Laboral, porém devidamente garantidas, possam retirar Certidão Positiva com efeitos semelhantes à Certidão Negativa, o que traz grande relevância legal, como adiante será melhor explicitado.

Verifica-se ainda que a CNDT surtirá efeito para a empresa em relação a todos os seus estabelecimentos, agências e filiais, conforme §3º do art. 642-A da CLT. Reza ainda o §4º do artigo supramencionado que seu prazo de validade será de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir de sua emissão.

O principal objetivo da Lei nº. 12.440 de julho de 2011 é servir como medida coercitiva para empresas quitarem suas pendências na justiça do trabalho, o que confere por consequência maior efetividade à execução.

Com efeito, para garantir utilidade à CNDT, os artigos 2º e 3º [41] da referida Lei, alteram os artigos 27 e 29 da Lei 8.666/93[42] (Lei de Licitações e Contratos), relativo à habilitação de licitações públicas. Deve agora a empresa apresentar a CNDT ou a CPDT para poder se habilitar no procedimento licitatório.

Assim, torna-se claro qual a principal utilidade prática para as empresas em se obter uma Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, porquanto esta é revestida pelo viés de documento essencial para fins de habilitação em certames licitatórios.

Portanto, o legislador impõe, além da exigência relativa a regularidade fiscal, a regularidade dos débitos trabalhistas. Sobre o tema, Daniel Guarnetti dos Santos[43]leciona:

Com efeito, é plenamente justificável a preocupação do legislador com o inadimplemento das execuções trabalhistas, pois de cada centena de trabalhadores que logram êxito em seus pleitos na Justiça do Trabalho, apenas trinta e um chegam a receber seu crédito, ou seja, menos de um terço, e

de acordo com a Consolidação Estatística da Justiça do Trabalho, o ano de 2010 iniciou com um saldo de 1,7 milhões de processos pendentes de execução, aos quais somaram-se outros 855 mil novos casos, totalizando 2,6 milhões, dos quais somente 26,76% tiveram suas execuções encerradas como assinalado pelo Ministro João Oreste Dalazen, presidente do TST e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

Veja-se que, a partir dos dados acima expendidos, o inadimplemento das empresas na fase executiva configura-se como um dos principais empecilhos para a efetividade da tutela executiva, razão pela qual a criação da CNDT garante, significativa e objetivamente, a pretensão dos credores.

Dessa forma, com o intuito de regulamentar a expedição da CNDT, fora editada em agosto de 2011 pelo TST a Resolução Administrativa nº. 1470/2011, a qual reza em seu art. 4º [\[44\]](#) que a CNDT será expedida gratuita e eletronicamente em todo o território nacional a partir do sítio eletrônico do TST.

A referida resolução instituiu ainda o Banco Nacional dos Devedores Trabalhistas com finalidade semelhante a um banco de dados das empresas inadimplentes.

Pois bem, analisada a definição teórica da CNDT, cabe agora enfrentar aspectos relevantes e controversos acerca de sua aplicabilidade prática.

O primeiro ponto a ser analisado é sob o prisma constitucional. Nesse aspecto, cumpre observar que

Há quem defenda que a nova lei é inconstitucional, contrariando o artigo 37 [\[45\]](#), inciso XXI, da Constituição Federal eis que o referido inciso é claro ao proclamar que o edital de licitação somente conterà exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Nesse passo, o ente

público não poderia acrescentar a CNDT como mais uma exigência ao interessado.[\[46\]](#)

Porém, apesar de alguns doutrinadores se inclinarem pela inconstitucionalidade da CNDT, é de se destacar que a exigência de regularidade fiscal já se encontrava sedimentada na Lei 8.666/93, que exigia dos interessados a apresentação de documentos comprobatórios de adimplência fiscal.

Dessa forma, o legislador ao acrescentar o requisito da CNDT para habilitação no certame, não traz a lume discussão nova.

Outro aspecto a ser considerado diz respeito à vantagem que a CNDT trará as empresas contratantes de empresas terceirizadas, sobre tema:

De outro lado, a CNDT trará consequências diretas em um setor relevante de serviços: a terceirização de atividades. Isso porque as empresas que terceirizam serviços poderão exigir o documento das empresas que vierem a contratar. Tal atitude se justifica diante do posicionamento adotado pelo TST, expresso na súmula 3.315, no sentido de responsabilizar subsidiariamente o tomador de serviços pelos débitos trabalhistas contraídos pelas empresas terceirizadas, frente a seus empregados.[\[47\]](#)

Assim, configura-se a CNDT como ferramenta imprescindível à disposição tanto da administração pública quanto do ente privado, exercendo importante função de controle fiscal ao passo que efetivamente dispõe maior celeridade na execução trabalhista.

4. ANÁLISE DE DOIS INSTITUTOS DO PROCESSO CIVIL APTOS A PROMOVER MAIOR EFETIVIDADE À EXECUÇÃO TRABALHISTA

4.1 DA NECESSIDADE DE APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEGISLAÇÃO COMUM

Reza o artigo 769^[48] da Consolidação das Leis do Trabalho, que o processo comum será fonte subsidiária nas lacunas deixadas pela CLT, com exceção dos casos de incompatibilidade.

Implica dizer então que, apesar do dispositivo normativo trabalhista ser, no entendimento majoritário, sistematicamente mais avançado que a legislação comum, em matéria executiva, ainda paira bastante incerteza naquilo que se deve aplicar, gerando ocasionalmente divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Veja-se que a última parte do artigo 769 da CLT deve ser interpretada extensivamente a fim de dirimir possíveis conflitos normativos, assim como preceitua o professor Marcílio Florêncio Mota^[49]:

É que não obstante a aplicação supletiva de normas processuais por omissão da legislação específica seja prevista expressamente em duas regras da CLT, arts. 769 e 889, a doutrina e a jurisprudência não se entendem quanto às disposições do processo comum que podem ser trazidas ao processo do trabalho, sobretudo em vista da discussão em torno da existência ou não de lacunas e da compatibilidade das regras que devem ser trazidas, conforme as diretrizes de integração fixadas nos art. 769 e 889 da CLT.

Com efeito, chega-se ao ponto almejado deste trabalho monográfico, qual seja, a busca de soluções efetivas, através da legislação ordinária, para conceder à execução trabalhista o resultado útil esperado pelo cidadão comum.

Pois bem, não obstante a divergência dentre os institutos aplicáveis ou não nessa fase processual, resta expressamente albergado na legislação especial a possibilidade de aplicação subsidiária da legislação comum, e é nesse ponto específico que será dado mais ênfase.

Seguindo essa linha de raciocínio, verifica-se que a legislação processual civil avança significativamente mais em relação à trabalhista, porém, deve-se atentar aos conflitos normativos que delimitam essa aplicação subsidiária, como é o caso do controverso art. 475-J[50] do CPC/73, atual art. 523, §1º, do CPC/15[51].

Nota-se que a busca de institutos aplicáveis não deve ser realizada desenfreadamente, de forma a ignorar e, por conseguinte, violar regras da CLT com mesmo valor normativo.

Com efeito, a controvérsia do art. 523, §1º, do CPC gira em torno de sua aplicação ao processo trabalhista, posto que o art. 880 da CLT[52] compeli o devedor a cumprir o julgado em 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de penhora, diferentemente do que ocorre no processo civil, onde via de regra há primeiramente cominação de multa pelo atraso.

Nesse sentido posiciona-se acerca da inaplicabilidade da multa do art. 523, §1º, do CPC no processo trabalhista o doutrinador Roberto Serra da Silva Maia:

Segundo a Corte Superior, o direito processual do trabalho contém regramento específico para execução de sentenças, nos termos do art. 876 e seguintes da CLT, não se justificando a aplicação subsidiária de regra do direito processual comum, cuja sistemática revela-se, ademais, incompatível com aquela aplicável na execução trabalhista, em que o prazo para pagamento ou penhora é de 48 horas (art.880 da CLT). Entende-se ainda, que a normatização contida no art. 475-J do CPC tem previsão correlata no artigo 883 da CLT, o que afasta a aplicação supletiva daquele preceito legal.[53] Em contraponto, pode-se argumentar que a multa prevista no art. 523, §1º, do CPC é apenas mais um

meio coercitivo a fim de fazer valer o comando jurisdicional/estatal, o que tem caráter ainda mais relevante no processo trabalhista em vista da natureza alimentar do débito executado, conforme se extrai dos ensinamentos de Augusto César Leite de Carvalho^[54]:

Os argumentos contrários à aplicação da multa no processo do trabalho têm fundamento em uma só premissa: a de que a CLT não seria omissa quanto ao rito da execução trabalhista. A verdade, porém, é que não se está a cuidar de medida sub-rogatória, mas sim de meio coercitivo que sequer precisa estar previsto com especificidade.

Por conclusão, é possível verificar que no atual ordenamento jurídico laboral existem controvérsias sobre a aplicação subsidiária disposta no art. 769 da CLT, ao passo em que a jurisprudência tenta restringir essa aplicação apenas naquilo em que reste omissa a legislação especial, a fim de evitar violações normativas diretas, atribuindo o uso da legislação ordinária apenas em matérias não tratadas pela CLT.

Não custa lembrar, contudo, que “lacuna” não deve ser interpretada *stricto sensu*, ou seja, não se deve remeter apenas à “lacuna normativa”, mas também, nas palavras de Marcílio Florêncio Mota “as chamadas lacunas axiológicas e as ontológicas.” ^[55]

Dessa forma, a interpretação das lacunas axiológicas diz respeito à interpretação social da norma. Isso implica dizer que, de acordo com esta tese, se existe uma norma efetivamente e socialmente mais justa na legislação ordinária, esta deve ser aplicada em substituição da norma específica.

Sobre este tema vale transcrever um exemplo prático demonstrado por Marcílio Florêncio Mota:

É o caso, em nossa opinião, da previsãoceletista de julgamento da exceção de suspeição ou de impedimento pelo próprio órgão cuja parcialidade a parte suscita. Nessa hipótese, parece ser evidente que a regra da CLT deve ser substituída

pelas regras do CPC, que se sobrepõem do ponto de vista ético.[\[56\]](#)

Já as chamadas “lacunas ontológicas”, são aquelas que se configuram quando a norma especial encontra-se defasada pelo tempo, existindo na legislação ordinária norma efetivamente mais satisfatória, o que autoriza a aplicação desta última em detrimento aquela norma ultrapassada.

Como foi possível notar, é patente a divergência doutrinária quanto à aplicação do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, mais especificamente nos casos de omissão da legislação especial.

Enquanto parte da doutrina entende que essa omissão deva ser estritamente legislativa, outra parte usa a interpretação extensiva e vai além da omissão legislativa, buscando argumentos nas “lacunas axiológicas” (norma social mais justa) e nas “lacunas ontológicas” (substituição pela defasagem temporal).

Nesse passo, parece ser mais plausível a corrente defendida por esta segunda parte da doutrina, qual seja, a interpretação *lato sensu* do artigo 769 da CLT, pois não se pode deixar de notar que esta tese encontra amparo nos próprios princípios sedimentados que regem um Processo do Trabalho sincrético.

Sobre essa necessidade de aplicação subsidiária do processo civil, vale transcrever os ensinamentos do professor Mauro Schiavi[\[57\]](#):

Atualmente, o Código de Processo Civil passa por reformas significativas, eliminando a burocracia da execução, visando a atender aos princípios da simplicidade, celeridade e efetividade do procedimento. Em razão disso, pensamos que são medidas de justiça, razoabilidade, efetividade e preocupação com o cumprimento da legislação material trabalhista, reconhecer a importância das recentes alterações do Código de Processo Civil, rumo ao aperfeiçoamento da execução, visando aniquilar o estigma do processo de execução

do *ganha mas não leva* e transportá-las para a execução trabalhista.

Nessa linha de raciocínio, torna-se visível a necessidade do acolhimento de institutos mais avançados do processo civil, como é o caso do controverso incidente de deslocamento de competência (parágrafo único do art. 516 do CPC/15) e da impugnação do devedor.

Esses dois institutos acima elencados são de suma importância para conferir maior celeridade à execução trabalhista, contribuindo-se para a almejada duração razoável do processo trabalhista, como adiante será melhor analisado.

4.2 INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA DO CPC

Conforme os argumentos expendidos anteriormente, cabe agora analisar os instrumentos do processo de aplicação mais relevante na seara trabalhista, como é o caso da modificação de competência executória a requerimento do exequente.

Importante destacar que esse instituto é relativamente novo, introduzido pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio, em 2006 com a vigência da Lei nº. 11.232 de 2005.

Reza o parágrafo único do art. 516 do Código de Processo Civil de 2015 que “nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.[\[58\]](#)”.

Assim, trata-se de faculdade oferecida ao exequente quanto ao local em que será realizada a execução. Visa facilitar a fase executiva tanto para o exequente, quanto para o executado, ao passo que torna o processo menos oneroso, pois evita o uso frequente de cartas precatórias entre o juízo da execução e o juízo do local onde se encontram os bens do executado.

Apesar de ser pouco utilizado na justiça laboral, este instituto pode ser considerado uma alternativa viável, principalmente levando em consideração a verba trabalhista de caráter alimentar em consonância com a função social do processo judicial.

É possível encontrar o conceito desse incidente processual, objetivamente sintetizado, nos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Trata-se, de todo modo, de opção do credor, que há de eleger o foro da execução segundo sua preferência. Ao escolher outro juízo que não o da fase de conhecimento, deverá requerer ao juízo em que os autos se encontram (juízo da fase de conhecimento) a remessa dos autos ao juízo eleito. O novo juízo passará a ter competência para todo e qualquer incidente que venha a surgir no curso da execução, devendo processar e julgar a impugnação e os embargos de terceiro, por exemplo. [59]

Dessa forma, com o requerimento devidamente fundamentado do exequente, o juízo originário, após ouvir a outra parte, deverá declinar a competência para o juízo da situação dos bens e/ou novo domicílio do executado, estando este prevento para qualquer novo ato processual.

Veja que, seguindo ainda a linha de raciocínio de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, nada impede a oposição do devedor ao requerimento do credor, sob a fundamentação da incompetência do juízo pretendido quando restar demonstrada a má-fé em apenas querer dificultar a defesa da parte executada.

Importante destacar que, está em discussão apenas as execuções definitivas, ou seja, aquelas decorrentes do trânsito em julgado, pelo que para as execuções provisórias não há o que se falar sobre deslocamento de competência.

De outro lado, reza o artigo 877[60] da CLT que, “é competente para a execução das decisões o Juiz ou Presidente do Tribunal que tiver conciliado ou julgado originariamente o dissídio”. Em função dessa

norma expressa disposta no artigo 877, há divergência quanto à aplicação subsidiária do art. 516, parágrafo único do CPC.

Essa divergência gira em torno da possibilidade de aplicação do incidente de deslocamento de competência do CPC ao processo executivo trabalhista. A principal fundamentação é a existência de norma expressa disposta na CLT, afastando assim a necessidade da aplicação subsidiária.

Recentemente, em março de 2012, o TST entendeu pela inaplicabilidade do art. 475-P, parágrafo único do CPC/73 (atual art. 516 do CPC/15), justamente em razão do artigo 877 da CLT:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ART. 475-P, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA NO PROCESSO DO TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NA CLT.

1. O princípio do devido processo legal é garantia constitucional de que as regras pré-estabelecidas pelo legislador ordinário devem ser observadas na condução do processo, assegurando-se aos litigantes, na defesa dos direitos levados ao Poder Judiciário, todas as oportunidades processuais conferidas por lei. 2. A aplicação das regras de direito processual comum no âmbito do Processo do Trabalho pressupõe a omissão da CLT e a compatibilidade das respectivas normas com os princípios e dispositivos que regem este ramo do Direito, nos termos dos arts. 769 e 889 da CLT. 3. Existindo previsão expressa na CLT acerca da competência para a execução das decisões, a aplicação subsidiária do parágrafo único do art. 475-P do CPC, no sentido de, a requerimento do exequente, ser autorizada a remessa dos autos ao juízo do local onde se encontram bens do executado passíveis de expropriação, também seu atual domicílio, implica contrariedade aos princípios da legalidade e do devido processo legal e respectiva ofensa ao art. 5º, II e LIV, da Carta Magna. 4. Diante desse quadro, a competência para prosseguir na

execução é do Juízo Suscitado, na forma do art. 877 da CLT. Conflito de competência que se julga procedente, para declarar competente o Juízo Suscitado.[\[61\]](#)

Em que pese esta decisão do Tribunal Superior do Trabalho, em consonância com as argumentações vistas anteriormente, deve-se ter uma interpretação extensiva do art. 769 da CLT, ou seja, além das lacunas normativas, é preciso analisar as lacunas axiológicas e ontológicas, de forma a fazer valer a função social do processo.

Desse modo, ainda que se entenda pela inexistência de lacuna normativa, se há norma efetivamente e socialmente mais justa na legislação ordinária, como é o caso, esta deverá ser analisada e aplicada a despeito da norma existente na legislação específica, tomando como base a interpretação “axiológica” do conceito de lacuna.

Portanto, não deve o judiciário laboral deixar de acolher o requerimento do executado, nos moldes da interpretação axiológica, quando verificado *in casu* que as benesses do deferimento estarão intrinsecamente atreladas à efetividade da execução.

Ademais, o artigo 877 da CLT apenas define a competência para a execução das decisões os juízos e/ou tribunais que conciliaram ou julgaram a lide originalmente, o que não gera qualquer conflito com o artigo 516, parágrafo único do Novo Código de Processo Civil. Isto porque implicaria dizer então que há conflito normativo no próprio NCPC, tendo em vista a norma expressa no art. 87 que assim dispõe:

Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

Porém, o que se tem na verdade, é uma exceção ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, em detrimento da efetividade executiva, ou seja, via de regra a competência é absoluta, tornando-se a mesma

relativa por faculdade legislativa do exequente, assim como preceitua Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart^[62]:

Ao se dar ao exequente a opção de eleger o juízo que deve processar a execução, deixa-se de lado a norma do art.87 do CPC, que dá origem ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis*. Este artigo afirma que *se determina a competência no momento em que a ação é proposta*, sendo “irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia”. Como a ação não mais termina com o trânsito em julgado da sentença condenatória, prosseguindo na fase de execução da sentença, a opção outorgada ao exequente faz com que a competência, fixada no momento em que a ação foi proposta seja alterada.

Assim, por analogia, não se pode afirmar que a norma disposta no artigo 877 da CLT afaste a aplicação subsidiária do art. 516, parágrafo único do NCPC, porque apesar de ambas tratarem da competência, não são conflitantes, de forma que não há motivos para sua denegação.

Em conclusão, a faculdade oferecida ao credor na legislação ordinária em alterar a competência para o juízo da situação dos bens do devedor, deve ser albergada pela legislação trabalhista, seja pela incidência interpretativa da “lacuna axiológica”, seja pela “lacuna normativa”.

4.3 A IMPUGNAÇÃO DO PROCESSO CIVIL

O advento da Lei nº. 11.232/2005 e o Novo Código de Processo Civil trouxeram inúmeras repercussões ao processo civil, efetivando-o e, ao mesmo tempo, simplificando o seu procedimento. A exemplo da modernização da legislação ordinária, faz-se necessário a utilização dos meios céleres trazidos pela lei adjetiva ordinária na seara laboral, mediante interpretação constitucional do art. 769 da CLT, e pela própria característica sincrética do processo trabalhista.

Por outro lado, tratando-se de matéria expressamente regulada pela legislação específica, sendo esta mais benéfica ao procedimento em si, no sentido de celeridade e efetividade, não se deve aplicar a norma ordinária. Assim, é preciso trazer para a prática laboral a incidência da norma civilista apenas em aspectos complementares a norma celetista.

Nesse diapasão, tem-se a impugnação do devedor, mero instrumento de defesa processual do executado com cognição bastante restrita, instituto que substituiu o antigo embargos do executado do CPC, conforme lecionam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart^[63]:

No regime anterior à Lei 11.232/2005, a defesa do executado era reservada a uma *ação de conhecimento*, autônoma e incidente sobre o processo de execução, chamada de embargos do executado. O executado que tivesse interesse em se opor à execução deveria ajuizar embargos do executado, tornando-se autor de ação de conhecimento em face do exequente.

Importante salientar que a impugnação apenas pode ser utilizada em sentença condenatória de pagar quantia certa, sendo inviável sua utilização às condenações mandamentais, com obrigação de fazer, entregar coisa certa, e não fazer, de acordo com o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart^[64], respaldado na doutrina majoritária.

Ainda sobre o tema, Carlos Henrique Bezerra Leite^[65] define, em síntese, o novo instituto:

De acordo com a parte final do^a1º do art. 475-J do CPC, do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, “podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias”. Antes da lei n. 11.232/2005, o executado era citado para, desejando, ajuizar ação incidental de embargos do devedor. Agora, isto é, a partir da vigência da referida lei, o devedor é intimado para, querendo, oferecer impugnação ao cumprimento da sentença. Tal impugnação é, pois, mero incidente processual na fase de conhecimento, e não ação.

Pois bem, analisado superficialmente a impugnação do devedor no processo civil, cabe agora observar sua aplicabilidade no processo trabalhista, destrinchando pontualmente o que pode ser aproveitado por este último, a fim de conferir maior efetividade à execução.

O artigo 884 da CLT dispõe que “garantida a execução ou penhorados os bens, terá o executado 5 (cinco) dias para apresentar embargos, cabendo igual prazo ao exequente para impugnação”. O seu §1º reza que “a matéria de defesa será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida”.

Logo, diante da norma expressa disposta na CLT, efetivamente mais célere, parece plausível afastar a aplicação da impugnação, enquanto instrumento, ao processo trabalhista, porém, não de todo, seguindo o entendimento de Carlos Henrique Bezerra Leite, apenas a parte final do art. 475-J do CPC/73 (atual art. 523 do NCPC), referente ao prazo concedido para apresentar a impugnação não deve ser aplicado.

Outrossim, deve ser aplicado subsidiariamente à legislação celetista a matéria arguível nos embargos do devedor, por lacuna ontológica, tendo em vista que o §1º do art. 884 da CLT encontra-se demasiadamente ultrapassado, razão pela qual não há motivos para não utilizar o art. 525 do NCPC. Sendo este ponto pacífico na jurisprudência pátria.

Renato Saraiva [\[66\]](#) assim discorre:

Entendemos que o art. 475-L do CPC será aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho, tendo em vista que, conforme já mencionado anteriormente, o art. 884, §1º, da CLT não esgotou todas as hipóteses arguíveis via embargos à execução.

Na mesma linha de raciocínio Carlos Henrique Bezerra Leite [\[67\]](#)preceitua:

No que respeita à matéria arguível nos embargos do devedor, sabe-se que a doutrina e a jurisprudência juslaboralistas sempre mitigaram o

conteúdo restritivo do §1º do art. 884 da CLT, o qual também sofreu de envelhecimento (lacuna ontológica), razão pela qual não vemos qualquer impedimento da aplicação do art. 475-L do CPC no processo laboral.

Conclui-se então ser pacífico, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, a aplicação subsidiária do art. 525[68] do NCPC (antigo art. 475-L do CPC/73) no processo trabalhista. Dessa forma, delimitando a matéria arguível em sede de impugnação, limita-se por consequência a cognição, evitando assim a reanálise de matérias tratadas na fase de conhecimento, o que confere mais celeridade e objetividade à execução.

Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite[69], o §1º do art. 475-L[70] (atual art. 525, §12º do CPC/15) encontra óbice aplicativa em virtude do §5º do art. 884[71] da CLT tendo em vista que ambos são semelhantes, portanto, não se configura lacuna normativa.

Já os parágrafos §4 e 5º[72], do art. 525, do NCPC, no entendimento deste mesmo autor, deve ser aplicado subsidiariamente ao processo laboral, tendo em vista existência de lacuna normativa na CLT, bem como sua aplicação ensejar maior celeridade e efetividade à execução em face da rejeição liminar da impugnação.

Quanto aos efeitos da impugnação, o artigo 525, §6º,[73] do Novo Código de Processo Civil reza que a impugnação não terá efeito suspensivo, salvo se o garantido o juízo com penhora, caução ou depósito suficientes, e o prosseguimento da execução acarrete grave dano de difícil ou incerta reparação, sendo a atribuição do efeito suspensivo faculdade do Juiz.

Sobre o momento em que será atribuído o efeito suspensivo à impugnação, bem como em relação a sua aplicação subsidiária no processo trabalhista, Carlos Henrique Bezerra Leite se pronuncia:

Em linha de princípio, o recebimento da impugnação por simples despacho não implica a suspensão do processo. Para que o juiz possa emprestar efeito suspensivo à impugnação apresentada pelo devedor, é preciso que o

magistrado, valendo-se do seu poder geral de cautela, profira decisão interlocutória, fundamentando a existência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Tais normas devem ser aplicadas no processo do trabalho, porquanto a CLT, embora preveja o instituto dos embargos do executado e a impugnação do exequente (art. 884), é absolutamente omissa (lacuna normativa) a respeito dos efeitos que eles provocam no processo.

O Novo Código de Processo Civil aboliu a garantia do juízo para a admissão da impugnação[74]. Todavia, tendo em vista o princípio protetivo e a ausência de lacuna normativa ou axiológica, deve prevalecer a exigência específica da CLT de garantia do juízo para a apresentação de embargos pelo devedor.

Por fim, a principal característica da impugnação a ser adotada pelo processo trabalhista é justamente sua característica simplista de mero incidente processual, ou seja, em consonância com o princípio da continuidade das fases, não deve haver mais uma ação autônoma de execução de sentença.

Esse é o entendimento de Mauro Schiavi[75]:

O próprio processo civil, por meio da Lei n. 11.232/05, aboliu o processo de execução, criando a fase do cumprimento da sentença. Desse modo, a execução passa a ser mais uma fase do processo, e não um processo autônomo que começa com a inicial e termina com a sentença. No nosso sentir, diante dos novos rumos do processo civil ao abolir o processo de execução, e dos princípios constitucionais da duração razoável do processo e efetividade, consagrados pela EC n. 45/04, pensamos que não há mais motivos ou argumentos para se sustentar a autonomia da execução no processo do trabalho.

É exatamente em razão dessa desburocratização processual implementada no processo civil que a impugnação deve ser subsidiária na utilização dos embargos à execução.

Portanto, os embargos do devedor disposto no art. 884 da CLT, devem ser utilizados em complementaridade com a impugnação do processo civil, naquilo em que restar configurado lacunas normativas, axiológicas e/ou ontológicas.

Assim, deixam os embargos de possuírem natureza de ação, e passam a ter natureza de mero incidente processual, com cognição consideravelmente reduzida, de forma a conferir maior efetividade à execução trabalhista.

4.4 O USO DA MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA EXECUTÓRIA E DA IMPUGNAÇÃO COMO INSTRUMENTOS ASSECURATÓRIOS DE UMA MAIOR EFICIÊNCIA DA EXECUÇÃO TRABALHISTA

Apesar da existência de diversas inovações na legislação ordinária com o advento da Lei n. 11.232/05 que reformou o Processo Civil de 1973, e do Novo Código de Processo Civil de 2015, é preciso realizar uma filtragem daquilo que efetivamente é pertinente à execução trabalhista.

Dessa forma, analisado a aplicação subsidiária do incidente de deslocamento de competência (art. 516, parágrafo único do NCPC) e da impugnação do executado do processo civil, faz-se necessário, neste momento, analisar a repercussão prática de ambos os instrumentos e os benefícios que os mesmo trarão à execução trabalhista.

Conforme já visto, as vantagens na utilização desses dois institutos ao processo do trabalho conferem maior efetividade à execução trabalhista, tendo em vista a existência de lacunas normativas, axiológicas e ontológicas na CLT.

Assim, enquanto não ocorrer uma reforma significativa na legislação trabalhista, o uso complementar da legislação comum naquilo em que for pertinente, e, mais especificamente na utilização dos instrumentos tratados neste artigo científico, torna-se essencial para a

prestação da tutela jurídica em tempo razoável e em conformidade com a modernidade dos dias atuais.

Nota-se que, atualmente, a maior deficiência da justiça laboral é a morosidade da fase executiva. Isso se torna mais relevante em vista da função social do processo do trabalho.

Sobre essa função social vale dizer que

Em razão do caráter publicista do processo do trabalho e do relevante interesse social envolvido na satisfação do crédito trabalhista, a moderna doutrina tem defendido a existência do princípio da função social da execução trabalhista. Desse modo, deve o Juiz do Trabalho direcionar a execução no sentido de que o exequente, efetivamente, receba o bem da vida pretendido de forma célere e justa, e que as atividades executivas sejam razoáveis no sentido de que somente o patrimônio do próprio devedor seja atingido, preservando-se sempre a dignidade tanto da pessoa humana do exequente como do executado.^[76]

Com efeito, a fim de efetivamente fazer valer a função social do processo trabalhista, o Juiz-Estado deve utilizar-se dos meios disponíveis em seu alcance, respeitando sempre o limite normativo permitido.

Nesse passo, em virtude da descaracterização de processo executivo autônomo, a utilização subsidiária da impugnação do devedor do Processo Civil prioriza a duração razoável da execução.

Vale reprimir, no entanto, que não se deve aplicar a instrumentalidade do instituto em si, pois neste sentido não há lacuna normativa, devido à existência dos embargos do devedor no art. 884 da CLT, que inclusive conferem maior celeridade. O que se defende é a utilização subsidiária das matérias restritivas objetos da impugnação, dos seus efeitos, e da sua característica de mero incidente processual, conforme já visto anteriormente.

Outrossim, no que diz respeito à utilização da modificação de competência executória (parágrafo único do art. 516 do CPC) ao

Processo Trabalhista, vê-se que as vantagens estão de plano demonstradas, não havendo necessidade de analisar eventual experimentação prática.

Ao se alterar a competência do juízo para a situação dos bens do executado, dribla-se a morosidade considerável em que se operaria a execução, tendo em vista que seria esta seria desenvolvida, essencialmente, mediante uso frequente de cartas precatórias, desonerando, pois, a máquina estatal da justiça laboral.

Veja-se que o uso desses institutos analisados ao decorrer deste artigo, fundamenta-se principalmente na morosidade patente da execução trabalhista, como bem aponta as estatísticas Daniel Guarnetti dos Santos^[77]:

é plenamente justificável a preocupação do legislador com o inadimplemento das execuções trabalhistas, pois de cada centena de trabalhadores que logram êxito em seus pleitos na Justiça do Trabalho, apenas trinta e um chegam a receber seu crédito, ou seja, menos de um terço, e de acordo com a Consolidação Estatística da Justiça do Trabalho, o ano de 2010 iniciou com um saldo de 1,7 milhões de processos pendentes de execução, aos quais somaram-se outros 855 mil novos casos, totalizando 2,6 milhões, dos quais somente 26,76% tiveram suas execuções encerradas como assinalado pelo Ministro João Oreste Dalazen, presidente do TST e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

Assim, devem os operadores do direito trabalhista, debruçarem-se acerca das possíveis soluções alternativas encontradas na fonte ordinária com o intuito de imprimir maior eficiência à execução.

Com efeito, a modificação de competência executória e a impugnação do devedor, ambos do Processo Civil, assumem viés de soluções reais e eficazes na morosidade da execução trabalhista. Sendo, por certo, imprescindível a utilização regular desses institutos na Justiça do Trabalho enquanto o legislador pátrio não promover a reforma processual trabalhista, tendo em vista que as lacunas da legislação

celetista não podem de forma alguma prejudicar o cidadão detentor do título judicial.

5. CONCLUSÕES

1) A crise do processo laboral é um fenômeno sociocultural, e para ser entendida na sua complexidade e amplitude foi necessário compreender a evolução histórica do processo trabalhista, seus conceitos e seus princípios executivos sedimentados na doutrina.

2) No primeiro capítulo restou constatado os problemas enfrentados pelo cidadão comum na acessibilidade à justiça, bem como sua frustração em executar aquilo que lhe é direito.

3) Concluiu-se que a estagnação do judiciário deve-se, além de outros motivos, a sua paralisação diante da constante evolução social, a bem dizer, a sua ineptidão de seguir o ritmo rápido na qual a sociedade evolui.

4) Foi visto ainda que a evolução histórica do processo trabalhista contribuiu para sedimentar, em conformidade com os princípios constitucionais, seu objetivo de garantir os direitos sociais do trabalhador.

5) No item 1.3 restou delineado os conceitos e princípios que regem a fase executiva no Processo do Trabalho, dando-se ênfase apenas aos mais relevantes.

6) A seguir, no segundo capítulo, trazendo a discussão para os dias atuais, foram identificados os principais obstáculos que dificultam a efetividade da execução trabalhista, assim como também foram demonstradas soluções reais de como driblá-los.

7) Para a fraude à execução, regulamentada na legislação comum e tipificada como ilícito penal, deve o Juiz agir devidamente fundamentado em fortes indícios de fraude, a fim de evitar decisões discricionárias.

8) Nesse ponto específico, além das medidas de anulação dos atos fraudulentos, deve o judiciário punir o autor do ilícito com a multa disposta no art. 774 do NCPC em vista de atentado à dignidade da justiça.

9) Sobre o uso indevido da personalidade jurídica pelos sócios, com o intuito de obstar a efetividade da execução, deve ser aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

10) Ainda sobre a questão anterior, restou esclarecido ainda que o uso dessa teoria deve ser devidamente fundamentado e pautado no efetivo contraditório a fim de se evitar seu uso desregrado e respeitar a ampla defesa.

11) No item 2.3, verificou-se ainda a vigência da lei nº. 12.440 de 2011 que inseriu a CNDT – Certidão de Débitos Trabalhistas ao ordenamento jurídico pátrio, constatando-se as benesses da CNDT para a execução trabalhista, tendo em vista que obriga as empresas devedoras a quitarem os débitos pendentes na justiça do trabalho para habilitação no certame licitatório, ao passo que também confere as empresas contratantes de terceirizadas meios de afastar as inadimplentes.

12) No primeiro ponto do terceiro capítulo, tratou-se especificamente da necessidade de aplicação subsidiária da legislação comum como forma de solução imediata da morosidade executiva trabalhista.

13) Ressaltou-se ainda que a CLT permite expressamente a utilização de outras fontes, devendo ser a referida regra normativa interpretada extensivamente, surgindo-se então a interpretação axiológica (interpretação social da norma) e ontológica (defasagem da norma pelo tempo).

14) Foi introduzida ainda, a possibilidade de aplicação de dois institutos do processo civil aptos a promoverem maior eficácia à execução trabalhista.

15) No ponto subsequente foi analisado o incidente de deslocamento de competência que faculta o exequente alterar a competência da execução para o local dos bens do executado. Nesse sentido, apesar de existir entendimento contrário à utilização deste instituto, foram apresentados argumentos contundentes acerca dos benefícios da sua aplicação, a saber, existência de lacuna ontológica e axiológica, tampouco inexistência de lacuna normativa.

16) A seguir fora analisado pontualmente o instituto da impugnação do executado, sendo esta aplicável apenas os aspectos mais relevantes, como a matéria a ser arguida, os efeitos capazes de gerar, e, principalmente, a sua essência de mero incidente processual, não devendo-se falar sobre ação executiva autônoma.

17) Por fim, em fechamento ao terceiro capítulo foi discutido no item 3.4 a utilização regular de ambos os institutos anteriores na Justiça do Trabalho a fim de superar o seu maior problema, que é a morosidade da execução, conferindo mais eficácia a curto prazo ao pleito executivo.

18) Dessa forma, entre diversos institutos relativamente novos encontrados na legislação ordinária, pode-se concluir que o incidente de deslocamento de competência e a impugnação do processo civil, contribuem de forma mais direta na instrumentalidade da execução trabalhista.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 07 de setembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: . Acesso em: mar. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 5.452, de 1 de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: . Acesso em: mar. 2016.

BRASIL. Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: . Acesso em: mar. 2016.

BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: mar. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: mar. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.440, de 7 de julho de 2011. **Acrescenta Título VII-A à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943, para instituir a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, e altera a Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2011/Lei/L12440.htm>. Acesso em: mar. 2016

BRASIL. Resolução Administrativa TST nº 1.470, de 24 de agosto de 2011. **Regulamenta a expedição da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT e dá outras providências.** Disponível em: . Acesso em: mar. 2016.

BRASIL. Resolução TST nº 203, de 15 de março de 2016. **Edita a Instrução Normativa nº 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva..** Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em: mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão. Processo nº CC-3533-59.2011.5.00.0000. Recorrente LUIZ SALVADOR PIONTKOWSKI e Recorrido COMPANHIA GZM DE DISTRIBUIÇÃO e GAZETA MERCANTIL S.A. Relator: Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. **Acórdão. Conflito negativo de competência em dissídio individual.** Brasília, 2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=CC%20-%203533-59.2011.5.00.0000&base=acordao&numProclnt=82122&anoProclnt=2011&dataPublicacao=16/03/2012%2007:00:00&query=>>> Acesso em: 17 de abril de 2016.

BONAMIGO, Laércio Flávio. **Fraude contra credores, fraude à execução e boa-fé: a jurisprudência e a Lei nº 11.382/2006.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1541, 20 set. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10431>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Adoção da multa do art. 475-J do CPC no processo trabalhista.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1551, 30 set. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10481>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

CORRÊA, Wilson Leite. **Da fraude de execução. Aspectos polêmicos.** Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3624>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de Aceleração do Processo.** Franca: Lemos & Cruz Editora, 2003.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho.** 8ª ed. São Paulo: LTr. 2010.

L'HEUREX, Nicole. **Acesso eficaz à justiça: juizado de pequenas causas e ações coletivas.** Trad. Vera M. Jacob de Fradera. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 5, 1933, p.6.

MAIA, Roberto Serra da Silva. **A inaplicabilidade da multa do art. 475-J do CPC na Justiça do Trabalho.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2697, 19 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17844>>. Acesso em: 03 mar. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil Volume 3: Execução.** 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo.** São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2008.

MOTA, Marcílio Florêncio. **A aplicação subsidiária da legislação comum na execução trabalhista, a jornada sobre a execução no processo do trabalho e o anteprojeto do TST que altera a execução trabalhista.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3023, 11 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20187>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

MUNIZ, Livia Gomes. **A efetividade da execução trabalhista. Uma análise da desconsideração da personalidade jurídica como**

instrumento de sua efetivação. Jus Navigandi, Teresina, [ano 16, n. 3047, 4 nov. 2011](#) . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20359>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Manual de processo do trabalho**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

PINTO, Paulo Cesar Carvalho. **Fraude contra a execução: uma análise das exegeses.** Jus Navigandi, Teresina, [ano 9, n. 364, 6 jul. 2004](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5388>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

RIBEIRO, Daniela Moreira Sampaio. **A nova Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT.** Migalhas, 29 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI147381,41046-A+nova+Certidao+Negativa+de+Debitos+Trabalhistas+CNDT>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

ROESLER, Átila Da Rold. **A "crise" do processo executivo.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 740, 15 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7008>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

SANTOS, Daniel Guarnetti dos. **Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT). Instrumento de efetividade das execuções trabalhistas à luz do princípio constitucional da razoável duração do processo.** Jus Navigandi, Teresina, [ano 16, n. 3037, 25 out. 2011](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20283>>. Acesso em: 26 mar. 2016

SARAIVA, Renato. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Método, 2006.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009.

NOTAS:

[1] ROESLER, Átila Da Rold. **A "crise" do processo executivo.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 740, 15 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7008>>. Acesso em: 03 nov. 2011.

[2] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de Aceleração do Processo*, Franca: Lemos & Cruz Editora, 2003, p.23.

[3] L'HEUREX, Nicole. *Acesso eficaz à justiça: juizado de pequenas causas e ações coletivas*. Trad. Vera M. Jacob de Fradera. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 5, 1933, p.6.

[4] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 8ª ed. São Paulo: LTr. 2010. p.116.

[5] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 8ª ed. São Paulo: LTr. 2010. p.117.

[6] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 8ª ed. São Paulo: LTr. 2010. p.117.

[7] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 8ª ed. São Paulo: LTr. 2010. p.117.

[8] SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Método, 2005. p.534.

[9] CLT. Art. 880. Requerida a execução, o juiz ou presidente do tribunal mandará expedir mandado de citação do executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as cominações estabelecidas ou, quando se tratar de pagamento em dinheiro, inclusive de contribuições sociais devidas à União, para que o faça em 48 (quarenta e oito) horas ou garanta a execução, sob pena de penhora.

[10] CPC. Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

[11] CPC. Art. 824. A execução por quantia certa realiza-se pela expropriação de bens do executado, ressalvadas as execuções especiais.

[12] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 8ª ed. São Paulo: LTr. 2010. p.976.

[13] CPC. Art. 831. A penhora deverá recair sobre tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios.

[14] CPC. Art. 891. Não será aceito lance que ofereça preço vil.

Parágrafo único. Considera-se vil o preço inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante do edital, e, não tendo sido fixado preço mínimo, considera-se vil o preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação.

[15] CLT. Art. 883 - Não pagando o executado, nem garantindo a execução, seguir-se-á penhora dos bens, tantos quantos bastem ao pagamento da importância da condenação, acrescida de custas e juros de mora, sendo estes, em qualquer caso, devidos a partir da data em que for ajuizada a reclamação inicial.

[16] SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Método, 2005. p.536.

[17] CPC. Art. 809. O exequente tem direito a receber, além de perdas e danos, o valor da coisa, quando essa se deteriorar, não lhe for entregue, não for encontrada ou não for reclamada do poder de terceiro adquirente.

[18] CPC. Art. 816. Se o executado não satisfizer a obrigação no prazo designado, é lícito ao exequente, nos próprios autos do processo, requerer a satisfação da obrigação à custa do executado ou perdas e danos, hipótese em que se converterá em indenização.

[19] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 8ª ed. São Paulo: LTr. 2010. p.977.

[20] CPC. Art. 569. Art. 775. O exequente tem o direito de desistir de toda a execução ou de apenas alguma medida executiva.

[21] SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Método, 2005. p. 537.

[22] Atual artigo 200 do CPC/15: Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.

[23] OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Manual de processo do trabalho*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 623.

[24] CORRÊA, Wilson Leite. *Da fraude de execução. Aspectos polêmicos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3624>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

[25] CP. Art. 179. Fraudar execução, alienando, desviando, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas: (...)

[26] MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil Volume 3: Execução*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p.264.

[27] MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil Volume 3: Execução*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p.264.

[28] MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2008. p. 609.

[29] MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil Volume 3: Execução*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. págs. 264 e 265.

[30] PINTO, Paulo Cesar Carvalho. *Fraude contra a execução: uma análise das exegezes*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 364, 6 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5388>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

[31] MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil Volume 3: Execução*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p.265.

[32] BONAMIGO, Laércio Flávio. ***Fraude contra credores, fraude à execução e boa-fé: a jurisprudência e a Lei nº 11.382/2006***. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1541, 20 set. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10431>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

[33] SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Método, 2005. p. 550.

[34] OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Manual de processo do trabalho*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 556.

[35] MUNIZ, Livia Gomes. ***A efetividade da execução trabalhista. Uma análise da desconsideração da personalidade jurídica como instrumento de sua efetivação***. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3047, 4 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20359>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

[36] SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Método, 2005. p. 547.

[37] Art. 6º Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878).

[38] CPC Art. 795. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei.

§ 1o O sócio réu, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade, tem o direito de exigir que primeiro sejam executados os bens da sociedade.

[39] Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

(...)

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

[40] Art. 642-A. É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.

§ 1º O interessado não obterá a certidão quando em seu nome constar: I – o inadimplemento de obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho ou em acordos judiciais trabalhistas, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, a honorários, a custas, a emolumentos ou a recolhimentos determinados em lei; ou

II – o inadimplemento de obrigações decorrentes de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia.

§ 2º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT.

§ 3º A CNDT certificará a empresa em relação a todos os seus estabelecimentos, agências e filiais.

§ 4º O prazo de validade da CNDT é de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data de sua emissão.

[41] Art. 2º O inciso IV do art. 27 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 27. (...)

IV – regularidade fiscal e trabalhista;”

Art. 3º O art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.”

[42] BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 26 mar. 2012.

[43] SANTOS, Daniel Guarnetti dos. ***Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT). Instrumento de efetividade das execuções trabalhistas à luz do princípio constitucional da razoável duração do processo.*** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3037, 25 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20283>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

[44] Resolução Administrativa nº 1.470/2011, Art. 4º. A Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT será expedida gratuita e eletronicamente em todo o território nacional, observado o modelo constante do Anexo I, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, tendo como base de dados o Banco Nacional de Devedores Trabalhistas

[45] CF/88, Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

[46] RIBEIRO, Daniela Moreira Sampaio. *A nova Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT*. Migalhas, 29 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI147381,41046-A+nova+Certidao+Negativa+de+Debitos+Trabalhistas+CNDT>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

[47] RIBEIRO, Daniela Moreira Sampaio. *A nova Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT*. Migalhas, 29 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI147381,41046-A+nova+Certidao+Negativa+de+Debitos+Trabalhistas+CNDT>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

[48] CLT. Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

[49] MOTA, Marcílio Florêncio. ***A aplicação subsidiária da legislação comum na execução trabalhista, a jornada sobre a execução no processo do trabalho e o anteprojeto do TST que altera a execução trabalhista***. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3023, 11 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20187>>. Acesso em: 03 mar. 2012.

[50] CPC. Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o

efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

[51] CPC. Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.

§ 1o Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento.

[52] CLT. Art. 880. Requerida a execução, o juiz ou presidente do tribunal mandará expedir mandado de citação do executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as cominações estabelecidas ou, quando se tratar de pagamento em dinheiro, inclusive de contribuições sociais devidas à União, para que o faça em 48 (quarenta e oito) horas ou garanta a execução, sob pena de penhora.

[53] MAIA, Roberto Serra da Silva. **A inaplicabilidade da multa do art. 475-J do CPC na Justiça do Trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2697, 19 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17844>>. Acesso em: 03 mar. 2012.

[54] CARVALHO, Augusto César Leite de. **Adoção da multa do art. 475-J do CPC no processo trabalhista**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1551, 30 set. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10481>>. Acesso em: 03 mar. 2012.

[55] MOTA, Marcílio Florêncio. **A aplicação subsidiária da legislação comum na execução trabalhista, a jornada sobre a execução no processo do trabalho e o anteprojeto do TST que altera a execução trabalhista**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3023, 11 out. 2011. Disponível

em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20187>>. Acesso em: 03 mar. 2012.

[56] MOTA, Marcílio Florêncio. ***A aplicação subsidiária da legislação comum na execução trabalhista, a jornada sobre a execução no processo do trabalho e o anteprojeto do TST que altera a execução trabalhista.*** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3023, 11 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20187>>. Acesso em: 03 mar. 2012.

[57] SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 757.

[58] CPC. Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:

I - os tribunais, nas causas de sua competência originária;

II - o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição;

III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.

[59] MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil Volume 3: Execução*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p.247.

[60] CLT. Art. 877. É competente para a execução das decisões o Juiz ou Presidente do Tribunal que tiver conciliado ou julgado originariamente o dissídio.

[61] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão. Processo nº CC-3533-59.2011.5.00.0000. Recorrente LUIZ SALVADOR PIONTKOWSKI e

Recorrido COMPANHIA GZM DE DISTRIBUIÇÃO e GAZETA MERCANTIL S.A. Relator: Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. *Acórdão. Conflito negativo de competência em dissídio individual*. Brasília, 2012. Disponível em: <
<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=CC%20-%203533-59.2011.5.00.0000&base=acordao&numProclnt=82122&anoProclnt=2011&dataPublicacao=16/03/2012%2007:00:00&query=>> Acesso em: 17 de abril de 2012.

[62] MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil Volume 3: Execução*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p.247/248.

[63] MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil Volume 3: Execução*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p.293.

[64] MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil Volume 3: Execução*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p.295.

[65] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 8ª ed. São Paulo: LTr. 2010. p.960.

[66] SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Método, 2006. p.590.

[67] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 8ª ed. São Paulo: LTr. 2010. p.962.

[68] CPC. Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 1o Na impugnação, o executado poderá alegar:

I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;

II - ilegitimidade de parte;

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

IV - penhora incorreta ou avaliação errônea;

V - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

VI - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VII - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.

[69] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 8ª ed. São Paulo: LTr. 2010. p.962.

[70] CPC. Art. 525, §12º: § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1o deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

[71] CLT. Art. 884. §5º. Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal

[72] CPC. Art. 525. § 4o Quando o executado alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante da sentença, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, apresentando demonstrativo discriminado e atualizado de seu cálculo.

§ 5o Na hipótese do § 4o, não apontado o valor correto ou não apresentado o demonstrativo, a impugnação será liminarmente rejeitada, se o excesso de execução for o seu único fundamento, ou, se houver outro, a impugnação será processada, mas o juiz não examinará a alegação de excesso de execução.

[73] CPC. Art. 525, § 6º A apresentação de impugnação não impede a prática dos atos executivos, inclusive os de expropriação, podendo o juiz, a requerimento do executado e desde que garantido o juízo com penhora, caução ou depósito suficientes, atribuir-lhe efeito suspensivo, se seus fundamentos forem relevantes e se o prosseguimento da execução for manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

[74] CPC. Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no [art. 523](#) sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação

[75] SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 765.

[76] SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009. págs. 762 e 763.

[77] SANTOS, Daniel Guarnetti dos. ***Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT). Instrumento de efetividade das execuções trabalhistas à luz do princípio constitucional da razoável duração do processo.*** Jus Navigandi, Teresina, [ano 16, n. 3037, 25 out. 2011](#) . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20283>>. Acesso em: 17 abr. 2012.

AS CONTROVÉRSIAS SOBRE A CORREÇÃO MONETÁRIA E OS JUROS DE MORA NA SISTEMÁTICA DE PRECATÓRIOS

LÍSSIA MARIA EUGÊNIO LOPES: Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Assessora. Jurídica da Câmara Municipal do Recife. Pós-graduanda em Direito. Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/Instituto Prominas.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar as controvérsias que permeiam a aplicação da correção monetária e dos juros de mora na sistemática de pagamentos de débitos oriundos de decisões judiciais da Fazenda Pública, tanto em precatórios como nas requisições de pequeno valor. Para tanto, será analisada a regra do precatório e seu regime jurídico basilar, inclusive com as alterações promovidas pelas diversas emendas constitucionais que alteraram o regime dos precatórios, bem como a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da efetiva incidência da correção monetária e dos juros moratórios em todos os seus momentos de fixação e os índices aplicáveis, diferenciando cada entendimento, em confronto com o entendimento da doutrina especializada.

Palavras-chave: Precatórios. Requisição de pequeno valor. Correção monetária. Juros de mora.

Abstract: The present study has the objective of analyzing the controversies that permeate the application of monetary correction and interest on arrears in the system of payments of debts arising from judicial decisions of the Public Treasury, both in precatory petitions and in petitions of small value. In order to do so, it will analyze the precatory rule and its basic legal regime, including the changes promoted by the various constitutional amendments that altered the precatory regime, as well as the evolution of the jurisprudence of the Federal Supreme Court on the effective incidence of monetary correction and interest in all its moments of fixation and the applicable indices, differentiating each understanding, in contrast with the understanding of specialized doctrine.

Keywords: Precatory petitions. Petitions of small value. Monetary correction. Interest.

Sumário: 1. Introdução – 2. A sistemática de precatórios na Constituição Federal – 3. A correção monetária – 4. Os juros de mora – 5. Conclusão – 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as controvérsias que permeiam a aplicação da correção monetária e dos juros de mora na sistemática de pagamentos de débitos oriundos de decisões judiciais da Fazenda Pública, tanto em precatórios como nas requisições de pequeno valor.

O artigo foi dividido em três capítulos. No primeiro, será abordada a sistemática de pagamento de débitos oriundos de decisões judiciais transitadas em julgado em face da Fazenda Pública, tanto em relação aos precatórios quanto em relação às requisições de pequeno valor, expondo suas características basilares para a compreensão da incidência (ou não) da correção monetária e dos juros de mora.

No segundo capítulo, serão explicitados os momentos de incidência da correção monetária, bem como analisados os índices aplicáveis, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 4425, 4400, 4372 e 4357.

Por fim, no terceiro capítulo, serão expostas as particularidades da aplicação dos juros de mora, seus momentos de fixação, bem como os índices aplicáveis, diferenciando-se cada período. Será delineado, ainda, o âmbito de aplicação das decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, confrontando com os entendimentos doutrinários.

2 A SISTEMÁTICA DE PRECATÓRIOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Fazenda Pública, denominação dada ao Estado quando atua em juízo, mais precisamente às pessoas jurídicas de direito público^[1], possui prerrogativas processuais que se adequam às peculiaridades do ente estatal. Tais prerrogativas são justificadas pela natureza do patrimônio público, que deve ser utilizado para a satisfação das necessidades públicas.

Assim é que, de acordo com o princípio da indisponibilidade do patrimônio público, “Os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.” (CARVALHO FILHO, 2016, p. 56). Por essa razão, os bens públicos se sujeitam a um regime jurídico especial, caracterizado, entre outros, pela impenhorabilidade.

Sendo os bens públicos impenhoráveis, não é possível submeter a Fazenda Pública ao regime de execução comum, pois seria juridicamente impossível a realização da constrição e posterior expropriação de seus bens.

Nesse contexto, as obrigações contraídas pelo Estado, decorrentes de decisões judiciais, submetem-se a uma sistemática especial de pagamento, diferentemente dos particulares devedores, o denominado precatório.

Leite (2017, p. 338) conceitua o precatório como uma “requisição formal de pagamento em que o Poder Público é condenado judicialmente a realizar”, ou seja,

o precatório é um ato do Judiciário, de cunho mandamental, decorrente de decisão judicial transitada em julgado contra a Fazenda Pública, por intermédio do qual o Estado-Poder Judiciário comunica-se com o Estado-Poder Executivo, dando-lhe notícia da condenação, a fim de que, ao elaborar o orçamento para o próximo exercício, aludido valor seja incluído na fixação de despesa.

A obrigatoriedade de pagamento de débitos judiciais através de precatórios foi estabelecida no art. 100 da Constituição Federal de 1988 (embora a constitucionalização dos precatórios tenha ocorrido na Constituição de 1934[2]).

Lenza (2016, p. 920) lembra que:

a matéria foi inicialmente regulamentada no art. 100 da CF/88, sendo alterada pelas ECs ns. 20/98 (modificação do art. 100 da CF/88), 30/2000 (modificação do art. 100 da CF/88 e acréscimo do art. 78 ao ADCT), 37/2002 (modificação do art. 100 da CF/88 e acréscimo dos arts. 86 e 87 ao ADCT) e, de maneira bastante complexa e tormentosa, pela EC n. 62, de 09.12.2009 (modificação do art. 100 da CF/88 e acréscimo do art. 97 ao ADCT).

A grande quantidade de modificações na sistemática de pagamento se deve à histórica “dificuldade que os entes públicos têm de honrar os pagamentos de suas dívidas no prazo determinado pelo § 5º do art. 100 da CF” (LEITE, 2017, p. 342), de forma que o regime ordinário instituído pelo art. 100 da Constituição Federal vem sendo reiteradamente suspenso através de emendas constitucionais, as quais instituíram regimes especiais de pagamento, geralmente com moratórias para os entes públicos, permitindo o depósito parcelado de valores, entre outras disposições.

A Emenda Constitucional nº 62/2009, considerada a mais importante, teve vários dos seus dispositivos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (STF), inclusive relativos à correção monetária e aos juros de mora, o que vai ser melhor evidenciado adiante.

Além dessas, a recente Emenda Constitucional nº 94/2016 alterou mais uma vez o regime de precatórios, a fim de instituir um regime especial adequado à decisão do STF supramencionada. No

entanto, tal emenda não tratou do tema deste trabalho, de forma que não será esmiuçada.

A redação original do art. 100 excluía da sistemática os créditos de natureza alimentícia, que foram reincluídos com a alteração de sua redação, através da Emenda Constitucional nº 62/2009, que criou uma ordem preferencial para o pagamento dos débitos alimentícios (atual § 1º do art. 100, com redação posteriormente alterada pela Emenda Constitucional nº 94/2016).

A redação atual do dispositivo é a seguinte:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009\).](#)

No entanto, “o constituinte entendeu que alguns pagamentos, em virtude do seu pequeno valor, não devem se subordinar ao procedimento de inclusão no orçamento do exercício financeiro subsequente, o que significa pagamento logo após a decisão judicial transitado [sic] em julgado.” (LEITE, 2017, p. 346). São as Requisições de Pequeno Valor (RPV), tratadas no atual § 3º do art. 100:

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009\).](#)

Vê-se que, na redação original da Constituição Federal, não havia previsão para hipótese de pronto pagamento em razão do valor, de forma que tal possibilidade somente surgiu a partir da Emenda Constitucional nº 20/1998 (com a redação dos dispositivos alterada sistematicamente pelas emendas seguintes).

O § 4º do art. 100, por sua vez, passou a prever, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 62/2009, que a fixação do valor limite para o pronto pagamento dos débitos do Poder Público através da RPV deveria ser fixado por lei de cada ente federado, de acordo com as suas particularidades, ou seja, com a sua capacidade econômica, desde que obedecido o valor mínimo igual ao do maior benefício do Regime Geral de Previdência Social. Até que tal valor fosse definido pelas legislações locais, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (art. 87 e art. 97, § 12), estabeleceu valores provisórios para aplicação no âmbito dos Estados, do Distrito Federal (40 salários-mínimos) e dos Municípios (30 salários-mínimos).

O procedimento faz parte da sistemática do cumprimento de sentença ou execução em face da Fazenda Pública, atualmente regulamentada pelos arts. 534 e 910 do Código de Processo Civil de 2015.

Resumidamente, transitada em julgado decisão que determine obrigação de pagar quantia à Fazenda Pública, o credor deverá requerer ao juiz competente a execução do título executivo judicial (através do cumprimento de sentença ou, caso seja titular de título executivo extrajudicial, poderá requerer desde logo a execução contra a Fazenda Pública), de forma que será seguido o procedimento determinado pelo Código de Processo Civil, assegurada a ampla defesa e o contraditório. Findo o procedimento executivo, o juiz deverá solicitar ao presidente do Tribunal (sendo o caso de precatório) a expedição de precatório requisitório, ou, em caso de RPV, determinará diretamente à Fazenda Pública o pagamento, no prazo de 2 (dois) meses da entrega da requisição.

Considerando a sistemática dos precatórios, após a expedição do precatório requisitório pelo presidente do Tribunal, o Poder Executivo deverá incluir a despesa na Lei Orçamentária Anual, para pagamento até o final do exercício financeiro seguinte, desde que a requisição tenha sido recebida pelo devedor até o dia 1º de julho do ano anterior ao de pagamento.

A data limite para o recebimento do requisitório foi estabelecida pelo § 5º do art. 100, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 62/2009 (anteriormente a matéria era disciplinada no § 1º do art. 100, desde a redação original da Constituição).

Assim, “como o Executivo envia o Projeto de LOA até 31 de agosto, tem como, em tese, se organizar para receber os precatórios em até 1º de julho e ordenar a sua inclusão para efetuar o pagamento até o final do ano seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente” (LEITE, 2017, p. 338).

Caso não seja recebido o requisitório até o dia 1º de julho, o Poder Executivo deverá incluir o seu valor no orçamento do exercício financeiro seguinte, postergando-se a obrigação de pagamento até o final do exercício subsequente^[3].

3 A CORREÇÃO MONETÁRIA

O art. 100, § 5º, da Constituição Federal determina a atualização dos valores dos precatórios por ocasião do seu pagamento. A redação dada pela Emenda Constitucional nº 62/2009 altera o momento da incidência da correção monetária, que, de acordo com a redação original da Constituição Federal (antigo § 1º do art. 100), os valores deveriam ser atualizados em 1º de julho do ano em que os requisitórios foram encaminhados ao Poder Executivo.

Veja-se, então, a redação atual:

§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças

transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). (grifo nosso).

Logo, importa destacar que a correção monetária tem o condão de manter o valor nominal da moeda, o qual é corroído pela inflação^[4].

O § 12 do art. 100, incluído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, tentou delimitar os índices aplicáveis à correção monetária, no entanto, por ocasião do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 4425, 4400, 4372 e 4357, o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do índice utilizado pelo dispositivo, sem redução de texto.

Isso porque o § 12 estabelecia a incidência do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), independentemente da natureza do crédito, após a sua expedição até o efetivo pagamento. No entanto, para o STF, seria impossível a utilização desse índice, que é pré-fixado e, portanto, não é apto a compensar a desvalorização da moeda, isto é, os efeitos da inflação. Além disso, viola o princípio da isonomia, porque estabelece o mesmo índice para créditos de naturezas diversas, enquanto, em sendo o Poder Público o credor, poderia se utilizar de índices distintos, a depender da natureza do crédito^[5].

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. (...)IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS.

(...) PEDIDO JULGADO PROCEDENTE EM PARTE. (...)
5. A atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança viola o direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) na medida em que é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. A inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período).
(...) 9. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente em parte. (ADI 4425, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 18-12-2013 PUBLIC 19-12-2013 RTJ VOL-00227-01 PP-00125)

Na decisão da questão de ordem nas referidas Ações Diretas, o STF decidiu que pela concessão de efeitos *ex nunc* em relação a este tópico da decisão, modulando os efeitos da decisão para declarar a inconstitucionalidade a partir da data da conclusão de julgamento da questão de ordem (25 de março de 2015), fixando os índices aplicáveis após essa data. Senão, vejamos:

QUESTÃO DE ORDEM. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DE DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE (LEI 9.868/99, ART. 27). POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ACOMODAÇÃO OTIMIZADA DE VALORES CONSTITUCIONAIS CONFLITANTES. PRECEDENTES DO STF. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. EXISTÊNCIA DE RAZÕES DE SEGURANÇA

JURÍDICA QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO TEMPORÁRIA DO REGIME ESPECIAL NOS TERMOS EM QUE DECIDIDO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei nº 9.868/99, art. 27). Precedentes do STF: ADI nº 2.240; ADI nº 2.501; ADI nº 2.904; ADI nº 2.907; ADI nº 3.022; ADI nº 3.315; ADI nº 3.316; ADI nº 3.430; ADI nº 3.458; ADI nº 3.489; ADI nº 3.660; ADI nº 3.682; ADI nº 3.689; ADI nº 3.819; ADI nº 4.001; ADI nº 4.009; ADI nº 4.029. 2. In casu, modulam-se os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas nas ADIs nº 4.357 e 4.425 para manter a vigência do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016. 3. Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) **fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial**

(IPCA-E) e (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária. (...) (ADI 4425 QO, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-152 DIVULG 03-08-2015 PUBLIC 04-08-2015)

Nos termos da decisão supracitada, após 25 de março de 2015^[6], o índice utilizado para a atualização monetária dos precatórios deve ser o IPCA-E, para os créditos não tributários, bem como, no caso de créditos de natureza tributária, em função da aplicação do princípio da isonomia, deve ser o mesmo utilizado pela Fazenda Pública para a correção dos seus créditos tributários.

Harada (2017) critica a modulação de efeitos realizada pelo STF, por não se harmonizar com o princípio da isonomia, pois mesmo antes de 25 de março de 2015, os credores da União já teriam os seus créditos atualizados pelo IPCA-E, enquanto os credores dos demais entes federados somente poderiam contar com a atualização segundo esse índice após a referida data.

No que concerne à RPV, o Supremo Tribunal firmou, em sede de repercussão geral, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 638.195/RS, o entendimento de que “É devida correção monetária no período compreendido entre a data de elaboração do cálculo da requisição de pequeno valor – RPV e sua expedição para pagamento.”^[7]. Nota-se, pelo acórdão correspondente à decisão, que o STF não fixou previamente o índice a ser aplicado, determinando o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* para que defina qual o índice de correção monetária aplicado no âmbito local.

Por outro lado, é possível identificar um outro período de incidência de correção monetária que não foi enfrentado pelo STF por ocasião dessas Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Trata-se do período compreendido entre o dano efetivo (ou o ajuizamento da demanda) e a sentença, ou seja, antes da efetiva determinação de pagamento.

O tema (nº 810) foi afetado à sistemática da repercussão geral em 2015, mas ainda está pendente de decisão. Segundo o Ministro Luiz Fux, em sua manifestação pelo reconhecimento da repercussão geral, a atualização monetária definida na sentença é estabelecida no âmbito da atividades jurisdicional pelo próprio juízo prolator da decisão condenatória, enquanto o tema tratado na Ações Diretas diziam respeito à correção monetária após a inscrição do crédito em precatório até o seu efetivo pagamento, decorrente da atividade administrativa do Tribunal, sendo essa a espécie de correção monetária tratada no § 12 do art. 100 da Constituição.

Assim, o Ministro conclui que, considerando que o art. 1º-F da Lei n 9.494/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009 trata dos critérios de correção monetária não apenas quanto ao período compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento, englobando também o primeiro período de sua incidência (com a fixação na sentença), a TR não foi declarada inconstitucional quanto a esse período, estando válido, até o presente momento, o art. 1º-F, no que concerne à correção monetária fixada na sentença.

Aguarda-se, então, o deslinde definitivo da controvérsia.

4 OS JUROS DE MORA

Já no que concerne aos juros de mora, importa destacar que o § 12 do art. 100 determina:

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza,

será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, **para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança**, ficando excluída a incidência de juros compensatórios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). (grifo nosso).

Para Leite (2017, p. 363), a redação do dispositivo, dada pela Emenda Constitucional nº 29/2000, “eliminaría a isenção dos juros de mora, extinguindo o período de graça, pois, pela nova redação, válida a partir de dezembro de 2009, deveriam incidir juros de mora até o devedor cumprir totalmente o pagamento dos precatórios.”.

Ressalte-se, por oportuno, que o período de graça a que se refere o autor é o período compreendido entre o recebimento do requisitório pelo Poder Executivo, com a inclusão do seu valor no orçamento do ente público, até o último dia do exercício financeiro seguinte. Corresponde, portanto, ao prazo de 18 (dezoito) meses que o ente público tem para realizar o pagamento.

O entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal quanto a esse período foi cristalizado na Súmula Vinculante nº 17, elaborada antes da alteração do § 12 do art. 100, considerando a redação originária do art. 100, § 1º, que sequer tratava de incidência de juros de mora, autorizando apenas a aplicação da correção monetária. Assim aduz a referida Súmula: “Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos”.

Logo, para a jurisprudência tradicional do STF, somente haveria a incidência dos juros de mora após o término do período de graça.

Caso houvesse atraso no pagamento, havia discussão jurisprudencial, no âmbito do próprio STF, sobre o momento da

incidência dos juros de mora[8], se retroagiria até a data da expedição do precatório ou se incidiria a partir do atraso[9].

Leite (2017), então, defende a revogação da Súmula Vinculante nº 17.

Já Cunha (2016, p. 364) entende que não são devidos juros moratórios entre a inscrição do precatório e o efetivo pagamento. Utiliza como fundamento o § 5º do art. 100, o qual substituiu o antigo § 1º do mesmo artigo, que se refere somente à correção monetária. Ademais, explica que:

os juros incidem em razão da mora do devedor; o atraso no pagamento acarreta a necessidade de se computarem juros no valor da dívida. No caso do precatório, já se viu que, uma vez inscrito até o dia 1º de julho, o crédito correspondente deve ser pago até o final do exercício seguinte. Então, a Fazenda Pública dispõe desse prazo para efetuar o pagamento. Realizado o pagamento nesse período constitucionalmente fixado, não há mora; assim, não havendo falar em cômputo de juros.

Ocorre que, em 19 de abril de 2017, o Supremo Tribunal Federal realizou verdadeira virada jurisprudencial, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 579.431/RS, fixando a seguinte tese de repercussão geral: “Incidem os juros de mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório.”.

A decisão foi tomada por unanimidade, encampando-se o voto do relator. No entanto, o caso tratado refere-se à RPV, restando consignado que são devidos juros de mora desde a data da citação até o efetivo pagamento, pois a RPV é obrigação de pronto pagamento, não se submetendo ao período de graça. Por essa razão, a tese fixada pelo STF não confronta a Súmula Vinculante nº 17, que trata de outra situação jurídica.

No entanto, pela redação conferida à tese, os juros de mora se aplicam não somente à RPV, mas também aos precatórios. Com efeito, compulsando os votos dos Ministros, identificamos que o Ministro Marco Aurélio (relator) se posicionou pessoalmente pela revogação da Súmula Vinculante nº 17, em razão da alteração do § 12 do art. 100. Apresentaram expressamente o mesmo entendimento os Ministros Teori Zavascki e Luiz Fux.

No entanto, alguns dos Ministros não trataram expressamente da questão e outros, como o Ministro Dias Toffoli e o Ministro Roberto Barroso, firmaram a sua convicção considerando apenas o período compreendido entre a elaboração dos cálculos e a expedição do precatório ou a data do efetivo pagamento (no caso de RPV).

Ocorre que, até o presente momento, não houve o cancelamento da Súmula Vinculante nº 17, de modo que essa questão deverá ser apreciada posteriormente, por ocasião da votação da proposta de Súmula Vinculante nº 111, ainda não apreciada.

Nesse contexto, é forçoso reconhecer que a tese fixada em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal não confronta a Súmula Vinculante nº 17, que trata de momento diverso. Além disso, conforme esclarecido na sessão, os juros “da” mora, nos dizeres do Ministro Marco Aurélio, que são fixados na sentença, para que incidam a partir da citação, não sofreram qualquer alteração com a fixação da tese e são aplicados normalmente. A tese se refere à sistemática de expedição de precatórios e de requisição de pequeno valor, aplicando-se o § 12 do art. 100.

Concordamos com a opinião de que o § 12 do art. 100 não contradiz o § 5º do mesmo artigo, especialmente em virtude da interpretação sistemática de todo o procedimento de precatórios, de forma que a conclusão mais adequada, no nosso entender, é de que o § 12 do art. 100 não se refere ao mesmo período tratado pelo § 5º.

Logo, pelo menos por enquanto, permanece válido o período de graça sem a incidência de juros moratórios. No entanto, o valor inscrito

em precatório já deverá considerar os juros de mora que fluirão durante o processo de execução (a partir da apresentação dos cálculos pelo credor), sendo esse o teor efetivo da tese fixada em repercussão geral.

O Ministro Dias Toffoli, por fim, esclarece que, no caso de embargos julgados parcialmente procedentes, os juros incidirão sobre os novos cálculos.

No que concerne ao índice estabelecido pelo § 12 do art. 100, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4425, 4400, 4372 e 4357, concluiu pela inconstitucionalidade da incidência dos juros incidentes na caderneta de poupança. No entanto, conforme salienta o Ministro Luiz Fux, em sua manifestação pelo reconhecimento da repercussão geral no tema nº 810, a declaração de inconstitucionalidade da utilização da TR como índice para os juros de mora referiu-se apenas aos precatórios de créditos tributários, em razão da violação ao princípio da isonomia.

Daí porque a expressão “independentemente de sua natureza” foi declarada inconstitucional, sem redução de texto^[10].

Logo, não houve a declaração de inconstitucionalidade da TR como índice para os juros de mora de precatórios de créditos não tributários, continuando válida a sua aplicação, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997.

5 CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto neste trabalho, conclui-se que, em razão da natureza jurídica do patrimônio público, formado por bens públicos, que se sujeitam a um regime de impenhorabilidade, a sistemática especial de pagamento de débitos oriundos de decisões judiciais transitadas em julgado pela Fazenda Pública existe, no Brasil, desde 1934, mantendo-se na Constituição Federal de 1988.

Todavia, a dificuldade dos entes públicos em quitar as suas dívidas judiciais levou à promulgação, ao longo dos anos, de diversas

emendas constitucionais que suspenderam a eficácia do regime ordinário de precatórios para estabelecer regimes especiais transitórios, os quais foram marcados por inconstitucionalidades em seus dispositivos.

Nesse contexto, merece destaque a Emenda Constitucional nº 62/2009, que alterou diversos dispositivos e foi parcialmente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim é que, para o STF, incide correção monetária no crédito inscrito em precatório, na data do efetivo pagamento, a fim de compensar a desvalorização monetária em decorrência do tempo. O índice aplicável não poderá ser a TR, porque não é apta a compensar a inflação, sendo inservível para esse fim. Tal índice foi substituído, em modulação de efeitos, pelo IPCA-E, aplicável a partir de 25 de março de 2015.

Em relação à RPV, incide a correção monetária também por ocasião da elaboração dos cálculos até o efetivo pagamento.

Mas, no que concerne ao período compreendido entre o dano efetivo e a sentença, não houve declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, estando a matéria afetada à sistemática de repercussão geral, mas ainda não julgada.

Já no que concerne aos juros de mora, é devido se houver atraso no pagamento dos precatórios pela Fazenda Pública, havendo controvérsia sobre o período de sua incidência. A TR foi declarada inconstitucional como índice utilizado para compor os juros de mora de precatórios de natureza tributária, mas não há mácula na sua utilização para composição de juros de mora de créditos de natureza não tributária.

Ademais, existe controvérsia doutrinária acerca da validade da Súmula Vinculante nº 17, em confronto com a nova redação do § 12 do art. 100 da Constituição Federal, o que é encampado por parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. No entanto, até o presente

momento, tal súmula permanece válida, de forma que não incide juros de mora entre a data da expedição do precatório e o seu efetivo pagamento, desde que obedecido o período de graça determinado na Constituição Federal.

Por outro lado, recentemente, foi fixada a tese de repercussão geral reconhecendo a incidência de juros de mora entre a data da elaboração dos cálculos e a expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor. Porém, deve-se entender que tal tese não confronta o entendimento da Súmula Vinculante nº 17.

Diante da celeuma acerca da matéria, aguarda-se o posicionamento definitivo do STF acerca da manutenção ou da revogação de sua súmula.

REFERÊNCIAS

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Poder público em juízo para concursos**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. **Lei nº 9.494**, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: . Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 220.906/DF. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e Ismar José da Costa. Relator: Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 16 de novembro de 2000. **Diário da Justiça**: 14.11.2002. Disponível em: . Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 17. Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 29 de outubro de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**: 10.11.2009, p. 1. Disponível em: . Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo com Repercussão Geral nº 638.195/RS. Fátima Rossí Camargo Bedini e Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 29 de maio de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**: 13.12.2013. Disponível em: . Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.400/DF. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho e Congresso Nacional. Relator: Ministro Ayres Britto, Relator para acórdão: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 6 de março de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**: 3.10.2013. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614236>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425/DF. Confederação Nacional da Indústria e Congresso Nacional. Relator: Ministro Ayres Britto, Relator para acórdão: Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 14 de março de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**: 19.12.2013. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5067184>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.372/DF. Associação Nacional dos Magistrados Estaduais e Congresso Nacional. Relator: Ministro Ayres Britto, Relator para acórdão: Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 6 de março de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**: 25.09.2014. Disponível em: . Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.357/DF. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Congresso Nacional. Relator: Ministro Ayres Britto, Relator para acórdão: Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 14 de março de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**: 26.09.2014. Disponível em: . Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo nº 841.864/DF. Fundação Nacional de Saúde e Sindicato dos Trabalhadores do Serviço Público Federal no Estado do Ceará. Relator: Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma. Brasília, DF, 16 de dezembro de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**: 11.02.2015. Disponível em: . Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947/SE. Instituto Nacional do Seguro Social e Derivaldo Santos Nascimento. Relator: Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno – meio eletrônico. Brasília, DF, 16 de abril de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**: 27.04.2015. Disponível em: . Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425/DF. Confederação Nacional da Indústria e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 25 de março de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**: 4.08.2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9016259>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 852.302/AL. União e Companhia de Saneamento de Alagoas. Relator: Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**: 29.02.2016. Disponível em: . Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 579.431/RS. Universidade Federal de Santa Maria e Geni Marisa Rodrigues Cezar e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 19 de abril de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**: 30.06.2017. Disponível em: . Acesso em: 25 jun. 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13. ed. reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 26. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

LEITE, Harrison. **Manual de direito financeiro**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAIA, P. P. Afinal: quem inventou o precatório?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 148, maio 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17156>. Acesso em: 30 jun. 2017.

NOTAS:

[1] Administração Direta, autarquias e fundações públicas de direito público, além da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (V. RE nº 220.906) e de sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos de Estado e de natureza não concorrencial (V. RE nº 852.302).

[2] V. MAIA, Priscila Peixinho. Afinal: quem inventou o precatório?. In: **Âmbito jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 148, maio 2016.

[3] “Não seria viável, por exemplo, inscrever um precatório de dezembro na lei orçamentária que já está tramitando no Congresso Nacional.” (BARROS, 2016, p. 178).

[4] Barros (2016, p. 180) explica: “Quanto ao cabimento da correção monetária, esta é sempre devida, pois tem o condão de impedir que o efeito do tempo corroa o valor do crédito devido.”.

[5] Lenza (2016, p. 926) assim comenta: “Ainda, viola o princípio da isonomia, pois, se por um lado os débitos do poder público são corrigidos pela poupança, os seus créditos, pela regra atual, são atualizados pela taxa SELIC, com correções muito superiores aos índices da poupança. E, ainda, vislumbramos violação ao princípio da segurança jurídica decorrente da proibição de ofensa à coisa julgada, pois a nova emenda, delimitando a forma de correção, certamente viola outros critérios de atualização porventura já fixados em sentenças transitadas em julgado.”.

[6] Observa-se que, em relação à União, as Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15 já fixavam o IPCA-E como índice de correção monetária, o que foi mantido pelo STF.

[7] CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. APURAÇÃO ENTRE A DATA DE REALIZAÇÃO DA CONTA DOS VALORES DEVIDOS E A EXPEDIÇÃO DA RPV. RELEVÂNCIA DO LAPSO TEMPORAL. CABIMENTO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA QUANTO AO CABIMENTO DA APLICAÇÃO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. “O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, CONHECENDO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, JULGARÁ A CAUSA, APLICANDO O DIREITO À ESPÉCIE” (Súmula 456/STF). Aplicabilidade ao recurso extraordinário em exame. 2. É devida correção monetária no período compreendido entre a data de elaboração do cálculo da requisição de pequeno valor - RPV e sua expedição para pagamento. Recurso extraordinário conhecido, ao qual se dá parcial provimento, para cassar o acórdão-recorrido, de modo que o TJ/RS possa dar continuidade ao julgamento para definir qual é o índice de correção monetária aplicável em âmbito estadual. (ARE 638195, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-246 DIVULG 12-12-2013 PUBLIC 13-12-2013)

[8] V. ARE nº 841.864.

[9] V. Rcl nº 13.684.

[10] DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. (...) INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS, QUANDO ORIUNDOS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CF, ART. 5º, CAPUT). (...) 6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, §1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão “independentemente de sua natureza”, contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, **quanto aos precatórios de natureza tributária**, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário. (...) 9. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente em parte. (ADI 4425, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 18-12-2013 PUBLIC 19-12-2013 RTJ VOL-00227-01 PP-00125).

INEXECUÇÃO SEM CULPA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

ARTUR LARA FERREIRA: Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro- PUC-Rio, pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) e advogado.

RESUMO: Contemporaneamente, os contratos administrativos são cada vez mais complexos e vultuosos, merecendo a atenção da doutrina e da jurisprudência pátrias. Dentre diversos outros temas polêmicos em sede de contratos administrativos, o presente trabalho se dedicará ao estudo hipóteses de inexecução sem culpa, quais sejam: a Teoria da imprevisão, o Fato do Príncipe e o caso fortuito ou força maior. Neste sentido, o presente trabalho abordará as principais polêmicas e soluções concernentes ao tema.

Palavras-chave: Inexecução sem culpa. Contratos Administrativos. Teoria da imprevisão. Fato do Príncipe. Caso fortuito e força maior. Polêmicas. Soluções. Revisão do contrato. Extinção do contrato. Lei 8.666/93

INTRODUÇÃO

A inexecução sem culpa relaciona-se à inexecução dos contratos administrativos em virtude de fatos inimputáveis às partes. O trabalho abordará as três teorias relacionadas à inexecução sem culpa: Teoria da imprevisão, Fato do Príncipe e Caso fortuito ou força maior.

Para tanto, o presente trabalho será dividido em quatro capítulos. Inicialmente, buscaremos dar uma visão geral do instituto. Os demais capítulos serão destinados à análise das hipóteses de inexecução sem culpa.

Em cada um desses capítulos, o trabalho destacará as principais divergências doutrinárias e os principais julgados.

I -Da inexecução sem culpa nos contratos administrativos

Como a própria expressão já indica, a inexecução sem culpa está ligada à inexecução contratual por conta de fatos alheios às partes. Tais casos de fatos não imputáveis às partes são solucionados pela aplicação dos artigos 478 e 479 do Código Civil, relativos à resolução de contratos por onerosidade excessiva.

O artigo 478 do CC estipula a possibilidade de resolução contratual de execução caso não haja possibilidade de prosseguimento no ajuste contratual. Já o artigo 479 prevê a possibilidade de continuidade do contrato desde que ocorra a modificação equitativa dos termos contratuais (reequilíbrio da equação econômico-financeira inicial).

É imperioso destacar que o princípio da manutenção da equação econômico-financeira dos contratos administrativos possui previsão constitucional. Tal princípio está insculpido no artigo 37, XXI, da CF.

As hipóteses mais comumente abordadas pela doutrina e pela jurisprudência de inexecução sem culpa são a teoria da imprevisão, o fato do príncipe e o caso fortuito e força maior. Apesar das especificidades de cada uma dessas hipóteses, a legislação trata de forma semelhante no tocante às conseqüências advindas da ocorrência de cada uma dessas hipóteses.

Na lei 8666/93, lei geral de licitações e contratos administrativos, a matéria está prevista no artigo 65, II, d que admite a alteração do acordo de vontades com o objetivo de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.

Diante da interpretação dos dispositivos legais trazidos à baila, Rafael Oliveira^[1]

conclui que:

“Portanto, a distinção entre essa teoria possui fins didáticos, mas não apresenta maiores conseqüências concretas.”

É fundamental frisar que o desequilíbrio contratual pode, por eventos extraordinários, se dar em favor do contratado. Imaginemos uma

situação em que o Estado reduza alíquotas de tributos que incidem sobre as atividades desempenhadas por um determinado contratado. Nesse caso, o particular será claramente beneficiado com a redução da carga tributária e a Administração poderá reduzir o valor acordado no ajuste inicial, visando evitar o enriquecimento sem causa do contratado que teria sua margem de lucro aumentada sem ter realizado qualquer esforço.

Tal solução é a adotada pelo legislador no diploma geral sobre licitações e contratos (Art. 65, § 5º, da lei 8666/93).

II- TEORIA DA IMPREVISÃO

Também sinônimo de álea econômica extraordinária, a Teoria da Imprevisão é conceituada por Alexandre Aragão^[ii] como:

“(...) todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio não desprezível, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado.”

A lógica na Teoria da Imprevisão baseia-se no princípio da cláusula *rebus sic stantibus*. Segundo tal princípio, o contrato deve ser cumprido desde que presentes as mesmas condições existentes no momento da pactuação. Mudanças profundas que impactem de sobremaneira as condições contratuais provocarão um desequilíbrio contratual, que não poderá ser imputado a qualquer das partes.

Tal efeito leva a duas conseqüências possíveis.

Na primeira situação, se o contratado não tiver condições de cumprir, de nenhuma forma as obrigações do contrato caminha-se para a rescisão sem culpa. No entanto, se o cumprimento for viável, mas trazer ônus consideravelmente maior, o contratado terá direito à revisão do preço com o objetivo de restabelecer o equilíbrio perdido.

É importante ressaltar que o acontecimento responsável pelo desequilíbrio deve ser extraordinário e imprevisível. A álea econômica

ordinária não induz revisão do contrato, pois a mesma inclui-se no risco do empreendimento.

Quanto a aumentos de funcionários decorrentes de dissídios coletivos, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que:

“1. O aumento salarial determinado por dissídio coletivo de categoria profissional é acontecimento previsível e deve ser suportado pela contratada, não havendo falar em aplicação da Teoria da Imprevisão para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Precedentes do STJ (...)” [\[iii\]](#)

III- FATO DO PRÍNCIPE

A teoria do fato do príncipe pode ser compreendida como a teoria responsável por estudar, interpretar e solucionar os fatos extracontratuais de efeitos genéricos praticados pela Administração que repercutam no contrato administrativo, aumentando os custos do contrato administrativo. Um exemplo clássico é o do aumento da alíquota de um tributo incidente sobre o objeto contratual.

É fundamental diferenciar o fato da administração do fato do príncipe. O fato do príncipe é extracontratual, o fato da administração é um fato específico que incide diretamente sobre aquele contrato administrativo. O fato da administração induz a revisão do contrato ou até mesmo a rescisão amigável ou judicial por culpa da administração. Como exemplo de fatos da administração, podemos citar os atrasos no pagamento, na liberação de licenças e na desapropriação de imóveis.

Quanto aos casos de aumento de alíquota por parte do Poder concedente, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) faz uma importante distinção. A interpretação de tal órgão é no sentido de que o prejuízo causado deve atingir diretamente os custos de produção do contrato. No caso do aumento de alíquota de Imposto de Renda (IR), a tutela de revisão do contrato por desequilíbrio na equação econômico e

financeira esbarraria na ausência de incidência direta da variação de carga fiscal sobre os custos de produção do contrato, pois o fato estaria incidindo sobre o resultado da exploração contratual e não sobre diretamente sobre os custos de produção do contratado.

Nesse sentido:

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. orientar as unidades técnicas do Tribunal que, quando dos trabalhos de fiscalização em obras públicas, passem a utilizar como referenciais as seguintes premissas acerca dos componentes de Lucros e Despesas Indiretas - LDI:

9.1.1. os tributos IRPJ e CSLL não devem integrar o cálculo do LDI, nem tampouco a planilha de custo direto, por se constituírem em tributos de natureza direta e personalística, que oneram pessoalmente o contratado, não devendo ser repassado à contratante (...)” [\[iv\]](#)

A principal polêmica a ser abordada no presente trabalho diz respeito à delimitação do fato do príncipe. Há duas correntes doutrinárias em confronto.

A primeira delas entende que apenas o fato extracontratual praticado pela entidade administrativa contratante dará ensejo à aplicação da Teoria do fato do príncipe. Se o fato for oriundo de outro ente administrativo, ambas as partes estariam sendo surpreendidas. Nesse caso, tal corrente indica a aplicação da Teoria da imprevisão. Nesse sentido: Maria Sylvia Di Pietro [\[v\]](#) e Alexandre dos Santos Aragão [\[vi\]](#).

O outro entendimento considera que os fatos praticados por qualquer ente da Federação (ente contratante ou não) podem ser considerados fato do príncipe. Tal corrente é defendida por José dos Santos Carvalho Filho [\[vii\]](#)

Entendo que o primeiro entendimento esposado seja o mais adequado à luz da Federação. Apesar da celeuma doutrinária, a questão não possui efeitos práticos, pois os efeitos de tais interpretações serão os mesmos. (Art. 65, II, d Lei 8.66/93)

Após analisar tal polêmica é importante destacar a aplicação jurisprudencial da Teoria do Fato do Príncipe. Tal construção serviu de fundamento para o STJ reconhecer o direito das concessionárias de transporte aéreo a serem indenizadas pelo congelamento de tarifas no Plano Cruzado realizado pelo Poder Concedente (União).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONGELAMENTO DE TARIFAS. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. FACULTATIVIDADE. INCLUSÃO DE NOVOS ELEMENTOS PERICIAIS. PERQUIRIÇÃO SOBRE LUCROS CESSANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7, DO STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. I - A ação indenizatória intentada contra o Estado, buscando reparação fundada no rompimento do equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão de transportes aéreos, não requer, obrigatoriamente, a intervenção do Ministério Público, não se justificando a nulidade do processo em razão desta ausência (...)[viii]

IV- CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR

É famosa a celeuma doutrinária e jurisprudencial relativa à distinção entre caso fortuito e força maior. Uma primeira corrente entende que o caso fortuito estaria ligado a algum evento imprevisível da natureza, como catástrofes, ciclones, tsunamis. Enquanto isso, a força maior estaria ligada a eventos humanos, como a greve.

A outra corrente defende justamente o contrário. Com a devida vênia aos ilustres autores que se digladiam no presente tema, a meu

entender, a discussão não possui qualquer relevância prática, visto que o código civil classifica ambas as situações como inevitáveis. Além disso, as consequências, do ponto de vista legislativo, são as mesmas para ambas as hipóteses.

Diante da magnitude e clareza, o dispositivo legal merece transcrição:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

A parte final do artigo possui enorme relevância prática, pois ele prevê uma exceção importante. Ele prevê que uma das partes pode assumir previamente a responsabilidade em caso de ocorrência de tais fatos. Nessa hipótese, o caso fortuito e a força maior não poderão aduzidos por tal parte com o objetivo de extinguir o contrato ou revisá-lo com base no desequilíbrio contratual.

Quanto aos requisitos necessários para a ocorrência de caso fortuito ou força maior, Sérgio Cavaleiri Filho defende que:

“A imprevisibilidade , portanto, é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a inevitabilidade o é da força maior. Entende-se por imprevisibilidade, conforme já assinalado (item 8.8), a imprevisibilidade específica, relativa a um fato concreto, e não a genérica ou a abstrata de que poderão ocorrer assaltos acidentes, atropelamentos, etc., porque se assim não for tudo passará a ser previsível. A inevitabilidade, por sua vez, deve ser considerada dentro de uma certa relatividade, tendo-se o acontecimento como inevitável em função do que seria razoável exigir-se. Assim, por exemplo, tratando-se de roubo de cofres mantidos por um banco , é de presumir-se sejam tomadas especiais providências

visando á segurança, pois a garanti-la se destinam seus serviços. O mesmo não se sucede se o asslato foi praticado em um simples estacionamento (RSTJ 132/313, Min. Eudardo Ribeiro). É preciso, destarte, apreciar caso por caso as condições em que o evento ocorreu, verificando se nessas condições o fato era imprevisível ou inevitável em função do que seria razoável exigir-se.”[\[ix\]](#)

CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou as três teorias relacionadas à inexecução sem culpa: Teoria da imprevisão, Fato do Príncipe e Caso fortuito ou força maior.

Em cada um dos capítulos, o trabalho abordou as principais polêmicas relativas ao tema, destacando as correntes jurisprudenciais e doutrinárias aplicáveis às hipóteses em estudo.

A conclusão a qual chegamos é a de que há uma unidade no tratamento das hipóteses de inexecução sem culpa nos contratos administrativos. Na hipótese de impossibilidade do cumprimento da obrigação, os contratantes poderão rescindir o contrato. Nas situações nas quais a execução continuar possível, mesmo com um desequilíbrio, a revisão contratual será necessária com o objetivo de manter a equação econômico-financeira dos contratos administrativos.

BIBLIOGRAFIA

Livros:

Aragão, Alexandre Santos de- Curso de Direito Administrativo- Rio de Janeiro: Forense 2012

Carvalho Filho, José dos Santos Manual de direito- 23. ed. rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. – Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2010

Cavaleiri Filho, Sergio Programa de Responsabilidade Civil / Sergio Cavaleiri Filho. 8ª ed. – 3. reimpr. – São Paulo : Atlas, 2009

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª edição São Paulo: Atlas, 2009

Gasparini, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva , 2007 .

Oliveira, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos* / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. –Rio de Janeiro: Forense: MÉTODO, 2012

Jurisprudência:

RESP 628806/DF- Rel. Min. Francisco Falcão. Superior Tribunal de Justiça. Julgado em 1ª Turma, julgado em 14.12.2004 DJU 21.02.2005

RESP 417989/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Julgamento monocrático, julgado em 24.11.2008 DJU 16.12.2008

ACORDÃO 325/2007, Rel. Min. Guilherme Palmeira. Tribunal de Contas da União, Plenário, Data de sessão 14.03.2007

NOTAS:

[i] Oliveira, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos* / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. –Rio de Janeiro: Forense: MÉTODO, 2012, p. 226

[ii] Aragão, Alexandre Santos de- Curso de Direito Administrativo- Rio de Janeiro: Forense, p. 345

[iii] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 417989-PR Relator: Herman Benjamin. Disponível em Acesso em: 04 de setembro de 2013

[iv] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº: 325/2007 Processo: 3468/2006-8 Plenário Ministro Relator: Guilherme Palmeira Disponível em:

<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-62549&texto=2b2532384e554d41434f5244414f2533413332352b4f522b4e554d52454c4143414f2533413332352532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323030372b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303037253239&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0> Acesso em : 05 de junho de 2017

[v] Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª edição São Paulo: Atlas, 2009, p. 279;

Gasparini, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 686;

[vi] Aragão, Alexandre Santos de- *Curso de Direito Administrativo*.- Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 345

[vii] Carvalho Filho, José dos Santos *Manual de direito*- 23. ed. rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. – Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2010, p. 231

[viii] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 628806-DF Relator: Francisco Falcão. Disponível em Acesso em: 04 de setembro de 2013

[ix] Cavaleiri Filho, Sergio *Programa de Responsabilidade Civil* / Sergio Cavaleiri Filho. 8ª ed. – 3. reimpr. – São Paulo : Atlas, 2009, p. 66

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO: EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL, PRINCIPAIS TEORIAS E A QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL POR OMISSÃO À LUZ DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

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, elaborado a partir de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, objetiva analisar, com um viés histórico-constitucional e crítico, os diversos fundamentos da responsabilidade civil extracontratual do Estado, elencando o seu conceito e posteriormente citando as principais teorias aplicáveis, tais como a teoria da irresponsabilidade estatal (na qual o Estado jamais responde pelos seus atos), a teoria civilista ou subjetiva (por meio da qual o Estado responde apenas mediante comprovação de culpa) e as teorias publicistas (da culpa administrativa, do risco administrativo, do risco integral e do risco social), que pregam, respeitadas as suas peculiaridades, a responsabilização objetiva do Estado independentemente de comprovação de culpa do agente. Por fim, será analisada a questão da responsabilidade civil estatal por omissão à luz da aplicabilidade (ou não) da regra insculpida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE. Responsabilidade. Estado. Evolução. Teorias. Omissão.

SUMÁRIO. INTRODUÇÃO. 1. Conceito de responsabilidade civil patrimonial extracontratual do Estado. 2. Evolução histórico-constitucional: Da teoria da irresponsabilidade às teorias da responsabilidade objetiva estatal. 2.1. Teoria da irresponsabilidade estatal. 2.2. Teoria civilista, da culpa civil ou responsabilidade subjetiva. 2.3. Das teorias publicistas da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral. 2.3.1. Teoria da culpa administrativa (da culpa anônima ou da falta do serviço). 2.3.2. Teoria do risco

administrativo. 2.3.3. Teoria do risco integral. 2.3.4. Teoria do risco social. 3. A responsabilidade civil estatal por omissão à luz do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

No início da civilização, não existiam preceitos que regulamentavam a responsabilidade civil, de tal modo que vigorava a vingança privada como forma de reparação. Assim, nos primórdios da humanidade, a culpa não existia e a reparação de um ato ilícito correspondia a uma reação individual, isto é, verdadeira vingança privada, na qual os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob o fundamento da “lei de talião”, ou seja, da reparação do mal pelo mal, sintetizada nas fórmulas “olho por olho, dente por dente” e “quem com ferro ferre, com ferro será ferido”.

O poder público, por sua vez, coibia abusos extremos, intervindo excepcionalmente apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter reconhecido o seu direito à retaliação, podendo ela causar na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou.

Na Lei das XII Tábuas, havia a expressão desse critério na tábua VII, lei 11ª, in verbis: “si membrumrupsit, ni cum eopacit, talioesto” (se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo). A responsabilidade, portanto, era objetiva, não dependia de culpa, apresentando-se apenas como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano.

Mais tarde, na Idade Média, foram aplicados de forma mais aperfeiçoada os pensamentos dos Romanos, e a levíssima culpa passou a ensejar o dever de indenizar.

Com o advento da Revolução Francesa de 1789, surge o Código de Napoleão, com a estimativa da responsabilidade contratual, influenciando vários países, inclusive o Brasil.

A responsabilidade contratual caracteriza-se pela infringência de uma cláusula contratual, havendo vínculo derivado de contrato entre a vítima e o causador, sendo que as provas devem ser demonstradas por aquele que descumpriu o contrato ora convencionado. Na responsabilidade extracontratual, por seu turno, inexistente vínculo jurídico entre o autor e a vítima, e ela deriva da “Lex Aquilia”, portanto, se caracteriza pela violação da lei ou da ordem jurídica.

1. Conceito de responsabilidade civil patrimonial extracontratual do Estado

De início, convém ressaltar que, ao contrário da responsabilidade contratual – que decorre diretamente de vínculo jurídico contratual anterior havido entre as partes –, a responsabilidade civil do Estado aqui estudada será a da espécie extracontratual (ou aquiliana), a qual independe de uma relação jurídica anterior entre o causador do dano e a vítima.

O renomado jurista BANDEIRA DE MELLO (2007, p. 957) assim conceitua a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado:

“1-Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhes sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

2-Como qualquer outro sujeito de direito, o Poder Público pode vir a se encontrar na situação de quem causou o prejuízo a alguém, do que lhe resulta na obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva.”^[1]

No mesmo sentido, o entendimento de GASPARINI (2007, p. 973), para quem:

“(...) pode se conceituar a responsabilidade civil do Estado como a obrigação que se lhe atribui de recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento unilateral comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, que lhe seja imputável. Embora alguns autores distingam 'ressarcimento' (se a obrigação de reparar decorre de ato ilícito) de 'indenização' (se a obrigação de reparar tem origem num ato ilícito), nós utilizaremos essas expressões como sinônimas”^[2].

Desse modo, entendemos que a responsabilidade civil extracontratual estatal pode ser conceituada, em breve síntese, como aquela imposta à Fazenda Pública de compor os danos causados a terceiros por agentes públicos no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las, uma vez que, nessa hipótese, a relação entre a ação do Estado e a de seus agentes é de imputação direta e orgânica.

2. Evolução histórico-constitucional: Da teoria da irresponsabilidade às teorias da responsabilidade objetiva estatal

2.1. Teoria da irresponsabilidade estatal

Conceituada a responsabilidade civil extracontratual do Estado, temos que, nos tempos medievais e no auge das monarquias absolutistas, até aproximadamente meados do século XIX, vigia a teoria da irresponsabilidade do Estado, na qual, em nenhum caso, sob os mais variados fundamentos, ocorreria a responsabilização do Estado, derivada de ação ou omissão sua, sofrida por terceiro, visto que, à época, o Estado era considerado verdadeira personificação da nação e “non suitability” (não demandável).

Como diziam os ingleses, “the king can do no wrong”, ou os franceses, “le roi ne peut mal faire” (o rei não pode errar), isto é, a figura do rei era considerada providência divina e apontar falhas na administração do Rei seria o

mesmo que dizer que “Deus” errou, e por isso, os danos causados ficavam sem reparação.

Em nível mundial, pode-se dizer que a doutrina da “irresponsabilidade estatal” está em grande parte superada, visto que, os dois últimos países que a sustentavam, quais sejam, Inglaterra (“Crown Proceeding Act”, de 1947) e Estados Unidos da América (“Federal Tort Claims Act”, de 1946), passaram a admitir que demandas indenizatórias, provocadas por atos de agentes públicos, possam ser dirigidas diretamente contra a Administração.

No Brasil, as duas primeiras Cartas Políticas, de 1824 e 1891, adotaram a teoria da irresponsabilidade do Estado por atos de seus servidores, respectivamente nos artigos 179 e 182, a seguir transcritos:

“Art. 179, 29 – Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos infratores”.

“Art. 82 – Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.

Parágrafo único – O funcionário público obrigarse-á por compromisso formal, no ato da posse, ao desempenho dos seus deveres”.

Conclui-se que, à luz da teoria da irresponsabilidade estatal, os funcionários públicos eram direta e exclusivamente responsáveis por prejuízos decorrentes de omissão ou abuso no exercício de seus cargos e o Estado nenhuma responsabilidade assumia perante terceiros por atos praticados por seus servidores.

Atualmente, verificamos que apenas os atos tipicamente legislativos e judiciais não implicam, em tese,

em responsabilização do Estado, ressalvadas as hipóteses de erro judiciário e leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em Controle Abstrato de Constitucionalidade e quanto às leis de efeitos concretos. Eis o entendimento de CARVALHO FILHO (2011, ps. 521, 522 e 525):

“A função de legislar constitui uma das atividades estruturais do Estado moderno, senão a mais relevante, tendo em conta que consubstancia a própria criação do direito (‘ius novum’). Além do mais, a função legislativa transcende à mera materialização das leis para alcançar o status que espelha o exercício da soberania estatal, vale dizer, da autodeterminação dos Estados com vistas à instituição das normas que eles próprios entendem necessárias à disciplina social. Por esse motivo, tivemos a oportunidade de consignar, em trabalho que publicamos, que a regra geral, no caso de atos legislativos, deve sempre ser a de não ser atribuída responsabilidade civil ao Estado, sobretudo porque a edição de leis, por si só, não tem normalmente condão de acarretar danos indenizáveis aos membros da coletividade”

(...)

É relevante desde já consignar que, tanto quanto os atos legislativos, os atos jurisdicionais típicos são, em princípio, insuscetíveis de redundar na responsabilidade objetiva do Estado”[3].

No entanto, veja-se que, com fundamento na doutrina de MAZZA (2013, p. 338), a responsabilidade estatal por danos sofridos decorrentes de uma lei de efeitos concretos é, na verdade, objetiva:

“Quanto às leis de efeitos concretos, isto é, aquelas dirigidas a um destinatário determinado, a responsabilidade estatal independe de sua declaração de inconstitucionalidade à medida que tais leis constituem, na verdade, atos materialmente administrativos capazes de causar prejuízo patrimonial ensejador de ressarcimento do Estado”.

2.2 – Teoria civilista, da culpa civil ou responsabilidade subjetiva

A partir do Século XIX, com o surgimento dos ideais iluministas que culminaram na Revolução Francesa, a tese da irresponsabilidade estatal foi superada, com a adoção das teorias civilistas, também conhecidas como teorias da responsabilidade com culpa. Sob esse prisma, a culpa da administração passou a ser derivada da circunstância de seus agentes ostentarem a qualidade de prepostos, e o Estado passa, então, a responder de modo indireto pelos atos de seus funcionários.

Nessa fase das teorias subjetivistas com base na culpa civil, distinguia-se, para fins de responsabilidade, os atos de império e os atos de gestão. De acordo com DI PIETRO (2010, p. 644, 645), eles podem assim ser distinguidos:

"os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços"^[4].

Observamos, pelo conceito acima, que os atos de império são aqueles praticados pela Administração Pública enquanto titular de prerrogativas e privilégios de autoridade, vindo a ser impostos unilateralmente, soberanamente e coercitivamente aos particulares. Já os atos de gestão são os praticados pela Administração Pública em situação de equivalência aos administrados, visando, dentre outros, a conservação, o desenvolvimento do patrimônio público e a gestão dos serviços públicos.

Tal distinção, sob a ótica da teoria civilista, afastava a responsabilização do Estado dos prejuízos resultantes de atos de império praticados pelo Rei, atribuindo ao Estado apenas a responsabilidade pelos seus atos de gestão praticados por meio de seus prepostos. Em resumo, com tal teoria, procurou-se equiparar a responsabilidade estatal à responsabilidade de direito privado (civilista), já que o Estado assumiria os atos e fatos ocasionados por seus agentes.

Em decorrência dessa dificuldade na responsabilização do Estado na prática, a citada teoria foi abandonada por gerar uma grande injustiça em relação aos particulares.

A título histórico, podemos citar que a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado foi a adotada pelas Constituições Federais de 1934 (artigo 171, caput e §§ 1º e 2º) e 1937 (artigo 158), com previsão de que a parte lesada poderia mover ação contra o Estado, contra ou servidor público ou contra ambos, bem como promover a execução de sentença contra ambos ou contra um deles, segundo o seu critério de conveniência e oportunidade, desde que comprovada a ocorrência de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos. A seguir, transcrevem-se os dispositivos constitucionais supramencionados:

"Art. 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer

prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

§ 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário público".

2.3 – Das teorias publicistas da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral

2.3.1 – Teoria da culpa administrativa (da culpa anônima ou da falta do serviço)

O insucesso obtido pelas teorias civilistas ensejou a movimentação, no século XIX, dos teóricos publicistas franceses, no sentido de resguardar os interesses de vítimas dos atos estatais, retirando daqueles particulares a obrigação de comprovar a culpa do agente público, ensejando a criação das teorias publicistas, sendo a primeira delas a teoria da culpa administrativa (também chamada de teoria da culpa anônima ou da falta do serviço).

Por essa teoria, a obrigação do Estado de indenizar decorre da ausência do serviço público em si mesmo (falta do serviço ou "faute du service"). A culpa considerada, assim, não é mais a do agente público, mas do Poder Público, ocasionada pela falta ou deficiência do serviço prestado. Ressalte-se que o ônus da prova da falta ou deficiência do serviço público é da vítima (particular), que deve comprovar a inexistência do serviço, seu mau funcionamento ou seu retardamento. Trata-se, portanto, de uma transição entre a doutrina da responsabilidade civilista e a teoria da responsabilidade objetiva do estatal pelo risco administrativo.

Segundo CARVALHO FILHO (2011, p. 503) a teoria da culpa administrativa (ou anônima), também conhecida como culpa do serviço ou ainda “teoria do acidente administrativo”:

“(...) 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. A doutrina, então, cognominou o fato como culpa anônima ou falta do serviço. A falta do serviço podia consumir-se de três maneiras: inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço” [5].

Essa evolução doutrinária e prática se mostrou ainda ineficiente para a proteção do indivíduo perante o Estado, tendo em vista esse ainda estar em uma situação de desvantagem.

2.3.2 -Teoria do risco administrativo

Segundo essa teoria, para fins de responsabilização estatal, basta tão somente a prática de ato lesivo e injusto por parte da Administração Pública, não se discutindo a culpa, sendo suficiente a prova, pela vítima, da ocorrência do evento danoso decorrente de ação ou omissão do agente público.

A teoria do risco administrativo é fundada no risco que o Estado gera para os administrados no cumprimento de seus afins, que visam primordialmente a obtenção do bem comum. Nesse sentido, alguns membros da sociedade atingidos pela Administração Pública são ressarcidos pelo regime da despesa pública, isto é, a sociedade como um todo colabora, pagando tributos, para a realização daquela despesa. Assim, afirma-se que o risco e a solidariedade fundamentam essa doutrina, que vem sendo seguida, no

Brasil, desde a Constituição Federal de 1946, que assim dispunha em seu artigo 194, *in verbis*:

“Art. 194 – As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único – Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa deles”.

Na Constituição Federal de 1946, adotou-se o princípio da responsabilidade em ação regressiva. Não foi mais adotada a figura da responsabilidade direta do servidor ou da responsabilidade solidária, não havendo mais o litisconsórcio necessário entre o servidor público e a Administração Pública.

Já na Constituição Federal de 1967, houve a ampliação na responsabilização das pessoas jurídicas de direito público por atos de seus servidores, ocorrendo a eliminação da palavra “interno”, passando a abranger tanto as entidades públicas nacionais como as estrangeiras, *ex vi* do artigo 105, *caput* e parágrafo único:

“Art. 105 – As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único – Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

Portanto, entidades de direito público estrangeiras também passaram a ser responsáveis pelos atos de seus servidores, exceto nas hipóteses de aplicação do princípio da extraterritorialidade.

A bem da verdade, a teoria do risco administrativo se baseia na troca da responsabilidade individual do agente público pela responsabilidade genérica da Administração Pública, sendo importante dizer, no mais, que a dispensa de

comprovação de culpa da Administração Pública pelo administrado não significa que o Poder Público esteja proibido de comprovar a culpa total ou parcial da vítima, para excluir ou atenuar a sua responsabilidade.

Segundo a doutrina de MAZZA (2013, p. 320):

“Mais apropriada à realidade do Direito Administrativo a teoria objetiva, também chamada de teoria da responsabilidade sem culpa ou teoria publicista, afasta a necessidade de comprovação de culpa ou dolo do agente público e fundamenta o dever de indenizar na noção de risco. Quem presta um serviço público assume o risco dos prejuízos que eventualmente causar, independentemente da existência de culpa ou dolo”[\[6\]](#).

Atualmente, essa teoria do risco administrativo encontra-se respaldada no direito brasileiro no art. 37, § 6º, da CF/88, com repercussão no artigo 43 do Código Civil Brasileiro, respectivamente e *in verbis*:

“Art. 37, §6º, CF. 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 e culpa.

Art. 43, CC. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver por parte destes, culpa ou dolo”.

2.3.3 – Teoria do risco integral

Segundo essa teoria, a Administração Pública responde sempre pelos danos causados aos terceiros particulares, ainda que decorrente de culpa exclusiva ou dolo destes.

Trata-se, na verdade, de uma evolução da teoria do risco administrativo, que conduz, em regra, ao abuso e à inaplicabilidade social.

Segundo o festejado MEIRELLES (1999, p. 586):

“A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Para essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima” [7].

No entanto, DI PIETRO (2010, ps. 647, 648) ressalta algumas exceções, nas quais é possível entender pela aplicação da teoria do risco integral, tais como nos danos causados por acidentes nucleares, além de atos terroristas, de guerra ou correlatos:

“Ocorre que, diante de normas que foram sendo introduzidas no direito brasileiro, surgiram hipóteses em que se aplica a teoria do risco integral, no sentido que lhe atribui Hely Lopes Meirelles, tendo em vista que a responsabilidade do Estado incide independentemente da ocorrência das circunstâncias que normalmente seriam consideradas excludentes de responsabilidade. É o que ocorre nos casos de danos causados por acidentes nucleares (art. 21, XXIII, *d*, da Constituição Federal) e também na hipótese de danos decorrentes de atos terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras, conforme previsto nas Leis nº 10.309, de 22/11/2001, e 10.744, de 9/10/2003. Também o Código Civil previu algumas hipóteses de risco integral nas

relações obrigacionais, conforme artigos 246, 393 e 399.^[8]”

Além dos danos nucleares, de guerra e atos terroristas, podemos citar como exemplos da aplicação da teoria do risco integral a responsabilização estatal decorrente de dano ambiental e acidentes automotores onde haja cobertura pelo seguro DPVAT.

Relativamente aos danos ambientais, sabe-se que aquele que provoca dano ambiental fica obrigado a repará-lo, independentemente de culpa, conforme o §3º do art. 225 da Constituição Federal de 1988:

“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

No mesmo sentido, veja-se a lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938, art. 14, § 1º), que assim estabelece:

“Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”.

Já a previsão da teoria do risco integral no seguro obrigatório (DPVAT), está na Lei nº 6.194/74 (alterada pela Lei nº 8.441/92), no art. 5º, que determina:

“O pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro,

abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado”.

Assim, embora a teoria do risco integral seja excepcional, temos vários exemplos de sua incidência previstos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

2.3.4 – Teoria do risco social

Atualmente, em razão da constante garantia aos direitos sociais e da plena afirmação ao princípio da dignidade da pessoa humana, alguns autores citam a teoria do risco social como o futuro da responsabilidade civil estatal. Segundo esta teoria, o foco principal seria a vítima dos danos estatais, de forma a responsabilizar toda a sociedade, por meio da cobrança de impostos, com o objetivo de conceder à vítima uma justa reparação.

Essa teoria, assim, alarga o conceito de responsabilização do estado, tendo um viés de solidariedade social.

Nesse sentido, citamos o seguinte julgado:

“Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DISPARO DE ARMA DE FOGO. PEDESTRE.

ALVEJAMENTO. TEORIA DO RISCO SOCIAL. DANO MORAL CARACTERIZADO. INDENIZAÇÃO. VALOR. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. SÚMULAS 362 E 54 DO STJ. 1.- O que importa é que se não houvesse a ação estatal a lesão sofrida pela autora não ocorreria e o fato desta ação ser lícita não apaga a situação de violação a integridade corporal. 2.- A responsabilidade civil objetiva está caracterizada e se fundamenta na aplicação da teoria do risco social. 3.- O arbitramento do valor da indenização pelo dano moral é ato

complexo para o julgador que deve sopesar, dentre outras variantes, a extensão do dano, a condição sócio-econômica dos envolvidos, a razoabilidade, a proporcionalidade, a repercussão entre terceiros, o caráter pedagógico/punitivo da indenização e a impossibilidade de se constituir em fonte de enriquecimento indevido. 4.- O termo inicial da correção monetária e dos juros de mora, em se tratando de responsabilidade civil extracontratual é, respectivamente, a data do arbitramento do dano moral (Súmula 362/STJ) e a data do fato (Súmula 54/STJ).^[9]”

3 – A responsabilidade civil estatal por omissão à luz do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal

Tendo em vista a já referida regra da responsabilização objetiva do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, há um questionamento sobre a sua aplicabilidade (ou não) tanto para os atos comissivos (ou por ação) quanto para os omissivos.

Há forte doutrina no Brasil que aponta que a ausência de atuação do Estado não enseja responsabilidade objetiva nos termos da regra constitucional supra, pois essa traria implícita no seu próprio texto a existência de uma conduta comissiva como elemento da responsabilidade estatal.

Desse modo, a doutrina de BANDEIRA DE MELLO (2007, ps. 1002 e 1003) e CARVALHO FILHO (2011, ps. 517 a 520), reconhecem que, em casos de omissão estatal, seria aplicável a teoria da culpa administrativa.

Conforme visto, a teoria da culpa administrativa - na qual a má prestação ou a prestação ineficiente do serviço enseja a responsabilização do Estado -, funciona como uma transição entre a teoria civilista subjetiva e as teorias publicistas da responsabilização objetiva.

Assim, para se responsabilizar o ente público por omissão, a vítima não precisaria comprovar a culpa do

agente, mas teria de demonstrar a ausência de prestação de serviço ou a sua prestação com deficiência.

Entretanto, para alguns defensores dessa teoria, tais como MOTTA e DOUGLAS (p. 309), é certo que o ente público não pode ser encarado com um “segurador universal” e responder por todas as omissões cometidas, mas somente por aquelas omissões que efetivamente refletiram na prestação do serviço público em si, e, cumulativamente, somente quando fosse possível ao Estado impedir o dano de acordo com padrões normais do serviço.

Nesse sentido, CAVALIERI FILHO (2003, p. 248) oferece mitigações à teoria da culpa administrativa, dividindo a omissão estatal em própria e imprópria: na primeira, há um dever de atuação estatal expresso e determinado em lei, cujo descumprimento gera tratamento equivalente ao da responsabilidade objetiva; na omissão imprópria, por sua vez, o dever de diligência é genérico e, nesse caso, há que se perquirir a culpa do agente para fins de imposição da responsabilidade civil estatal.

O referido autor apresenta como exemplo a situação de um veículo sem condições normais de trânsito que causa um acidente por defeito de freio ou falta de luz traseira, asseverando que a Administração Pública não pode ser responsabilizada pelo fato desse veículo ainda estar circulando, o que seria uma omissão genérica. Nada obstante, acaso o mesmo veículo tivesse sido liberado numa vistoria, haveria a omissão específica e, conseqüentemente, responsabilização objetiva do Estado.

Desse modo, sob esse prisma, os elementos da responsabilização do Estado nos casos de condutas omissivas seriam, além do dano, do nexó de causalidade e da culpa do serviço público, também a omissão estatal própria ou ilícita – tida por aquela que implica violação a deveres legais e/ou funcionais –, sendo possível ao Estado a oposição das excludentes de responsabilidade civil, como,

por exemplo, caso fortuito ou força maior, que rompem o nexo de causalidade.

Em sentido contrário, parte da doutrina e a jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal entendem que haverá responsabilização objetiva do Estado (na modalidade do risco administrativo) mesmo quando decorrente de omissão de seus agentes, bastando ser demonstrado o nexo causal entre a conduta omissiva estatal e o dano causado.

Isso porque o art. 37, §6º, da Constituição Federal não fez qualquer distinção entre as condutas comissivas e omissivas estatais, não podendo o intérprete fazer distinções onde a norma não o fez, de modo a prejudicar o justo ressarcimento à vítima e colocar o Estado em uma posição de comodismo, permitindo a atuação de administradores negligentes com o trato do serviço público.

Nesse sentido, as lições de CAHALI (2007, p. 40), para o qual:

“Desenganadamente, a responsabilidade objetiva da regra constitucional – concordes todos, doutrina e jurisprudência em considera-la como tal – se basta com a verificação do nexo de causalidade entre o procedimento comissivo ou omissivo da Administração Pública e o evento danoso verificado como consequência; o ato do próprio ofendido ou de terceiro, o caso fortuito ou a força maior, argüidos como causa do fato danoso, impediriam a configuração do nexo de causalidade (assim, então, rompido) elidindo, daí, eventual pretensão indenizatória.” [\[10\]](#)

No mesmo sentido, transcrevemos ementas de julgados do Pretório Excelso, o primeiro deles relativo à responsabilidade civil do Estado por omissão estatal em acidente envolvendo alunos, e o segundo deles, proferido em sede de repercussão geral, que abordou o tema da

responsabilidade civil estatal decorrente de morte de detento em presídio:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. ESTABELECIMENTO PÚBLICO DE ENSINO. ACIDENTE ENVOLVENDO ALUNOS. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL 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 omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público. 2. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que restaram devidamente demonstrados os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 4. Agravo regimental não provido[11].”

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo,

tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. 'Ad impossibilia nemo tenetur', por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se 'contra legem' e a 'opinio doctorum' a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8.

Repercussão geral constitucional que assenta 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. 9. ‘In casu’, o tribunal ‘a quo’ assentou que ino correu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO.[\[12\]](#)”

Observa-se, assim, que à luz da interpretação constitucional dada pelo Supremo Tribunal Federal, o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que prevê a responsabilidade objetiva do Estado na modalidade do risco administrativo, abarca tanto os atos comissivos quanto os atos omissivos, devendo ser comprovado no caso concreto, contudo, o nexo de causalidade entre o dano e a omissão administrativa ilícita, ou seja, aquela derivada do dever legal do Estado de agir.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil extracontratual do Estado é conceituada como aquela imposta ao ente público no sentido de compor os danos causados a terceiros por agentes públicos no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las, havendo uma relação entre a ação do Estado e a de seus agentes na modalidade de imputação direta e orgânica.

Na Antiguidade, vigia a teoria da irresponsabilidade estatal, no qual em nenhum caso, sob os mais variados fundamentos, ocorreria a responsabilização do Estado, pois esse era visto como verdadeira personificação da nação, ou seja, “o rei não errava”.

Com o passar dos anos e o surgimento dos ideais iluministas que culminaram na Revolução Francesa, a tese da irresponsabilidade estatal foi superada, passando a serem adotadas as teorias civilistas, também conhecidas como teorias da responsabilidade com culpa, quando o Estado passa, então, a responder de modo indireto pelos atos culposos de seus funcionários.

Entretanto, as teorias civilistas não foram suficientes para garantir uma reparação justa às vítimas, razão pela qual surgem as teorias publicistas, sendo a primeira delas a teoria da culpa administrativa ou do serviço (transição entre as teorias civilistas e as publicistas), por meio da qual a obrigação do Estado de indenizar decorre da ausência ou da deficiência do serviço público em si mesmo, não se perquirindo a vontade anímica do agente público.

A segunda teoria publicista é que constitui a regra atual no direito brasileiro (conforme previsão do art. 37, § 6º, da CF) é a do risco administrativo, para a qual basta tão somente a prática de ato lesivo e injusto por parte da Administração Pública, não se discutindo a culpa, sendo suficiente a prova, pela vítima, da ocorrência do evento danoso decorrente de ação ou omissão do agente público que tenha agido nessa qualidade.

A terceira teoria publicista é a do risco integral, na qual a Administração Pública responde sempre pelos danos causados aos terceiros particulares, ainda que decorrente de culpa exclusiva ou dolo destes. Tal teoria, por ser extrema, tem a sua aplicação excepcional, limitada, no Brasil, à ocorrência de danos nucleares, atos de guerra ou terroristas, dano ambiental e acidentes automotores onde haja cobertura pelo seguro DPVAT.

A última teoria publicista é a do risco social, pautada no princípio da dignidade da pessoa humana e que tem como foco principal a vítima dos danos estatais, de forma a responsabilizar toda a sociedade, por meio da cobrança de

impostos, com o objetivo de conceder à vítima uma justa reparação.

Por fim, a despeito de forte entendimento da doutrina no sentido da aplicação da teoria da culpa administrativa para os atos omissivos estatais, a jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal entende que artigo 37 § 6º, da Constituição Federal, que prevê a responsabilidade objetiva do Estado na modalidade do risco administrativo, aplica-se tanto para os atos comissivos quanto os atos omissivos, uma vez que a regra constitucional não estabelece tratamento diferenciado, devendo ser comprovado pela vítima, no caso concreto, apenas o nexo de causalidade entre o dano e a omissão administrativa ilícita, ou seja, aquela derivada do dever legal do Estado de agir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, William. **Direito constitucional**. 8ª ed. Rio de Janeiro: editora Impetus, 2001.

NOTAS:

[1] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª Ed. Malheiros: 2007, pg.957.

[2] GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 12ª Ed. Saraiva: 2007, pg. 973.

[3] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

[4] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

[5] Op. Cit., p. 503.

[6] MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 3ª Ed. São Paulo. Saraiva: 2013, p. 320.

[7] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 586.

[8] Op. Cit. ps. 647/648.

[9] [TRF-4: APELAÇÃO CÍVEL AC 4191 RS 2006.71.10.004191-2](#), DJ de 13/08/2009. Disponível na internet, acesso em 16/05/2017.

[10] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 40.

[11] STF: ARE 754778 AgR / RS, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 26/11/2013. Disponível na internet: acesso em 18/05/2017.

[12] STF: [RE 841526](#) / RS (repercussão geral), Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 29/07/2016. Disponível na internet: acesso em 18/05/2017.

PRIMEIRAS ANOTAÇÕES À TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA CONSTANTE DA LEI Nº 12.529/2011 (SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DE CONCORRÊNCIA)

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

Resumo: Em uma primeira plana, a fim de sedimentar conceitos essenciais para a compreensão do instituto em destaque, revela-se imperioso compreender a acepção de pessoa jurídica, a partir das concepções estruturadas tanto pela legislação como pela doutrina. Pois bem, impende assinalar que a pessoa jurídica é descrita como uma ficção jurídica, estruturadas pela legislação com o escopo de suprir a inquietação humana. Denota-se, desse modo, que os sócios da pessoa jurídica, com personalidade diversa da natural, passam a atuar no mundo dos negócios. Verifica-se que a personalidade da pessoa jurídica afigura-se como verdadeiro escudo, que oculta os protagonistas das relações jurídicas. Logo, no ordenamento jurídico pátrio, há duas espécies de pessoas: a pessoa natural do sócio e a pessoa jurídica. Ao lado disso, há que se assinalar que, em razão da distinção supra, se desfralda como flâmula orientadora o princípio da separação patrimonial entre os bens do sócio e os bens da sociedade, o qual tem como fito precípua traçar linhas limitadoras no que concerne à responsabilidade do sócio, resguardando, por conseguinte, o patrimônio pessoal de eventuais intempéries.

Palavras-chaves: Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Princípio da Separação Patrimonial. Pessoa Jurídica.

Sumário: 1 A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica: Comentários Introdutórios; 2 A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código Civil: 2.1 A Fraude como Pressuposto para aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica; 2.2 O Abuso de Direito como Pressuposto para aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica; 3 Primeiras Anotações à Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica constante da Lei nº 12.529/2011 (Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência)

1 A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica: Comentários Introdutórios

Em uma primeira plana, a fim de sedimentar conceitos essenciais para a compreensão do instituto em destaque, revela-se imperioso compreender a acepção de pessoa jurídica, a partir das concepções estruturadas tanto pela legislação como pela doutrina. Pois bem, impende assinalar, oportunamente, que a pessoa jurídica é descrita como uma ficção jurídica, estruturadas pela legislação com o escopo de suprir a inquietação humana. “Permite que os empresários enfrentem os desafios e a álea inerentes à prática comercial. Para abrir um comércio ou uma indústria os sócios se expõem a riscos de vários matizes, que podem redundar em dilapidação patrimonial”^[1].

Denota-se, desse modo, que os sócios da pessoa jurídica, com personalidade diversa da natural, passam a atuar no mundo dos negócios. Verifica-se que a personalidade da pessoa jurídica afigura-se como verdadeiro escudo, que oculta os protagonistas das relações jurídicas. Logo, no ordenamento jurídico pátrio, há duas espécies de pessoas: a pessoa natural do sócio e a pessoa jurídica. Segundo o festejado doutrinador Clóvis Beviláqua, “a pessoa jurídica, como sujeito de direito, do mesmo modo que no ponto de vista sociológico, é uma realidade social, uma formação orgânica investida de direitos pela ordem jurídica, a fim de realizar certos fins humanos”^[2]. Em reforço com as ponderações apresentadas até o momento, oportuna a lição de Freddie Didier Júnior *et all* de que:

A pessoa jurídica é, portanto, um instrumento técnico-jurídico desenvolvido para facilitar a organização da atividade econômica. Se assim é, o caráter de instrumentalidade implica o condicionamento do instituto ao pressuposto do atingimento do fim jurídico a que se destina. A pessoa jurídica é técnica criada para o exercício da atividade econômica e, portanto, para o exercício do direito de propriedade. A chamada função social da pessoa jurídica (função social da empresa) é corolário da função social da propriedade, já tão estudada e expressamente prevista na Constituição Federal. O estudo da desconsideração da personalidade jurídica, portanto, deve iniciar-se desta premissa: é indispensável a análise funcional do instituto da pessoa jurídica, a partir da análise também funcional do direito de propriedade, para que se possa compreender corretamente a desconsideração, que, em teoria geral do direito, é sanção aplicada a ato ilícito (no caso, a utilização abusiva da personalidade jurídica)[3].

Cuida realçar que o Diploma Civilista adotou a denominação pessoa jurídica em razão de ser mais expressiva, bem como por traduzir a natureza particular deste segundo gênero de pessoas. A pessoa jurídica é encontrada na sociedade, que lhe atribui a essência que necessita para substituir e desenvolver-se, motivo pelo qual existe apenas na órbita jurídica, inexistindo, por conseguinte, a existência biológica das pessoas naturais. Nesta senda, impõe lançar mão das lições de Sílvio Rodrigues, em especial quando leciona que “pessoas jurídicas são entidades a que a lei empresta personalidade, isto é, são seres que atuam na vida jurídica, com personalidade diversa dos indivíduos que os compõem, capazes de serem sujeitos de direitos e obrigações na ordem civil”[4].

Ao lado disso, há que se assinalar que, em razão da distinção supra, se desfralda como flâmula orientadora o princípio da separação

patrimonial entre os bens do sócio e os bens da sociedade, o qual tem como fito precípua traçar linhas limitadoras no que concerne à responsabilidade do sócio, resguardando, por conseguinte, o patrimônio pessoal de eventuais intempéries. O corolário em testilha oferta, desta sorte, segurança ao sócio ao tempo em que estimula o investimento. Inclusive, colhe-se, à guisa de exemplificação, entendimento jurisprudencial que se coaduna, de maneira harmoniosa, com o expendido:

Ementa: Agravo de instrumento. Seguros. A desconsideração da personalidade jurídica, por se tratar de medida excepcional, uma vez que pode acarretar graves e irreversíveis prejuízos ao patrimônio particular dos sócios, não deve ser deferida sem um mínimo de prova convincente do uso fraudulento do princípio da autonomia da separação patrimonial. A desconsideração da personalidade jurídica só será juridicamente admissível quando, através do conjunto probatório, for possível denotar-se a presença de elementos que levem à conclusão de terem os sócios agido com intenção dolosa, infringindo preceitos legais, ou se ficar comprovada a extinção irregular da empresa, a não integralização do capital, ou ainda nas hipóteses em que houver confusão entre a pessoa jurídica e a pessoa física dos sócios. No caso concreto, nada disso ocorreu. Recurso desprovido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Sexta Câmara Cível/ Agravo de Instrumento Nº. 70036178911/ Relator: Desembargador Ney Wiedemann Neto/ Julgado em 26.08.2010) (destaquei)

Nesse sedimento, pode-se, ainda, gizar que a pessoa jurídica é uma realidade autônoma, detentora de direitos e obrigações, independente dos membros que a integram, com os quais não detêm

nenhum vínculo, agindo por si só, inexistindo qualquer ligação com a vontade individual das pessoas naturais que a integram. “Realmente, seus componentes somente respondem por seus débitos dentro dos limites do capital social, ficando a salvo o patrimônio individual” [5]. Quadra avultar que a limitação de responsabilidade ao patrimônio da pessoa jurídica é decorrente de sua personalidade, revelando-se como uma de suas maiores vantagens, sendo, como dito algures, detentora de direitos e obrigações, independente das pessoas que a integram.

Vale salientar que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi desenvolvida pelos tribunais norte-americanos e anglo-saxões, sendo, posteriormente, importada para o ordenamento jurídico vigente. O assunto em comento teve sua gênese diante de casos concretos, em que o controlador da sociedade a desviava do fito a que destinava, objetivando impedir fraudes mediante o uso da personalidade jurídica, conferindo responsabilidade aos seus membros. Como paradigmáticos precedentes jurisprudenciais, os quais atuaram como alicerces para edificação da teoria em comento, por necessário, pode-se citar: “1. State vs. Standard Oil Co., julgado pela Suprema Corte do Estado de Ohio, nos EE.UU, em 1892. 2. Salomon vs. Salomon & Co., julgado pela Câmara de Londres, em 1897, na Inglaterra” [6].

Com efeito, o Código Civil de 1916, ressoando o robusto fortalecimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, já trazia em suas disposições tal distinção, consoante se infere da redação do artigo 20, *ipsis litteris*, transcrito: “Art. 20. As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros” [7]. Pela leitura do dispositivo supra, observa-se que, com clareza solar, o legislador previu, com acerto, distinção entre a pessoa jurídica e os membros que a integram. Trata-se do ponto de partida que foi aprimorado pelo Diploma de 2002, na redação do artigo 50, assim como adoção em outras ramificações do Direito Pátrio.

2 A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código Civil

Tendo por sedimento as ponderações aduzidas, é possível assinalar que, em decorrência da grande independência e autonomia,

devido à exclusão da responsabilidade dos sócios, a pessoa jurídica, por vezes, tem-se desviado de seus corolários e fitos, cometendo fraudes e atos eivados de desonestidade, provocando, por conseguinte, reações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, que objetivam coibir tais abusos, desconsiderando a sua personalidade jurídica. Nesta linha de exposição, pode-se salientar que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ou ainda teoria da penetração, também denominada de *disregard theory* surgiu com o escopo primevo de coibir os abusos praticados pelos agentes que, cobrindo-se com o véu proporcionado pelo princípio da separação patrimonial. Tratava-se de situação em que se tornava impossível o ressarcimento de prejuízos ocasionados a terceiros, em razão de atos ilícitos praticados pelos controladores das pessoas jurídicas, ou ainda pelo simples esvaziamento de bens do patrimônio de sua sociedade que garantissem o pagamento das dívidas sociais.

A legislação pátria, ressoando a paulatina construção da teoria em testilha, bem como aprimorando a acepção atribuída, originalmente, pelo Código Civil de 1916, estabeleceu este expediente repressivo à má utilização do ente moral, partindo do pressuposto da autonomia da pessoa jurídica diante a personalidade e patrimônio distintos dos membros que a integram. Sob essa inspiração é que se abriu a possibilidade do órgão judicante desconsiderar a personalidade jurídica quando esta se desviar de suas finalidades e também quando houver confusão patrimonial de bens dos sócios e de bem da pessoa jurídica, a fim de que a responsabilidade advinda desses atos negociais obscuros seja atribuída aos sócios ou administradores que deverão responder pela malversação com seus bens particulares.

Cogente se faz sublinhar que a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica não visa a anulação da personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar a pessoa jurídica no caso concreto, dentro de seus limites, em relação às pessoas e aos bens que atrás dela se escondem. “É caso de declaração especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, a mesma incólume para seus outros fins legítimos” [8]. O Código Civil de 2002, em seu artigo

50, aprimorando o artigo 20 do Diploma Civilista revogado, consagrou a Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Para tanto, há que se citar a redação do artigo vigente, que assim diciona:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. (destaquei).

O Enunciado nº. 51 da Jornada de Direito Civil realizada no Superior Tribunal de Justiça assentou sobre a desconsideração tratada no art. 50 do Código Civil: “a Teoria da desconsideração da personalidade jurídica *disregard doctrine* fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”. E mais: “Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido” (Enunciado n. 7 da Jornada do Superior Tribunal de Justiça).

Em uma acepção conceitual, impende assinalar que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é conhecida como aquela que concede ao juiz a possibilidade de desconsiderar a autonomia jurídica da personalidade da empresa e da personalidade de seus sócios, desde que a sociedade tenha sido utilizada para escopos ilegais ou ainda que tenham o condão de causar prejuízos a seus credores. Em ocorrendo tal situação, o juiz poderá determinar a constrição sobre os bens dos sócios, a fim de adimplir a dívida da empresa, ou também sobre os bens da empresa para pagar dívidas particulares dos sócios, ou, ainda, sobre bens de uma empresa para pagar dívidas de outra empresa do mesmo grupo. Trata-se do episódico levantamento do véu que distingue a pessoa jurídica das pessoas naturais que a compõem. Sobre o art. 50 do Código

Civil de 2002, há que se trazer à colação os comentários de Maria Helena Diniz:

Desconsideração da pessoa jurídica. [...] Por isso o Código Civil pretende que, quando a pessoa jurídica se desviar dos fins determinantes de sua constituição, ou quando houver confusão patrimonial, em razão de abuso da personalidade jurídica, o órgão judicante, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, está autorizado a desconsiderar, episodicamente, a personalidade jurídica, para coibir fraudes de sócios que dela se valeram como escudo, sem importar essa medida numa dissolução da pessoa jurídica. Com isso subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios, mas tal distinção é afastada, provisoriamente, para dado caso concreto, estendendo a responsabilidade negocial aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica (RT, 786:163, 778:211, 711:117, 614:109, 657:120, 457:141, 342:181, 387:138, 418:213, 484:149, 580:84, 492:216, 511:199, 673:160, 713:138, JB, 147:286, 152:247, 164:294; ...)[9]. (destaquei)

Há que se frisar que a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard theory* –, pela qual se autoriza o episódico levantamento do véu da sociedade, excepcionando-se o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica em relação aos sócios, é medida que excetua à regra. Muito embora, como regra geral na aplicação da *disregard doctrine*, parte-se do pressuposto que responde o sócio com seu patrimônio particular pela obrigação da empresa. Embora exista uma regra geral diferenciadora do patrimônio da empresa e o de seus sócios, como titulares de patrimônios diferentes, este

princípio da separação patrimonial deve ser superado e ceder em face de circunstâncias especiais e excepcionais.

Obviamente, por necessário, é imperioso assinalar que essas circunstâncias devem ser embasadas em provas robustas de fraude, de prática de atos com finalidade premeditadamente ilícita, de abuso de direito, de desonestidade, se escondendo o sócio sob a máscara societária com o objetivo de desfrutar de seus inegáveis benefícios, ocultando atos contrários a qualquer regra ética, jurídica e social. Saliente-se, por oportuno, que o ente jurídico não pode servir de escudo para frustrar a satisfação do crédito quando presente a hipótese legal que permite a desconsideração de sua personalidade. Nesta linha, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça segue a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, conforme se vislumbra do seguinte acórdão:

Ementa: Processual civil e civil. Recurso especial. Ação de execução de título judicial. Inexistência de bens de propriedade da empresa executada. Desconsideração da personalidade jurídica. Inviabilidade. Incidência do art. 50 do CC/02. Aplicação da Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica. [...] - A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro é aquela prevista no art. 50 do CC/02, que consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva . - Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva

da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios. Recurso especial provido para afastar a desconsideração da personalidade jurídica da recorrente. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 970635/SP/ Relatora. Ministra Nancy Andrighi/ Julgado em 10.11.2009/ Publicado no DJe 01.12.2009) (destaquei)

Pelo Código Civil em vigor, quando restar configurado que a pessoa jurídica se desviou dos fins que estabeleceram sua constituição, em decorrência dos sócios ou administradores a utilizarem para alcançarem o escopo distinto do objetivo societário com o intento de prejudicar outrem ou mesmo fazer uso indevido da finalidade social, ou quando houver confusão patrimonial, ou seja, mistura do patrimônio social com o particular do sócio, que tem o condão de causar dano a terceiro, “em razão de abuso da personalidade jurídica, o magistrado, a pedido do interessado ou do Ministério Público, está autorizado, com base na prova material do dano, a desconsiderar, episodicamente, a personalidade jurídica”[\[10\]](#), com o intuito de coibir fraudes e abusos dos sócios que dela se valeram como defesa, sem que essa medida se desdobre numa dissolução da pessoa jurídica.

Denota-se que subsiste o dogma da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, não se confundindo com a pessoa de seus sócios, entretantes, tal distinção é rechaçada, ainda que em caráter provisório, em decorrência de uma determinada situação concreta. Verifica-se uma reprimenda pelo uso indevido da personalidade jurídica, por intermédio do desvio de seus objetivos ou ainda confusão patrimonial social, que é destinado para a perpetração de atos abusivos ou ilícitos, afastando-se, por tal fato, a distinção existente entre os bens dos sócios e da pessoa jurídica, admitindo-se, por conseguinte, que os efeitos de cunho patrimonial, relativos a determinadas obrigações, alcancem os bens particulares dos administradores ou, ainda, dos sócios.

Trata-se de situação em que restará materializada a desconsideração da personalidade jurídica, porquanto os bens da pessoa jurídica não bastam para a satisfação das obrigações contraídas, já que a pessoa jurídica não será dissolvida nem objeto de liquidação. A desconsideração da personalidade tem o escopo de transferir a responsabilidade para aqueles que, de modo indevido, utilizaram a sociedade. O Código Civil enumera dois pressupostos em que, em restando configurados, autorizarão a desconsideração da personalidade jurídica, a saber: a fraude e o abuso de direito.

2.1 A Fraude como Pressuposto para aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica

A fraude, no que concerne ao instituto em epígrafe, é descrita como violação indireta do texto legal, que consegue o fim proibido pela norma jurídica por um caminho indireto, realizando-se por meio de atos simulados, com que se oculta uma violação da lei ou sem que haja simulação. Neste sedimento, pode-se grifar que a fraude é considerada como uma distorção maliciosa no emprego da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, direcionada a causar prejuízos a terceiros. Nas situações em que a simulação atua como meio fraudatório à legislação, com o escopo de vulnerar uma norma de cunho cogente, deixa de subsistir ideias de simulação, figurando, em seu lugar, a fraude à lei, em razão da violação da ordem pública. “Ocorrendo fraude com a 'ajuda' da pessoa jurídica e não por outros meios, estar-se-ia na presença da possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica e não mera invalidade do negócio fraudulento”[\[11\]](#).

Ora, neste diapasão, vale salientar que ao vocábulo *fraude*, no que atina à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, não será empregado um sentido amplo, no intento de que ela tudo corrompe, mas sim uma ótica restritiva à participação da pessoa jurídica na perpetração da fraude. Com propriedade, há que se colacionar o entendimento jurisprudencial que figura como sedimento e ventila que “a desconsideração da personalidade jurídica, que é medida extrema, somente pode ocorrer depois de esgotadas as vias creditícias

ou quando se logre comprovar a fraude em alguma de suas modalidades” [12].

A tendência da doutrina e da jurisprudência é no sentido de que deve ser aplicada a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, apenas diante de prova incontestável de fraude, de prática de atos com finalidade premeditadamente ilícita, de abuso de direito, de desonestidade, de ato criminoso e outras hipóteses igualmente graves, como encerramento irregular das atividades da empresa e inexistência de bens passíveis de penhora. No mais, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, princípio que a diferencia de seus integrantes como sujeito autônomo de direito e obrigações, indubitavelmente, pode dar ensejo à realização de fraudes. Por esta razão, a desconsideração da personalidade jurídica é instrumento para coibir o uso indevido da autonomia patrimonial, e, por se tratar de medida excepcional, não deve ser deferida sem o mínimo de prova convincente do uso fraudulento do princípio da autonomia da separação patrimonial.

Importante salientar, ainda, que, quando uma empresa dilapida seu patrimônio, desfazendo-se de seus bens imóveis e móveis, inclusive de depósitos em dinheiro em instituições financeiras, que possam garantir suas dívidas, e, além disso, não encerra regularmente suas atividades e não paga os seus credores, há sérios indícios de um desvio de finalidade, com o objetivo de prejudicar credores, e, até, de uma confusão patrimonial, configurando-se as hipóteses autorizadas da desconsideração de sua personalidade jurídica previstas na redação do artigo 50, do Código Civil vigente.

2.2 O Abuso de Direito como Pressuposto para aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica

Ab initio, cuida assinalar que o abuso de direito, enquanto pressuposto para a aplicação da desconsideração, ocorre quando o sócio ou administrador da pessoa jurídica, quer seja por lei, quer seja com base nos estatutos sociais, conquanto esteja autorizado a praticar determinado ato como expressão regular do direito conferido, atua de tal modo que causa prejuízo a terceiro. Diversamente da fraude, no

abuso do direito o ato em princípio nada tem de ilícito, mas mesmo assim não deve prevalecer, pois, foge a sua finalidade social.

Em uma acepção conceitual, pode-se assinalar que, conforme anota Koury, “o abuso de direito corresponde a um ‘mau uso’ do direito, ou seja, ao exercício normal de um direito, estando o seu titular, todavia, desviado do fim econômico social para o qual aquele direito foi criado.”^[13]. Tem-se o abuso de direito, por exemplo, quando o sócio majoritário de um grupo de empresas não cumpre as obrigações oriundas das sociedades dependentes, em razão da presença de diversas pessoas jurídicas das empresas. O abuso, no caso em testilha, é uma vontade de tirar proveito de uma situação fraudulentamente criada, e que, por outro lado, viabiliza que no fundo se alcance as vantagens indevidas.

3 Primeiras Anotações à Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica constante da Lei nº 12.529/2011 (Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência)

Em um primeiro comentário, a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências^[14], em seu artigo 34, traz possibilidade específica de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Neste sentido, trata-se de hipótese respaldada na teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, alicerçada no artigo 50 do Código Civil aplicada pelo Estado, na sua função regulatória econômica, por meio de ato administrativo. Sobre a temática, o Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento que:

[...] A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos

interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular [...] (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ RMS 15.166/BA/ Relator: Ministro Castro Meira/ Julgado em 07.08.2003/ Publicado no DJ em 08.09.2003, p. 262).

Assim, a personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. De acordo com Sales^[15], a hipótese de desconsideração em comento encontra alicerce na premissa que a ordem econômica constitui direito difuso, ou seja, a coletividade é titular dos direitos jurídicos protegidos pela legislação em comento, expressamente aludido no parágrafo único do artigo 1º^[16]. Logo, em que pese o fundamento ser a teoria maior, consagrada no artigo 50 do Código Civil, a proteção não recai sobre um direito individual.

A atuação administrativa deve pautar-se pela observância dos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, deles não podendo afastar-se sob pena de nulidade do ato administrativo praticado. E esses princípios, quando em conflito, devem ser interpretados de maneira a extrair-se a maior eficácia, sem permitir-se a interpretação que sacrifique por completo qualquer deles. Se, por um lado, existe o dogma da legalidade, como garantia do administrado no controle da atuação administrativa, por outro, existem Princípios como o da Moralidade Administrativa, o da Supremacia do Interesse Público e o da Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público, que também precisam ser preservados pela Administração. Se qualquer deles estiver em conflito, exige-se do hermeneuta e do

aplicador do direito a solução que melhor resultado traga à harmonia do sistema normativo. A doutrina dominante, de há muito tem admitido que a Administração Fiscal proceda com a chamada interpretação econômica do fato gerador, para desconsiderar a forma jurídica de atos ou negócios praticados com fraude à lei e com nítido intuito de sonegação fiscal.

Referências:

ALENCAR, Viviane de Souza. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. 44 f. Monografia – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Dourado (MS), 2007. Disponível em: . Acesso em: 28 mar. 2017.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Disponível em: . Acesso em: 28 mar. 2017.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 10 ed. (atual. por Achilles Beviláqua). Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953.

BRASIL. **Lei Nº. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: . Acesso em: 28 mar. 2017.

_____. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 28 mar. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: .
Acesso em: 28 mar. 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie *et all.* **Curso de Direito Processual Civil. Execução.** v. 5. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 8. Direito de Empresa.**São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais Nº. 410.

RIO DE JANEIRO (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.** Disponível em: . Acesso em: 28 mar. 2017.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil.** v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

SALES, Fernando Augusto. A desconsideração da personalidade jurídica na Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência). *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 17, n. 3194, 30 mar. 2012. Disponível em: . Acesso em: 27 mar. 2017

NOTAS:

[1] ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Desconsideração da Personalidade Jurídica.** Disponível em: . Acesso em: 28 mar. 2017, p. 01.

[2] BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.** 10ª ed. (atualizado por Achilles Beviláqua). Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953, p. 169.

[3] DIDIER JÚNIOR, Freddie *et all.* **Curso de Direito Processual Civil. Execução.** v. 5. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 280.

[4] RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 86.

[5] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 8. Direito de Empresa**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 567.

[6] ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Disponível em: . Acesso em: 28 mar. 2017, p. 02.

[7] BRASIL. **Lei Nº. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: . Acesso em: 28 mar. 2017.

[8] REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais Nº. 410, p. 14.

[9] DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 68.

[10] DINIZ, 2011, p. 571.

[11] ALENCAR, Viviane de Souza. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. 44f. Monografia – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Dourado (MS), 2007. Disponível em: . Acesso em: 28 mar. 2017, p. 19.

[12] RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Agravo de Instrumento. Direito Privado Não-Especificado. Execução. Indeferido pedido de desconsideração da personalidade jurídica da agravada. Acórdão proferido em Agravo de Instrumento Nº. 70045154465. Órgão Julgador: Décima Sexta Câmara Cível. Relator: Desembargador Marco Aurélio dos Santos Caminha. Agravante: Pedreira Vila Rica Ltda. Agravada: Transservix - Transportes e Serviços Ltda. Julgado em: 16 fev. 2012. Publicado no DJe em: 23 fev. 2012. Disponível em: . Acesso em: 28 mar. 2017.

[13] KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) e os grupos de empresas**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 70.

[14] BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 28 mar. 2017.

[15] SALES, Fernando Augusto. A desconsideração da personalidade jurídica na Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência). *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 17, n. 3194, 30 mar. 2012. Disponível em: . Acesso em: 27 mar. 2017.

[16] BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 28 mar. 2017. Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O TIPO DOLOSO

PAULO EDUARDO BICALHO CARVALHO: formado na Universidade de Uberaba - UNIUBE, advogado atuante.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar o tipo doloso, analisando seu conceito, os elementos e suas espécies. Buscando discorrer de maneira sucinta e objetiva em relação aos seus principais aspectos. A pesquisa foi realizada por meio de bibliografias, encontradas em doutrinas e código penal. Tem-se que o dolo é a vontade consciente dirigida a realizar (ou aceitar realizar) a conduta prevista no tipo penal incriminador.

PALAVRAS-CHAVE: Tipo Doloso. Conceito. Código Penal e o Dolo. Elementos. Teorias Adotadas. Espécies de dolo.

1- CONCEITO

Segundo a doutrina, “dolo é a vontade livre e consciente de realizar ou aceitar realizar a conduta prevista no tipo penal incriminador”.

O equívoco desse conceito, entretanto, está na palavra “livre”. A existência ou não de liberdade na vontade é matéria a ser analisada na culpabilidade (mais precisamente na exigibilidade de conduta diversa), e não no dolo.

Há quem diga que o doente mental não tem dolo, mas não é o que prevalece. Ele tem consciência e vontade, dentro de seu precário mundo valorativo. Caso contrário, não haveria como aplicar a medida de segurança, que pressupõe fato típico e ilícito. O mesmo com relação aos demais inimputáveis.

2- CÓDIGO PENAL E O DOLO

Dispõe o parágrafo único do artigo 18 do Código Penal: Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

A regra prevista no referido parágrafo é o de que todo crime é doloso, portanto somente haverá a punição por conduta culposa se a lei prever expressamente, ou seja, o dolo é regra e a culpa a exceção.

3- ELEMENTOS DO DOLO

Do conceito acima, extraem-se os elementos do dolo:

- i) elemento intelectual (cognitivo): consciência;
- ii) elemento volitivo: vontade.

4- TEORIAS DO DOLO

São as teorias que buscam explicar o dolo:

- A) Teoria da representação: Fala-se em dolo sempre que o agente prevê o resultado como possível e, ainda assim, decide prosseguir com sua conduta. A teoria preocupa-se com o lado intelectual (previsão), sem se preocupar com o aspecto volitivo – e, em razão disso, acaba abrangendo a culpa consciente.
- B) Teoria da vontade: Dolo é a vontade consciente de praticar a infração penal. O erro dessa teoria é que não explica todo o dolo.
- C) Teoria do consentimento/anuência/assentimento: Fala-se em dolo sempre que o agente, prevendo o resultado como possível, decide prosseguir com sua conduta, assumindo o risco de produzi-lo.
- D) Teoria da Probabilidade: Acrescentada por Greco, a teoria da probabilidade trabalha com dados estatísticos, ou seja, se de acordo com determinado comportamento praticado pelo agente, estatisticamente, houvesse grande probabilidade de ocorrência do resultado, estaríamos diante do dolo eventual. Se a produção do resultado era meramente possível, se daria a culpa consciente. Deduz o dolo a partir da probabilidade de produção do resultado.

Qual a teoria adotada pelo Brasil?

A doutrina majoritária entende que o Brasil adota as TEORIAS DA VONTADE e DO CONSENTIMENTO. A teoria da vontade foi adotada na primeira parte do art. 18 para explicar o dolo direto (quando o agente “quis o resultado”), e a teoria do consentimento na segunda parte do art. 18, para explicar o dolo eventual (“assumiu o risco”).

Art. 18 do CP - Diz-se o crime:

I - doloso, quando o agente quis o resultado (teoria da vontade – explica o dolo direto) ou assumiu o risco (teoria do consentimento – explica o dolo indireto) de produzi-lo;

5- ESPÉCIES DE DOLO

- Dolo direto: Configura-se o dolo direto quando o agente prevê um determinado resultado, dirigindo sua conduta na busca de realizá-lo;
- Dolo direto de 2º grau (ou de consequências necessárias): consiste na vontade do agente dirigida a determinado resultado, efetivamente desejado, em que a utilização dos meios para alcançá-lo inclui, obrigatoriamente, a existência de efeitos colaterais de verificação praticamente certa.
- Dolo indireto (ou indeterminado): No dolo indireto (ou indeterminado), o agente, com a sua conduta, não busca resultado certo e determinado.

O dolo indireto tem duas subespécies:

i) Dolo alternativo: No dolo alternativo, o agente prevê uma pluralidade de resultados, dirigindo sua conduta para realizar qualquer deles.

ii) Dolo eventual: No dolo eventual, o agente prevê a pluralidade de resultados, dirigindo sua conduta para realizar um deles, assumindo o risco em relação aos outros. O agente dirige a conduta visando à lesão, mas assume o risco de praticar o homicídio.

- Dolo cumulativo: No dolo cumulativo, o agente pretende alcançar dois resultados, em sequência. É um caso de progressão criminosa (o agente inicialmente queria o resultado menos grave, mas, no "meio do caminho" muda de ideia e passa a querer o resultado mais grave).
- Dolo de dano e Dolo de perigo: No dolo de dano, a vontade do agente é causar efetiva lesão ao bem jurídico. No dolo de perigo, o agente atua com a intenção de expor a risco o bem jurídico tutelado.
- Dolo geral (ou erro sucessivo): Ocorre dolo geral (ou erro sucessivo) na hipótese em que o agente, supondo já ter alcançado o resultado visado, pratica nova ação que efetivamente o provoca. É a situação pela qual o agente, supondo já ter alcançado seu intento, pratica nova conduta que efetivamente o provoca. O erro sucessivo é irrelevante para o Direito Penal, pois o que importa é que o agente alcance o resultado querido.
- Dolo normativo: dolo normativo é o dolo adotado pela teoria *neokantista*. Trata-se de elemento da culpabilidade composto de consciência, vontade e consciência atual da ilicitude.
- Dolo natural: dolo natural é o dolo adotado pela teoria finalista. Migrou da culpabilidade para o fato típico, sendo composto por dois elementos: consciência e vontade.
- Dolo de propósito: Dolo de propósito é o chamado "dolo refletido". Nem sempre ele agrava a pena, pois a premeditação, por si só, não qualifica o crime.
- Dolo de ímpeto: Dolo de ímpeto é o dolo repentino. Deve ser uma atenuante de pena. Ocorre nos crimes multitudinários, como a rixa.

6- CONCLUSÃO

O artigo discorreu sobre o dolo, estudando seu conceito, seus elementos e descrevendo sobre suas espécies.

Analisamos o dolo tanto na doutrina pátria como no Código Penal, e concluímos conforme dispõe o parágrafo único do artigo 18, é que todo crime em regra é doloso, somente havendo a possibilidade de punição pela prática de conduta culposa se a lei assim prever expressamente, não havendo tal ressalva, o tipo culposo não será admitida, naquela infração penal.

REFERENCIAS

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Geral. 14^a ed. Niterói, RJ. Impetus. 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal. 1^a ed. São Paulo. Juspodium. 2013.

PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO COMO DECORRÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

JOSÉ DAVID PINHEIRO SILVÉRIO: Advogado Público Municipal. Pós-graduado em Direito do Estado e em Direito Constitucional.

RESUMO: O princípio do contraditório possui inegável correlação com o devido processo legal. É ressabido que, nos primórdios, sua finalidade era limitada ao dever de informar à parte a existência de um processo em seu desfavor. Entretanto, com a evolução do sistema processual, verificou-se que se afigurava de pouca valia a mera ciência, devendo-se garantir à parte o poder de influenciar do julgamento do magistrado. Nesse sentido, com a concatenação de ambas as facetas do contraditório, pode-se garantir uma paridade de armas entre os litigantes, bem assim a consecução de uma sentença justa e adequada.

Palavras-chave: Contraditório. Devido Processo Legal.

ABSTRACT: The principle of the adversary has undeniable correlation with due process of law. It is remarked that in the early days its purpose was limited to the duty to inform the party of the existence of a proceeding to its disadvantage. However, with the evolution of the procedural system, it was found that the mere science seemed to be of little value, and the influence of the magistrate's judgment should be guaranteed. In this sense, with the concatenation of both facets of the adversary, one can guarantee a parity of arms between the litigants, as well as the achievement of a just and adequate sentence. **Keywords:** Probative law. Ethical and procedural principles.

Keywords: Contradictory. Due Process Legal.

1 CONTRADITÓRIO

No presente trabalho enfrentaremos o Princípio do Contraditório como consectário lógico do devido processo legal e garantidor do direito à bilateralidade de audiência e do poder de

influência no julgamento do juiz, analisando-se desde um ponto de vista genérico, passando pelos direitos fundamentais até chegarmos ao direito à prova.

1.1 Histórico do Contraditório

A origem do Princípio do Contraditório confunde-se com o surgimento do devido processo legal, tendo em conta que o primeiro nada mais é do que um sucedâneo do segundo (Nery Júnior, 2004:134). Nos primórdios, predominavam os estados totalitários e absolutistas, os quais não reconheciam praticamente nenhum direito individual.

De modo que os combates entre o poder absoluto e a liberdade foram travados durante séculos e séculos, até chegarmos à prevalência da autodeterminação individual. Vários são os ordenamentos que delimitaram a ação dos poderes estatais como, por exemplo, a Magna Charta (Carta Magna) na velha Inglaterra de 1215, a Constituição Estadunidense, chancelada pela Convenção da Filadélfia de 1787, sem deslembrar, a propósito, da famigerada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Nery Júnior, 2004: 34-35).

Empós, com o evoluir do princípio em análise chegou-se à ideia do direito de citação e de se aduzir defesa ao que fosse imputado.

Destarte, a partir da influência do direito na Inglaterra de marcante índole litigiosa, passou-se a noção de que o processado tinha o direito de ser tratado com boa-fé e lealdade no decorrer do processo, além de não poder chegar-se ao fim da demanda senão através de um processo regular, para somente assim distribuir a justiça.

No Brasil, as Constituições pretéritas somente fizeram menção ao contraditório na esfera penal, deixando-o de fora dos processos civil e administrativo, às avessas do que apregoava a doutrina majoritária pátria.

Porém, a hodierna Constituição Federal veio a corrigir tal absurdo com os termos da redação do art. 5.º, LV. Diante disso, a legislação infraconstitucional veio a corroborar o Princípio do Contraditório, notadamente a Lei do Processo Administrativo (Lei

n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999) ao dispor que o processo administrativo é formado, dentre outros princípios, pelo contraditório.

Verifica-se, com pesar, a insofismável resistência das Constituições anteriores em prever o contraditório em todos os ramos da ciência processual. Isto prova o considerável atraso brasileiro em relação ao direito alienígena na garantia dos direitos individuais do cidadão.

1.2 Contraditório como Direito de Informação-Reação no Processo

De acordo com o art. 8º da Convenção Americana de Direitos do homem (Pacto de São José da Costa Rica) e com o art. X da Declaração Universal dos Direitos do Homem, toda pessoa processada tem o direito de ser ouvida no processo.

Insta destacar que desde há muito a dialética^[1] está inseparável ao processo, de modo que de um lado o autor expõe os seus argumentos, e de outro o réu ao ser informado de tais conteúdos tem a possibilidade de reagir contra-argumentando, perante um juiz imparcial, para, afinal, o Estado-Juiz proferir uma decisão justa e consentânea.

Ora, como é curial, o ato de decidir do juiz prescinde de mecanismos (necessariamente legais) para que ele tenha elementos capazes de conferir-lhe competência para impor às partes a submissão a regras procedimentais, inclusive podendo requerer unilateralmente a produção de determinadas provas, com vistas a dar-lhe maiores subsídios para chegar o mais perto possível da verdade e assim prolatar sua decisão.

Porém, tais procedimentos devem dar-se de forma democrática e com a participação paritária das partes, para que ambas tenham as mesmas possibilidades de influírem no julgamento do magistrado.

É nessa esteira que o contraditório coaduna tanto o conhecimento dos atos processuais pela partes como também a possibilidade delas se manifestarem a respeito, isto é o direito da informação-reação no processo.

1.3 Contraditório como Direito Fundamental de Primeira Geração ou Dimensão

Como introdução, é necessário levar a efeito um breve estudo sobre as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.

A questão dos direitos fundamentais tem inseparável evolução com o desenvolver da história. Tanto é assim, que as gerações ou dimensões são correlacionadas com a ordem cronológica do reconhecimento dos direitos fundamentais, os quais se afirmaram paulatinamente de acordo com as necessidades do ser humano, que foram cambiando com o passar dos tempos.

Aliás, é consabido que existe uma celeuma na doutrina acerca de qual dos termos é mais consentâneo: se geração ou dimensão. Há quem defenda que geração é mais cabível, porque cada gama de direitos fundamentais sucedeu o outro, ou seja, não nasceram juntos. Todavia, prevalece o entendimento daqueles que perfilham no sentido de que a expressão mais adequada é dimensão.

Nessa linha de pensamento, ergue-se a voz de Willis Santiago Guerra Filho (2001:39):

Que ao invés de 'gerações' é melhor se falar em '*dimensões de direitos fundamentais*' (...), não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desapareceram com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos 'gestados' em uma geração, quando apareceram em uma ordem jurídica que já traz geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o

aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental.

Em assim sendo, para a doutrina majoritária o contraditório é um princípio-garantia, ou, ainda, um princípio de status constitucional, pois se encontra positivado em nossa Carta Política. Certo é o escólio de José Afonso da Silva (2001:83) acerca da matéria:

Princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípio derivados) dos fundamentais, como o princípio da supremacia da Constituição e o conseqüente princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, o princípio da autonomia individual, decorrente da declaração dos direitos, o da proteção da família, do ensino e da cultura, o da organização e representação partidária, e os chamados princípios-garantias (o do *nullum crimen sine lege* e da *nulla poena sine lege*, o do devido processo legal, o do juiz natural, o do contraditório entre outros, que figuram nos incisos XXXVIII a LX do art. 5.º). (grifo nosso)

Em confronto com o posicionamento supracitado, é o de parte da doutrina que entende ser o contraditório não como um princípio-garantia, mas sim a exteriorização de uma condensação de valores democráticos dentro do processo. Em bom vernáculo, seria o mesmo dizer que o contraditório é uma mera manifestação da democracia numa relação processual.

Não obstante a isso, somos prosélitos da doutrina (e da iterativa jurisprudência) que entende o contraditório como consectário do devido processo legal, sendo um princípio de status constitucional, além de um legítimo direito fundamental de primeira

geração conforme a classificação de Paulo Bonavides (2000:141)[2].

A respeito, a palavra do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o contraditório é um princípio, cuja aplicabilidade estende-se a todos os processos, sejam judiciais ou administrativos, não se resumindo a um simplório direito de manifestação dentro de um processo.

Segundo a nossa Corte Suprema, o princípio do contraditório não está adstrito a manifestação ou comunicação dos atos do processo, mas também se refere ao direito da parte de ter os seus argumentos considerados no momento da decisão judicial. Por conseguinte, o exercício do contraditório não está cingido a falar no processo, mas tem o seu significado maior na possibilidade de influir no julgamento do órgão jurisdicional.

Nessa linha de pensamento, eis a jurisprudência do STF, *ipsis verbis*:

1. Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da doação por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação do processo. 4. Direito Constitucional comparado. Pretensão á tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os provimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de

fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5.º, LV). (STF, MS 24268/MG, Relatora Ministra Ellen Gracie Nothfleet, DJU 17.09.2004). (grifo nosso)

Conseqüentemente, somos pelo entendimento de que o contraditório é, sem réstia de dúvida, um princípio-garantia oriundo da Constituição.

1.4 Alcance e Possíveis Ofensas ao Contraditório

Prefacialmente, impende acentuar que o princípio do contraditório é, à primeira vista, uma manifestação do Princípio do Estado de Direito, além de relacionar-se intimamente com o da igualdade das partes e o do direito de ação, porquanto a CF/88 no momento que assegura aos contendores o contraditório e a ampla defesa, quer dizer que o direito de ação e o direito de defesa fazem parte do Princípio do Contraditório (Nery Júnior, 2004:170).

O princípio ora debatido se estende na relação processual ao autor, réu, litisdenunciado, oponente, chamado ao processo, assistente simples, assistente litisconsorcial e ao Ministério Público, sendo ele parte, ou, ainda, atuando como fiscal da lei (custos legis).

Tal se justifica pelo fato de que o representante do Parquet – mesmo nos casos em que funciona como fiscal da lei – interfere no convencimento do órgão jurisdicional; por um lado, através de suas manifestações sobre os fatos ou sobre o direito, por outro, quando de suas solicitações para realização de diligências e/ou provas.

Ressalte-se, outrossim, que os auxiliares da justiça, testemunhas, informantes, peritos e assistentes técnicos não podem invocar ferimento ao Princípio do Contraditório, pois não possuem pretensão de direito material a ser dirimida em juízo, uma vez que tal garantia é assegurada estritamente aos litigantes, a teor da regra constitucional do art. 5.º, LV.

De mais a mais, o leitor menos avisado pode equivocar-se ao pensar que o Princípio do Contraditório não se estende às pessoas jurídicas ou aos entes despersonalizados (condomínios, massa falida, mesas diretoras das casas legislativas, por exemplo), restringindo-se apenas ao cidadão. Porém, em casos desse jaez invoca-se o Princípio da Isonomia, ocasião em que tais pessoas ou entes adquirem o agasalho do contraditório.

O contraditório num primeiro momento mostra-se como a necessidade de dar conhecimento da lide e dos atos processuais aos contendores. Empós disso, assume a faceta de uma ferramenta à disposição das partes para que elas tenham plenas capacidades de se manifestarem com vistas a persuadir o juiz a decidir a seu favor.

De sorte que é deferido aos litigantes a possibilidade de propor ações judiciais e suas respectivas defesas, de produzirem toda uma gama de provas tendentes à demonstração de seu direito e de serem ouvidos em pé de igualdade perante o órgão jurisdicional durante o processo. Contudo, não se pode requestar

todo o tipo de produção de prova sob o color de atendimento ao contraditório e à ampla defesa.

O nosso colendo Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a decisão que indefere a produção de determinada prova que se mostre supérflua ou impertinente à matéria versada no processo, não malfere o Princípio do Contraditório (STF, Ag 141095-7, Rel. Min. Celso de Mello, j. 31.10.1994, DJU 14.11.1994, p. 30.860; STF – AI n.º 559.958 e RE n.º 345.580, rel. Min. Sepúlveda Pertence)

Para a intangibilidade do Princípio do Contraditório faz-se necessário que seja assegurada a obrigatória bilateralidade de audiência, e, a partir daí, que as partes recebam tratamento isonômico, com paridade de armas e amplas possibilidades de comprovarem suas alegações, sem deslembrar, no entanto, dos requisitos legais, da lealdade e boa-fé processuais.

No âmbito do processo civil e versando sobre direitos disponíveis, o réu pode deixar transcorrer in albis o prazo da contestação, sem com isso violar o Princípio do Contraditório. É necessária tão só a regularidade formal do procedimento citatório, é dizer, basta que o mandado de citação tenha sido confeccionado sob o manto dos requisitos legais a ele atrelados e que o réu seja devida e validamente citado, assim, tomando conhecimento das alegações contra si imputadas.

De tal modo, o réu ao ser citado tem a possibilidade (e não a obrigatoriedade) de manifestar-se no processo alegando o que de direito lhe convir, entretanto, caso não o faça no prazo legal a regra processual civil assevera que “preclui” o seu direito. Nesse caso meramente ilustrativo foi devidamente preservado o contraditório, conquanto não tenha sido utilizado pelo demandado.

Nessa linha, o julgamento antecipado da lide não suprime o Princípio do Contraditório, até porque a lei só lhe autoriza nos casos em que se operam os efeitos da revelia. Portanto, os princípios da celeridade e economia processual, a par do princípio da razoável duração do processo igualmente integrados ao nosso sistema constitucional são de participação harmoniosa com o julgamento antecipado da lide.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça, nessa toada, decidiu, *litteris*:

Recurso Especial. Ação cautelar. Lei 8.429/92. Afastamento de Prefeitos e Servidores em Sede de Cautelar. Improbidade Administrativa (...) 1. O julgamento antecipado da lide (art. 330, I, do CPC) não implica cerceamento de defesa, se desnecessária a instrução probatória, porquanto o instituto conspira a favor do princípio da celeridade. 2. Não constituindo a documentação nova a causa determinante da decisão impugnada, não há falar em nulidade por infringência ao art. 398 do Código de Processo Civil. 3. É lícito o Magistrado, à luz do princípio do convencimento racional (art. 131 do CPC), decidir a causa; motivando o porquê da sua fundamentação calcada nos fatos, provas, direito e jurisprudência que entendeu pertinentes. (...) 4. Restando os fatos e as provas relevantes *in casu* amplamente demonstrados na instância ordinária e desinfluentes para o desate da lide os documentos sobre os quais o recorrente aponta violação do contraditório, afasta-se o alegado malferimento da Lei federal invocada (art. 398 do CPC). A influência do documento pelo seu teor probatório não pode ser analisada pelo STJ por força da Súmula 07. Recurso Especial desprovido. (grifo nosso)

Doutra sorte, há casos em que o Estado-Juiz poderia aplicar de forma precipitada o julgamento antecipado da lide sob o pretexto de empregar mais celeridade aos processos, solucionando a demanda num prazo mais razoável. Porém, resta indubitoso que o julgador deve tratar referido instituto jurídico com a devida coerência e parcimônia para não causar lesão a direito de uma ou outra parte.

Ilustramos com o seguinte exemplo: digamos que numa ação que gira em torno de um direito disponível e que correu a revelia em desfavor do réu, mas que o autor não demonstrou cabalmente a certeza de ser detentor do direito pleiteado, gerando, pois, um juízo de incerta para o magistrado. Embora revel o demandado apresenta uma petição nos autos no dia seguinte ao término do prazo que dispunha para defender-se, requestando a produção de determinada prova, a qual teria o condão de provar que o direito discutido lhe pertenceria.

Em face do encimado caso hipotético que, diga-se de passo, é recorrente em nossos tribunais, entendemos que o juiz deve deferir a produção da prova requerida pelo réu ou, caso ache impertinente, que ordene a diligência que entender cabível e tendente a conferir-lhe um grau maior de certeza do direito posto à sua cognição.

Tal proceder é no sentido de aumentar o nível de exatidão das decisões judiciais, não fazendo do juiz um mero aplicador das formalidades previstas na lei, mas um verdadeiro solucionador de litígios e propagador da paz social, como, de fato, deve ser o seu ofício.

Em caso semelhante em que não foi oportunizada produção de prova relevante o Superior Tribunal de Justiça anulou um processo que foi julgado antecipadamente, com a fundamentação a seguir:

Processual Civil – Ação de Indenização Por Danos Morais e Processuais – Condenação em Somas Elevadas – Julgamento Antecipado da Lide – Inadmissibilidade. Fere o disposto no art. 330, I, do Código de Processo Civil julgamento antecipado da lide, em ação de indenização por danos materiais e morais, com condenação em somas elevadas, deixando de atribuir qualquer valor aos documentos apresentados pelo réu e suprimindo a oportunidade de produção de provas outras, com as quais se poderia, com maior segurança, avaliar os fatos e

mensurar suas repercussões na vida social e profissional da vítima. Recurso especial provido. (STJ, 3.^a Turma, REsp 326153/PI, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJU 02.06.2003).

Por tais razões é que se deve aplicar o julgamento antecipado da lide com reservas para, ao mesmo tempo, atingir os mandamentos da lei e prestigiar o Princípio do Contraditório.

Outra questão controversa atinente ao contraditório é a sua aplicação ao processo de execução. Há autores como Liebman e Buzaid que entendem não haver contraditório no processo de execução; porém, doutra banda, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco defendem a tese contrária.

Em nosso juízo a segunda corrente é a mais acertada, assim, o processo executório comporta o Princípio do Contraditório, pois o executado pode opor embargos do devedor, que se traduz em verdadeiro processo de cognição em desfavor do credor.

Nessa tangente, o STJ vê a oposição de embargos do devedor como verdadeira manifestação do contraditório no âmbito da execução, senão vejamos:

FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. PAGAMENTO. CONTA VINCULADA. CONTA-GARANTIA DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. DEPOSITAR NÃO É PAGAR. (...) 1. O depósito pela CEF em Conta-Garantia de Embargos revela *animus* de garantir para embargar e não de o pagar. (...) 2. Deveras, nas situações duvidosas, não é lícito cogitar-se de pagamento quando o suposto devedor entrega a quantia a título de depósito, máxime quando a interpretação da manifestação volitiva implica suprimir a oportunidade de oposição de embargos, violando a cláusula pétrea da “ampla defesa” aplicável ao processo judicial, e, *a fortiori*, ao processo de execução, no qual o contraditório é alcançado pelo devedor através do manejo dos

embargos. (...). Recurso especial provido. (STJ, 1.ª Turma, REsp 478835/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 28.10.2003). (grifo nosso)

De igual maneira, no processo de execução o devedor pode apresentar *exceção de pré-executividade* arremado em matérias de ordem pública e/ou inexistência de pressuposto(s) processual(is). É permitido alegar através da indigitada peça processual falta de citação, incompetência absoluta, suspeição ou impedimento do juiz, irregularidade formal do título executivo dentre outras várias matérias de ordem pública.

Destarte, é forçoso concluir que o Princípio do Contraditório incide nos três tipos de processo previstos no ordenamento civil pátrio, ou seja, de cognição ou conhecimento, de execução e o cautelar.

1.5 Contraditório e a Concessão de Liminares sem a Oitiva da Outra Parte

Em que pese ser o Princípio do Contraditório um direito fundamental de índole processual ele pode ser atenuado nas hipóteses em que o juiz defere tutelas liminares *inaudita altera pars*, ou seja, sem a ouvida da parte adversa, como nos casos de rito ordinário, ações possessórias, ação popular, ação coletiva, mandado de segurança, ação civil pública, ou, ainda, nas ações cautelares (Nery Júnior, 2004: 149).

Em casos dessa espécie, em tese, não há que se falar em ofensa ao Princípio do Contraditório, pois à parte ré é assegurada a possibilidade de apresentar contestação, formular pedido de reconsideração instando o juiz ao juízo de retratação, ou, ainda, interpor o recurso de agravo – retido ou de instrumento, conforme for o caso – dirigido à instância superior para vergastar a tutela judicial concedida em seu desfavor.

Tal se mostra plausível porquanto em certas situações a ouvida da parte adversa redundaria em significativa demora para a concessão da tutela pleiteada, o que, de fato, acarretaria total ineficácia do provimento jurisdicional. Em vista disso, conquanto

seja controverso, entendemos que não há discricionariedade para o magistrado; portanto uma vez preenchidos os pressupostos legais autorizadores da medida liminar, esta deve ser deferida visando à efetividade do processo e o não-perecimento do direito autoral.

Diante de tais casos, o juiz no momento de analisar o requerimento liminar deve fazer uma ponderação, utilizando-se o Princípio da Proporcionalidade, entre o contraditório e o direito posto ao seu conhecimento em caráter de tutela de urgência. Portanto, surge um “choque” entre os Princípios do Contraditório e o da Efetividade da Tutela Jurisdicional. De modo que, face o caso concreto deve o juiz decidir pelo princípio que melhor soluciona o combate entre as partes, não anulando o outro, mas apenas afastando a sua incidência no caso.

Nada obstante, é imperativo do juiz motivar o seu posicionamento em prestigiar o direito hipoteticamente ofendido de uma parte em detrimento do contraditório, valendo-se do método de circunspeção afeto ao Princípio da Proporcionalidade, para que não haja a nulidade da decisão em virtude da falta de fundamentação, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal.

Isso posto, defendemos que não malfere o Princípio do Contraditório as antecipações de tutela e as medidas liminares, entretanto, é inarredável que haja uma ponderação de princípios para fins de deferimento de uma tutela mais justa.

1.6 Contraditório e a Colisão com Outros Direitos Fundamentais

Antes de tudo, é necessário que façamos as indispensáveis considerações sobre os direitos fundamentais para chegarmos a sua colisão com o contraditório, este tido como legítimo direito fundamental aplicável ao processo.

Em nosso Ordenamento Jurídico temos dois tipos de normas: princípios e regras. Os princípios são normas que impõem, na medida do possível, a sua realização com variados níveis de cumprimento relativamente a normas e princípios em oposição.

Várias são as diferenças no tocante as regras, pois que elas são cumpridas, ou não, na hipótese de conflito com outra regra, levando-se em conta o jurídico ou faticamente possível. Assim, diante de um choque entre regras uma deve se sobrepor à outra, anulando a contraposta.

Às avessas, relativamente aos princípios, nos casos de colisão não se declara a invalidez de um ou outro, faz-se uma análise frente ao caso concreto para avaliar qual dos princípios deve preponderar em relação ao outro.

Exsurge, pois, o conceito de precedência, idealizado por Robert Alexy, célebre autor da obra Teoria da argumentação jurídica, para se fazer o julgamento do peso dos princípios. Tal proceder é no sentido de verificar qual princípio tem maior peso na solução do litígio, considerando-se os interesses opostos das partes.

Nesses casos, há a chamada lei de colisão projetada pelo referido doutrinador, a qual diz que um princípio limita o outro, estabelecendo, assim, uma relação de precedência condicionada entre princípios, sendo que um se sobrepõe ao outro, mas sem anulá-lo, apenas afastando a sua incidência.

Com isso, surge a seguinte indagação: qual é o método para analisar o peso de cada princípio? Para tanto, basta que o juiz examine as razões fático-jurídicas apresentadas pelas partes, para daí chegar a um juízo de valor, decidindo pela prevalência de determinado princípio sobre outro oposto.

Cumprir registrar, a propósito, a questão dos princípios absolutos, os quais não são compatíveis com o nosso sistema jurídico, pois admiti-los seria aprovar a ideia de princípios superiores, de aplicação forçada, mas isso levaria a um recorrente estado de enfretamento de princípios, sem nexos algum. Conclusão que se tira a partir de uma análise sistemática do nosso Ordenamento Jurídico, segundo o qual os princípios são harmônicos entre si, devendo prevalecer o que melhor se encaixar ao caso concreto.

De sorte que os princípios quando entram em colisão reclamam a atuação da proporcionalidade para se analisar as

possibilidades fático-jurídicas apresentadas no processo. As três vertentes da proporcionalidade são: adequação, necessidade e ponderação, sendo que as duas primeiras atinem aos fatos e a última relacionam intimamente com a questão do direito.

E é justamente nessa ponderação que surge o debate entre a aplicação do Princípio do Contraditório em colisão com outros direitos fundamentais. No subitem anterior, abordamos a temática da efetividade da tutela jurisdicional versus o contraditório, e chegamos à conclusão de que o juiz deve analisar o pretense direito violado e decidir fundamentadamente se deve deferir tutelas de urgência sem oportunizar a parte contrária o direito de manifestar-se previamente a respeito dos fatos narrados pelo autor.

Outra questão ligada a essa discussão é a das provas obtidas por meio ilegítimos ou ilícitos, tendo em vista que o nosso texto constitucional (art. 5.º, LVI) veda a produção de prova obtidas por tais meios, portanto limitando a incidência do contraditório, tendo em vista que tal princípio não tem o condão de garantir a produção irrestrita de prova, apenas autorizadas as úteis ao processo e as obtidas por meios lícitos.

Por derradeiro, infere-se que o contraditório não tem status de princípio absoluto, pelo que deve ser afastado, na medida do possível, quando vier outro princípio a se mostrar mais apto à solução de um processo judicial, acentuando, assim, o poder estatal de distribuir uma tutela jurisdicional justa e equânime quando instado a fazê-lo.

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, o Contraditório era tido apenas como o direito à bilateralidade de audiência. Com o passar dos anos, percebeu-se que não basta dar ciência do processo à parte, pois, mais que isso, faz-se necessário deferir a ela o poder de influenciar no julgamento do juiz. Não por acaso, essa nova faceta do Contraditório foi positivada no novo Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**, 8.ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil** in Revista de processo, nº 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar. 1976.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**, 5. Ed. São Paulo: RT, 1996, v. 2

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Os poderes do juiz** in O processo civil contemporâneo, Curitiba: Juruá, 1994.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 9ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Malheiros, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**, 4.ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006.

COSTA, Newton C. A. da. **Conjectura e quase-verdade** in Direito Política Filosofia Poesia: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, em seu octogésimo aniversário, coord. Celso Lafer e Tércio Sampaio Ferraz Jr.. São Paulo: Saraiva, 1992.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del Derecho Processual Civil**, . Ed. Buenos Aires: Depalma, 1993,

DIDIER JUNIOR, Fredie, **Curso de Direito Processual Civil**, 9ª Ed. 2008, Bahia, Editora JusPODIVM.

DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada P. e CINTRA, Antonio Carlos Araújo, **Teoria geral do processo**, 9ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. rev. amp., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MENDES JUNIOR, João. **A Prova no Processo**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MICHELI, Gian Antonio e TARUFFO, Michele. **A prova in** Revista de Processo, nº 16, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez 1979.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, 7ª ed. Ver. E atual. com as leis 10.352/2001 e 10.358/2001, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**, 2ª ed., São Paulo, Ed. Método, 2008.

PESTANA DE AGUIAR E SILVA, João Carlos. **As Provas no Cível**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____ **Verdade e conjectura**. Nova Fronteira, 1983.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, 3º vol., São Paulo: Saraiva, 1990.

____ **Comentários ao Código de Processo Civil**, 6. Ed .Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**, vol. I, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Devido Processo Legal: Uma visão pós-moderna**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Breves considerações sobre as regras de distribuição do ônus da prova no processo do trabalho**. Revista Síntese Trabalhista. Porto Alegre: Síntese, n. 202, abr.2006.

SURGIK, Aloísio. **Lineamentos do processo civil romano**, Curitiba: Livro é Cultura, 1990.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho**, 8ª ed. rev. e ampl., São Paulo, Editora LTr, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, t. II.

NOTAS:

[1] Conforme Hegel, a natureza verdadeira e única da razão e do ser que são identificados um ao outro e se definem segundo o processo racional que procede pela união incessante dos contrários – *tese* e *antítese* – numa categoria superior, a *síntese*. (Novo Dicionário Aurélio)

[2] Para Paulo Bonavides, os direitos fundamentais manifestaram-se na ordem institucional em três gerações sucessivas, isto é, direitos de primeira (liberdade), de segunda (igualdade) e de terceira geração (fraternidade).

CONSIDERAÇÕES SOBRE A INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS SEGUNDO JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**NATALIE DEL CARMEN RODRIGUES
DE CARVALHO**

MARANHÃO: Graduada em Direito pelo ILES-ULBRA de Porto Velho/RO, em 2009. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera/MS, em 2012. Analista Processual no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, desde março de 2015. Assistente Jurídica de Promotoria no Ministério Público do Estado de Rondônia, de 2010 a 2012. Aprovada para o cargo de Promotora de Justiça Substituta no Ministério Público do Estado do Amazonas.

RESUMO: A defesa do consumidor foi prevista na Constituição Federal Brasileira de 1988 como direito fundamental do indivíduo e, ao mesmo tempo, como princípio norteador da ordem econômica. A relação de consumo pode ocasionar situações que causem danos ao consumidor, sejam de ordem moral e/ou material, gerando direito à justa reparação. A pesquisa, essencialmente bibliográfica, objetiva contextualizar o princípio da reparação integral dos danos sofridos pelo consumidor ante a jurisprudência dos tribunais pátrios, especialmente no que diz respeito ao transporte aéreo de passageiros. O estudo é iniciado da análise principiológica constitucional do Código de Defesa do Consumidor. Do levantamento feito, constata-se que a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem ser vedada a tarifação das indenizações nas relações de consumo, afastando a aplicação de tratados internacionais que impeçam a real e integral reparação ao consumidor pelos danos sofridos. Entretanto, verificou-se que, recentemente, o STF concluiu que não se aplica o CDC aos conflitos relativos ao transporte internacional de passageiros, de forma que devem ser resolvidos segundo as disposições das convenções internacionais sobre o tema, a exemplo das Convenções de Varsóvia e Montreal, ratificadas pelo Brasil.

Palavras-chave: Direito Constitucional, Direito do Consumidor, Código de Defesa do Consumidor, Convenção de Varsóvia, Direitos e Garantias Fundamentais, Jurisprudência, Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT: Consumer protection was foreseen in 1988 Brazilian Federal Constitution as a fundamental right of the individual and, at the same time, as a guiding principle of the economic order. The consumption relationship can cause situations that cause damages to the consumer, be they of a moral and / or material nature, generating right to just reparation. The research, essentially bibliographical, aims to contextualize the principle of the full reparation of the damages suffered by the consumer against the jurisprudence of the native courts, especially about the service of air transporting of passengers. The study initiates from the constitutional principles of the Consumer Defense Code. From the survey made, it is noted that majority doctrine and jurisprudence understand that it is forbidden to pay compensation in consumer relations, avoiding the application of international treaties that prevent the real and full compensation to the consumer for the damages suffered. In the meantime, it has been found that, recently, the Federal Supreme Court has concluded that the CDC does not apply to disputes relating to international passenger transport, so that they must be resolved in accordance with international conventions ratified by Brazil on the subject, such as the Conventions of Warsaw and Montreal, ratified by Brazil.

Sumário: 1. Introdução 2. O Código de Defesa do Consumidor como norma de ordem pública e interesse social 3. Princípio da interpretação mais favorável ao consumidor 4. Princípio da reparação integral 4.1. Dano moral e dano material: indenização ressarcitória e indenização compensatória 6. Art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro 7. Indenização por perda de bagagem: aplicação do CDC vs. Convenção de Varsóvia à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores 8. Conclusão

1. Introdução

O Código de Defesa do Consumidor buscou concretizar as disposições constitucionais que previram a defesa do consumidor como direito fundamental e princípio da ordem econômica. Para tanto, estabeleceu o referido *codex* uma série de princípios e mecanismos de defesa, tais como a presunção de vulnerabilidade do consumidor e reparação integral dos danos por ele sofridos em decorrência da relação de consumo.

Visa o presente artigo analisar de forma breve e objetiva os principais pontos tratados pelo CDC quanto à compensação e ao ressarcimento dos danos sofridos pelo consumidor, especialmente no que diz respeito às relações de consumo referentes ao transporte aéreo de passageiros, buscando esclarecer a posição da doutrina e da jurisprudência quanto à reparação dos danos decorrentes da relação de consumo nessas hipóteses.

Nessa linha, o estudo visa abordar e contextualizar a recente tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, que excepcionou a aplicação de convenções internacionais ratificadas pelo Brasil nas relações de consumo que envolvam o transporte aéreo de passageiros, afastando, assim o CDC, e permitindo, portanto, eventual tarifação de indenização prevista nestas normas.

2. O Código de Defesa do Consumidor como norma de ordem pública e interesse social

A Constituição Federal de 1988 consagra no art. 5º, XXXII, título referente aos direitos e garantias fundamentais, que *o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*. No mesmo sentido, no art. 170, V, a Carta Magna positiva a defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica, o que objetiva a compatibilização da defesa do consumidor com a livre iniciativa.

Para além da importância que o diploma constitucional deu ao direito do consumidor, é possível observar, já nas primeiras linhas da Lei 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor, a carga imperativa que a

referida normatização possui no ordenamento jurídico pátrio. Isso porque, dispõe o art. 1º do aludido *codex* que *o presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitória* (grifo nosso).

Dizer que o CDC é de ordem pública e interesse social consiste atribuir-lhe a caráter cogente e imperativo, uma vez que se trata de norma indisponível, inafastável, que não admite renúncia, justamente por proteger valores fundamentais do Estado Democrático Social^[1]. A violação desta norma leva à invalidade de contratos e acordos que busquem deliberadamente afastá-la e, por esta razão, permite o reconhecimento de ofício pelo juiz, ao menos em regra^[2].

A imperatividade das normas do CDC visa garantir proteção ao consumidor, que é presumidamente a parte mais fraca da relação jurídica, o vulnerável. Possível fosse afastar facilmente a incidência destas normas, não haveria efetividade na sua aplicação.

Nesse sentido são as lições de Felipe P. Braga Netto *apud* José Roberto de Castro Neves ao aduzir que *no primeiro capítulo desse livro, das disposições gerais, a lei oferece definições, inclusive da sua natureza. O art. 1º informa que ela é de ordem pública e tem interesse social. Com isso, a lei quis informar que seus dispositivos têm característica imperativa, ou seja, não admitem ser afastados pela disposição particular* (José Roberto de Castro Neves, “O Direito do Consumidor – de onde viemos e para onde vamos”, in RTDC, vol. 26, abr/jun, 2006, p. 198).

Defendem, ainda, alguns autores, que o CDC seria uma “lei de função social”, tendo em vista a missão de concretizar diretrizes pré-definidas pela própria CF/88. Desta forma, não poderia ser o CDC derogado o ab-rogado por outros diplomas legais, ainda que de mesma hierarquia, se tal situação importasse prejuízo ao consumidor, sob pena de incidir em inconstitucionalidade.

Observa-se, por fim, que a aplicação do CDC não afasta a de outros diplomas que fomentem a defesa do consumidor, devendo ser realizado, na linha da jurisprudência dos Tribunais Superiores^[3], verdadeiro diálogo de fontes.

3. Princípio da interpretação mais favorável ao consumidor

Na defesa do consumidor como parte vulnerável na relação jurídica de consumo, o CDC prevê como uma de suas bases o princípio interpretação mais favorável ao consumidor ao dispor, no art. 47, que *as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor*.

Trata-se de concretização do princípio constitucional da isonomia ou igualdade material, segundo o qual deve ser despendido tratamento igual às pessoas em iguais condições e tratamento desigual às pessoas em situações que exijam tratamento diferenciado, na medida da desigualdade, possibilitando igualdade de oportunidades.

Ressalta-se que, apesar de o CDC mencionar a interpretação mais favorável ao consumidor nos contratos, diferentemente do que ocorre no art. 423 do Código Civil de 2002, que restringe a interpretação mais favorável ao aderente dos contratos de adesão, o princípio em tela tem aplicação consideravelmente mais ampla no CDC. Isso porque, segundo a melhor doutrina:

Cabe registrar que o art. 47 do CDC traduz princípio aplicável não apenas às cláusulas contratuais, mas às leis em geral. Havendo conflito entre elas, deve-se, em princípio, dar preferência àquela que melhor tutela a parte vulnerável da relação. Trata-se de hipótese frequente, eis que, com o advento do Código Civil de 2002, não são raros os casos de diálogos entre as duas importantes leis. (NETTO, 2016, p. 82).

A jurisprudência do STJ^[4], de igual forma, segue o entendimento de que interpretação das cláusulas contratuais deve favorecer a extensão dos direitos do consumidor.

4. Princípio da reparação integral

O art. 6º, VI, CDC determina que *são direitos básicos do consumidor: (...) VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.*

A doutrina leciona que, consoante referido princípio, *se o consumidor sofre um dano, a reparação que lhe é devida deve ser a mais ampla possível, abrangendo, efetivamente, todos os danos causados. (...) Tal disposição quer significar que os danos devem ser reparados de forma efetiva, isto é, real e integral, de forma a ressarcir ou compensar o consumidor.* (NETTO, 2016, p. 72).

Em decorrência da aplicação deste princípio, doutrina e jurisprudência brasileiras não costumam acatar a tarifação de indenização, seja por fixação prévia em lei ou em contrato, quando a questão disser respeito a relação de consumo. Ora, se ficar caracterizado o dano ao consumidor, a reparação deve ser integral, salvo se tiver o consumidor contribuído para o dano, a exemplo do que ocorre na situação tratada na Súmula nº 543 do STJ.

4.1. Dano moral e dano material: indenização ressarcitória e indenização compensatória

Em determinadas situações, o ato lesivo afeta diretamente a personalidade do consumidor, ferindo-lhe a dignidade humana. Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *o dano moral pode ser conceituado como uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela, de forma que, para que esta definição possa ser bem compreendida, cabe um aprofundamento da própria noção de dignidade da pessoa humana* (FARIAS, 2016, p. 301).

Segundo Flávio Tartuce, a melhor corrente categórica é aquela que conceitua os danos morais como lesão a direitos da personalidade, sendo essa a visão que prevalece na doutrina brasileira (Tartuce, 2012, p. 453).

Nestas hipóteses, a indenização a ser arbitrada pelo juiz deve possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória a ser arcada pelo lesionador. Nas lições da doutrina, é importante estar que para a reparação do dano moral *não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de lenitivo, derivativo ou sucedâneo. Por isso é que se utiliza a expressão reparação e não ressarcimento para os danos morais* (TARTUCE, 2012, P. 453).

Como se vê, apesar de o dano moral caracterizar espécie de dano extrapatrimonial (incide sobre direitos extrapatrimoniais do lesado), a compensação será efetivada por meio de indenização pecuniária (reparação patrimonial).

Busca a indenização pecuniária em razão de dano moral atenuar as consequências do prejuízo sofrido, tendo em vista que restaurar a situação anterior seria impossível, já que não há como “apagar” o dano moral sofrido.

Cabe observar que o *quantum* fixado como medida compensatória a título de indenização por danos morais deve ser suficiente para que se procure ao menos amenizar, de forma razoável e proporcional, a lesão causada ao ofendido, uma vez que o bens jurídicos imateriais componentes do gênero dignidade da pessoa humana não possuem valor quantificável.

Além disso, deve-se levar em consideração o caráter pedagógico e punitivo da indenização, devendo esta ser suficiente a ilidir novas ocorrências da mesma natureza, uma vez que não raras vezes os fornecedores infringem direitos de seus consumidores, situações estas que acarretam dissabores que ultrapassam o mero aborrecimento.

Partindo-se desta premissa, caso seja irrisório o valor a ser pago pelo fornecedor a título de danos morais, a condenação não alcançará os fins pretendidos, quais sejam a compensação do dano moral causado e a responsabilização da causadora do dano de forma a compeli-la a acautelar-se melhor quanto aos cuidados dispensados a seus consumidores.

Noutro giro, no caso de danos materiais, a indenização poderá ser tanto ressarcitória quanto reparatória, tendo em vista que, nesse caso, é possível o retorno ao estado anterior ao dano - *status quo ante* (NETTO BRAGA, 2016, p. 214).

Sobre o assunto, importa ressaltar, mais uma vez, que deve ser feita a reparação integral dos danos materiais, caso em que é ainda mais efetiva a aplicação deste princípio. Desta forma, para que ocorra a efetiva reparação dos danos suportados pelo consumidor, prima-se tanto pela reparação dos danos emergentes quanto dos lucros cessantes, ou seja, tudo aquilo que se perdeu, bem como o que razoavelmente deixou de ganhar, matéria regulada pelo art. 402 do Código Civil.

6. Art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-lei nº 4657/1942, traz em seu bojo, também, regras que visam regular a aplicação do direito internacional público e privado no ordenamento pátrio, o que faz especificamente nos arts. 7º a 19. Nesse sentido, dispõe o art. 17 da referida lei:

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Ao interpretar a norma supradescrita em consonância com o Direito do Consumidor, defende a doutrina civilista que, *pelo que consta no art. 1.º da própria Lei 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor é*

norma de ordem pública e interesse social, devendo prevalecer sobre os tratados internacionais e demais fontes do Direito Internacional Público, pela regra constante do art. 17 da Lei de Introdução. Dessa forma, a autonomia privada manifestada em um tratado internacional encontra limitações nas normas nacionais de ordem pública, caso da Lei Consumerista. Também inspira essa conclusão a ideia de soberania nacional (TARTUCE, 2017, p. 59).

7. Indenização por perda de bagagem: aplicação do CDC vs. Convenção de Varsóvia à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores

Após toda o necessário contexto, impõe-se analisar a aplicação (ou não) do CDC às situações em que ocorre o extravio de bagagem pelas companhias aéreas de transporte de passageiros.

É fato que a perda da bagagem gera dano material, disso não há dúvidas. Ademais, na maioria dos casos, o cliente sofre, sem dúvidas, lesão a sua honra, integridade psíquica, bem-estar íntimo, dentre outros bens jurídicos personalíssimos de caráter imaterial, caracterizadores do dano moral.

Portanto, nada mais justo que seja o consumidor devidamente compensado e/ou ressarcido pelos danos de natureza moral e material sofridos em decorrência da atuação do fornecedor, o que deve se dar na extensão em que os bens jurídicos foram atingidos, em atenção ao princípio da reparação integral.

Consoante já aduzido, o art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga LICC), dispõe que *as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.*

Sobre a Convenção de Varsóvia, Braga Netto ensina:

A Convenção de Varsóvia foi editada em 12 de outubro de 1929. Ela foi incorporada à ordem

jurídica brasileira por intermédio do Decreto n. 20.704, de 24/11/1931. A Convenção de Varsóvia fixou tarifas para a indenização nas mais variadas situações. Por exemplo, morte, ferimento ou qualquer outra lesão ocorrida a bordo, ou nas operações de embarque ou desembarque (art. 17); perda, destruição ou avaria de carga ou bagagem, ocorridas durante o transporte (art. 18); atrasos no transporte de coisas ou pessoas (art. 19). Havia, como dissemos a chamada indenização tarifada, isto é, a indenização era previamente delimitada a certas tarifas. Além disso, a empresa de transporte poderia se eximir da indenização, desde que provasse que havia observado todas as medidas necessárias para evitar o dano (arts. 20 e 21). O sistema, assim, como se percebe, operava guiado pela culpa presumida. (BRAGA NETTO, 2016, p. 227).

Desta forma, em que pese o fato de a Convenção de Varsóvia e seus complementares (especialmente Convenção de Montreal e/ou Código Brasileiro de Aeronáutica) limitarem o pagamento da indenização por quilo de bagagem, a doutrina e a jurisprudência pátrias entendiam que a indenização por dano moral não deve ser limitada, aplicando-se para os casos o Código de Defesa do Consumidor com fulcro na Constituição Federal. Decidiu o STF:

STF - "Indenização - Dano moral - Extravio de mala em viagem aérea - Convenção de Varsóvia - Observação mitigada - Constituição Federal - Supremacia. O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimentos e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República -

incisos V e X do artigo 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil." (RE nº 172.720/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio). (Grifo e negrito nosso).

STJ - RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. **INAPLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INDENIZAÇÃO AMPLA.** DANOS MATERIAIS E MORAIS. ORIENTAÇÃO DO TRIBUNAL. PAGAMENTO DE BOLSA DE ESTUDOS. DANO INCERTO E EVENTUAL. APROVAÇÃO INCERTA. EXCLUSÃO DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ACOLHIDO PARCIALMENTE. MAIORIA. **I Nos casos de extravio de bagagem ocorrido durante o transporte aéreo, há relação de consumo entre as partes, devendo a reparação, assim, ser integral, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, e não mais limitada pela legislação especial.** II - Por se tratar de dano incerto e eventual, fica excluída da indenização por danos materiais a parcela correspondente ao valor da bolsa que o recorrido teria se tivesse sido aprovado no exame para freqüentar o curso de mestrado. (REsp 300190/RJ; Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA; Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA; Data do Julgamento: 24/04/2001; Data da Publicação/Fonte: DJ 18.03.2002 p. 256 - RT vol. 803 p. 177). (Grifo e negrito nosso).

No mesmo sentido o STJ :

STJ - PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE AÉREO. ATRASO DE VOO. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS E INDENIZAÇÃO POR DANOS

MATERIAIS. HARMONIA ENTRE O ACÓRDAO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DO VALOR FIXADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. **VOTO:** A decisão agravada foi assim fundamentada: - Da Súmula 83/STJ: **O TJ/RJ, ao decidir que os conflitos decorrentes de transporte aéreo internacional devem ser solucionados de acordo com CDC, alinhou-se ao entendimento do STJ quanto à matéria. Nesse sentido:** AgRg no Ag 1.343.941/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. VASCO DELLA GIUSTINA(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), DJ: 25/11/2010.

(...)

De início, o TJ/RJ, ao decidir que conflitos decorrentes de transporte aéreo devem ser solucionados com a observância do CDC, alinhou-se ao entendimento do STJ quanto à matéria. Nesse sentido: AgRg no Ag 1343941/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina, DJ de 25/11/2010 e AgRg no Ag 1157672/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 26/05/2010. (...) (AgRG no Agravo de Instrumento 1.365.430/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi. J. 12.04.2011, DJe 19.04.2011).(grifo nosso)

De igual forma entende a doutrina. Vejamos o que leciona Flávio Tartuce sobre tema:

(...) é de se apontar questão envolvendo anterior Convenção de Varsóvia e a atual Convenção de Montreal, tratados internacionais dos quais

nosso país é signatário e que consagram limitações de indenização em casos de atraso de voo, perda de voo e extravio de bagagem, no caso de viagens internacionais. As normas internacionais entram em claro conflito com o Código de Defesa do Consumidor que, em seu art. 6.º, VI e VII, consagra o princípio da reparação integral de danos, pelo qual tem direito o consumidor ao ressarcimento integral pelos prejuízos materiais e morais causados pelo fornecimento de produtos, prestação de serviços ou má informação a eles relacionados, devendo ser facilitada a tutela dos seus direitos. Tal princípio veda qualquer tipo de tarifação, sendo a Lei 8.078/1990 norma de ordem pública e interesse social, conforme consta do seu art. 1.º, Por isso, o referido tratado não pode prevalecer, conforme conclusão do superior Tribunal de Justiça.^[5]

Nesse contexto, embora exista a limitação da indenização por danos ocorridos durante o transporte aéreo determinada pela legislação internacional e pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, tal limitação não seria imposta no caso, haja vista as disposições do Código de Defesa do Consumidor, as quais se apresentam contrárias à efetivação de limitação do valor indenizatório.

Pesa, ainda, que o referido diploma de proteção ao consumidor deverá prevalecer por ser posterior à Convenção de Varsóvia e ao Código Brasileiro de Aeronáutica, o que acarreta o seu poder revogador de diplomas anteriores, em caso de conflito de normas.

A relação jurídica existente entre passageiro e companhia aérea é, sem dúvidas, de consumo, consoante leciona a doutrina:

É inegável que temos, entre passageiro e companhia aérea, uma relação de consumo. A prestação do serviço, por parte da companhia aérea, faz surgir, para o passageiro, a possibilidade de

invocar o Código de Defesa do Consumidor, o qual, além de responsabilizar o fornecedor independentemente de culpa (art. 14), não traz limites legais para a indenização, nem admite que tais limites sejam contratualmente estabelecidos (arts. 25 e 51, I). O CDC, além do mais, prestigia o princípio da reparação integral (art. 6º, VI). (BRAGA NETTO, 2016, p. 227).

O Código de Defesa do Consumidor prescreve, em seu art. 2º, ser consumidor: *“toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”*. Sendo assim, inexistem maiores dificuldades em se concluir pela aplicabilidade do referido Código, visto que este corpo de normas pretende aplicar-se a todas as relações desenvolvidas no mercado brasileiro que envolvam um consumidor e um fornecedor.

Aplica-se à hipótese o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que estipula a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços pelos danos causados por defeitos relativos à prestação de serviços, conforme se pode verificar:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

Evidente o entendimento dos Tribunais Brasileiros no sentido de que não haveria limitação para a indenização, sendo cabível, portanto, a reparação integral dos danos e a consequente aplicação do CDC.

Ocorre que, em recente decisão, proferida no ARE 766.618^[6] e RE 636.331^[7], com repercussão geral reconhecida, o plenário do STF firmou entendimento no sentido de que não se aplica o CDC aos conflitos relativos à relação de consumo em transporte internacional de

passageiros, de forma que devem ser resolvidos segundo as disposições das convenções internacionais sobre o tema, a exemplo das Convenções de Varsóvia e Montreal, ratificadas pelo Brasil. Vejamos:

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 210 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, deu provimento ao recurso extraordinário, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: "Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor", vencido o Ministro Marco Aurélio. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, por suceder o Ministro Teori Zavascki, que votara em assentada anterior. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 25.5.2017. (STF, RE 636331, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 25/5/2017).

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao recurso extraordinário, para, reformando o acórdão recorrido, julgar improcedente o pedido, em razão da prescrição (CPC, art. 269, IV). Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, por suceder o Ministro Teori Zavascki, que votara em assentada anterior. Em seguida o Tribunal fixou tese nos seguintes termos: "Nos termos do art. 178 da

Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 25.5.2017. (STF, ARE 766.618, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 25/5/2017).

Segundo a tese firmada nos julgados por força do artigo 178 da Constituição Federal, as normas e tratados internacionais limitadoras da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

Cabe destacar os votos divergentes – vencidos - dos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. O Min. Celso de Mello assentou que tratando-se de relações de consumo, em que os passageiros figuram inquestionavelmente como destinatários finais dos serviços de transporte aéreo, tenho para mim que aplicado à espécie é o CDC. Tratando-se de relações de consumo, as disposições do CDC têm precedência, segundo penso, sobre as normas da convenção de Varsóvia, dos protocolos de Haia e da Guatemala, e também agora da convenção de Montreal, e também, no plano do transporte aéreo doméstico, sobre as regras estabelecidas e positivadas no código brasileiro de aeronáutica.

Já o Min. Marco Aurélio argumentou que os tratados estão no mesmo patamar da legislação ordinária e que, no caso, tratava-se de relação de consumo, regida pelo CDC, que é norma posterior às convenções em discussão. Ressaltou, ainda, que se fosse um voo interno, a indenização por dano moral estaria assegurada ao consumidor.

Muitos doutrinadores criticam o posicionamento do STF. Nesse sentido, Flávio Tartuce aduz:

Com o devido respeito, penso que as decisões representam enorme retrocesso, em clara lesão ao artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo a qual as fontes do Direito Internacional não podem prevalecer sobre normas de ordem pública, caso do CDC, como está previsto no seu artigo 1º.

Não se olvide, ademais, que as convenções são desfavoráveis aos consumidores, pois "tabelam" a indenização, afastando a reparação integral dos danos, prevista no artigo 6º, inciso VI, da Lei 8.078/1990.

Sem falar no prazo prescricional nelas previsto - de 2 anos - menor do que o prazo de 5 anos que consta do artigo 27 do Código do Consumidor. [8]

8. CONCLUSÃO

Extraí-se do estudo que a defesa do consumidor, tutelada por normas de ordem pública e interesse social, traz forte carga principiológica na busca da efetivação dos direitos constitucional que concretiza.

Nesse contexto, as normas consumeristas pátrias primam pela reparação integral dos danos causados ao consumidor, o que afasta a incidência de outras normas tais que impeçam o efetivo exercício deste direito.

Nesse sentido, a jurisprudência e a doutrina, primando pela aplicação do princípio da reparação integral dos danos, entendem ser vedada a tarifação das indenizações, afastando a aplicação de tratados internacionais que impeçam a real e integral reparação ao consumidor pelos danos sofridos.

Verificou-se que doutrina e jurisprudência majoritárias entendem ser vedada a tarifação das indenizações, afastando a aplicação de tratados internacionais que impeçam a real e integral reparação ao consumidor pelos danos sofridos.

Entretanto, constatou-se que em recente decisão, o STF concluiu que não se aplica o CDC aos conflitos relativos à relação de consumo em transporte internacional de passageiros, de forma que devem ser resolvidos segundo as disposições das convenções internacionais sobre o tema, a exemplo das Convenções de Varsóvia e Montreal, ratificadas pelo Brasil.

Importa ressaltar, por fim, que o posicionamento do STF deve ficar restrito ao transporte internacional de passageiros, mantendo-se, quanto ao transporte interno, a jurisprudência já assentada no âmbito do STJ e defendida pela doutrina consumerista, conforme exaustivamente tratado neste estudo.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 30/6/2017.

BRASIL, Código Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm > Acesso em 30/6/2017.

BRASIL, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm > Acesso em 31/6/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=766618&classe=ARE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> > Acesso em: 30/5/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=636331&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> > Acesso em: 30/5/2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em < <http://www.stj.jus.br> > Acesso em 30/5/2017.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual do Direito do Consumidor à Luz da Jurisprudência do STJ**. 11ª Edição, Salvador: JusPODIVM, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Edição, Salvador: JusPODIVM, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil, Volume 3**. 3ª Edição, Salvador: JusPODIVM, 2016.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor**. Coleção Leis Especiais Para Concursos. 6ª Edição, Salvador: JusPODIVM, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 2ª Edição, São Paulo: MÉTODO, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral, Volume 1**. 13ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. Disponível em <http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2017/05/extravio-de-bagagem-tratados-prevalecem.html>. Acesso em 29/5/2017.

NOTAS:

[1] Nesse sentido: STJ, REsp 586316/MG, Rel. Min Herman Benjamin, DJe 19/03/2009.

[2] Como exceção a esta regra, vide Súmula 381 do STJ.

[3] “(...) o mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema jurídico, em diálogo de fontes, e não somente por intermédio do CDC”. (STJ, REsp 1.009.591, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T, DJ 13/04/10).

[4] STJ, REsp 110.6789, Rel. Min Nancy Andrighi, 3ª T., DJ 18/11/09.

[5] TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: Volume Único. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 36.

[6] Disponível em <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=766618&classe=ARE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> >

[7] Disponível em <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=636331&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> >

[8] Disponível em <http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2017/05/extravio-de-bagagem-tratados-prevaecem.html>

A DESAPOSENTAÇÃO: CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS

GILBERTO ALVES DE AZERÊDO

JÚNIOR: Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba - PB.

RESUMO: A “Desaposentação” no Direito Previdenciário Brasileiro foi criada pela doutrina e jurisprudência com o objetivo basilar de aprimorar a aposentadoria do trabalhador que se aposenta e, após um lapso de tempo, retorna ao trabalho, vertendo contribuições obrigatórias para o sistema previdenciário. Desta forma, o presente estudo tem como objetivo elencar e discutir os principais pontos de embates trazidos pela doutrina do Direito Previdenciário. Utilizou-se como metodologia dados secundários de natureza bibliográfica acerca das jurisprudências da desaposentação. Os resultados demonstraram que a finalidade do instituto é tão somente possibilitar ao aposentado (que voltou a ser contribuinte) a sua renúncia à aposentadoria, aproveitando o respectivo tempo de contribuição para uma nova aposentadoria mais vantajosa. Ante a falta de regulamentação legal expressa, a doutrina assume, majoritariamente, uma posição favorável, argumentando que se não há vedação, o sistema legal permite. Por outro lado, a jurisprudência ainda não era pacífica, embora houvesse uma tendência a sua aceitação, especialmente na Justiça Federal. Conclui-se que uma regulamentação legal pormenorizada sobre o tema seria um caminho mais viável a ser seguido, a fim de que argumentos falhos como os usados pela Administração Pública não suplantem esta prerrogativa concedida ao segurado para melhorar sua qualidade de vida.

Palavras-chaves: Desaposentação. Posições doutrinárias. Posições jurisprudenciais.

SUMÁRIO: A DESAPOSENTAÇÃO: CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS 1INTRODUÇÃO 2.METODOLOGIA E JUSTIFICATIVA 3.ORIGEM E CONCEITO DA DESAPOSENTAÇÃO 3.1HIPÓTESES DE CABIMENTO DA DESAPOSENTAÇÃO 3.2PRESSUPOSTOS LÓGICOS PARA A

DESAPOSENTAÇÃO 4.DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS E
DOCTRINÁRIAS 4.1LEGALIDADE DA DESAPOSENTAÇÃO
4.2LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO NOVO BENEFÍCIO
4.3MORALIDADE DA DESAPOSENTAÇÃO 4.4SUPOSTA
VIOLAÇÃO AO ATO JURÍDICO PERFEITO 4.5DEVOLUÇÃO
DOS VALORES RECEBIDOS 4.5.1Teses doutrinárias contrárias à
restituição 4.5.1Teses doutrinárias favoráveis à restituição 4.6
POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E DO STF 5
CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Pode-se dizer que a desaposentação é uma renúncia a uma aposentadoria que foi obtida no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) ou em um Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), cujo escopo é possibilitar uma fruição de um benefício pecuniariamente mais vantajoso no mesmo regime previdenciário ou em regime previdenciário distinto. Isso ocorre porque o trabalhador volta ao trabalho após uma primeira aposentação, passando, assim, a verter contribuições para o sistema, surgindo então um novo tempo contributivo.

Vale ressaltar que a situação mais frequente ocorre com os segurados que se aposentam pelo RGPS e depois passam a exercer um cargo público - neste caso, acobertados por um RPPS. A outra situação mais destacada pela doutrina é quando o segurado se aposenta pelo RGPS, mas continua laborando ou volta após um tempo.

O instituto da desaposentação evoluiu desde a década de 90 até os dias atuais. Houve uma ampliação do interesse dos estudiosos previdenciaristas, com uma consequente produção de obras discutindo o instituto e também muitos julgados favoráveis à viabilidade jurídica da desaposentação nos magistrados da Justiça Federal.

Entretanto, a desaposentação ainda é negada na via administrativa, que argumenta pela falta de previsão legal expressa, a violação do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, Ibrahim (2011). No entanto, esquece a administração, no caso, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que tal violação não ocorre, visto que estes citados preceitos constitucionais devem ser utilizados para favorecer a sociedade e os indivíduos, e não contra estes, ainda mais quando o que há, na verdade, é mora dos legisladores.

Partindo desta explanação, este artigo levanta a problemática desta mora legislativa, no tocante ao instituto da desaposentação, detalhando como vem sendo construída a argumentação da doutrina e da jurisprudência no sentido de que seria legal tal instituto.

Este trabalho traz os principais aspectos e embates trazidos pela doutrina (e também pela jurisprudência, quando possível) para se entender as peculiaridades da desaposentação, apresentado um estudo propriamente dito da desaposentação, abordando a sua origem e conceituação, bem como suas hipóteses de cabimento e pressupostos lógicos e por fim todo o embate dos argumentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do tema.

Assim, serão trazidas verdadeiras situações controvertidas, como, por exemplo, se e quanto deve ser restituído pelo segurado para que seja possível a concretização da desaposentação.

Por fim, serão apresentados os pontos conclusivos do estudo desta pesquisa, destacando os pontos controvertidos e quais as soluções possíveis para tornar o instituto uma realidade prática, favorecendo, assim, as prerrogativas do maior interessado na questão: o segurado da previdência social.

2.METODOLOGIA E JUSTIFICATIVA

Com relação à metodologia, foi escolhida a pesquisa secundária de natureza bibliográfica, por ser a que se melhor

amolda a este tipo de estudo que tem como foco trazer uma boa quantidade de informações e concepções sobre o objeto de estudo, por meio das principais obras relacionadas ao tema e também de decisões judiciais.

Dessa forma, esta pesquisa justifica-se devido à negativa dos órgãos administrativos em conceder um direito visivelmente amparado por nossas regras e princípios de Direito Constitucional e Previdenciário. Como objetivo, o presente artigo visa elencar e discutir os principais pontos de embates trazidos pela doutrina do Direito Previdenciário para um estudo inicial deste instituto previdenciarista, demonstrando a sua viabilidade técnica, apesar de divergências em alguns pontos entre os próprios estudiosos do tema e, principalmente, entre “os aplicadores da lei”- o INSS, na via administrativa, e os magistrados, na via judicial.

Percebe-se então que se trata de um relevante assunto, tanto do ponto de vista acadêmico, já que é um tema em evidência no direito previdenciário, como do ponto de vista prático, pois é uma situação de fácil concretização.

3. ORIGEM E CONCEITO DA DESAPOSENTAÇÃO

Segundo as lições de Serau Junior (2013), quem estuda o tema da desaposentação deve, desde logo, ter ciência de que a conceituação do referente instituto, em termos generalistas, não é um das tarefas mais fáceis, já que ela se aplica ao RGPS e aos regimes próprios dos servidores, regimes que possuem diferenças, e, muitas vezes, não guardam uma proximidade de estrutura e administração. Destarte, há, segundo tal estudioso, uma grande dificuldade na uniformização da tarefa interpretativa para se chegar a um conceito geral da desaposentação, pois, além disso, o instituto ainda não possui previsão expressa no nosso ordenamento jurídico, sendo uma criação da doutrina e da jurisprudência.

O professor Martinez (2012) entende que o instituto da desaposentação remonta ao ano de 1973, ano no qual estava em vigor a Lei 5.890/1973, que alterou a Lei Orgânica da

Previdência Social e dispunha sobre a suspensão da aposentadoria por tempo de serviço daquele trabalhador que voltasse a trabalhar, caso em que o segurado recebia 50% da renda mensal de sua aposentadoria. Porém, se a atividade fosse cessada, o benefício seria restaurado com um acréscimo de 5% ao ano, até um máximo de 10%, sendo vedada, de modo indiscriminado, a volta ao trabalho, a partir deste teto.

Outros exemplos que remetem ao instituto da desaposentação seriam o caso da aposentadoria do juiz classista (este exercia uma função temporária), prevista na Lei 6.903/1981- extinta com a Lei 9.528/1997.

Preleciona Ladenthim (2009, p.11 apud SERAU JUNIOR, 2013, p.52) que outros institutos que podem ter sido a causa pelo aprofundamento do instituto da desaposentação tenham sido a extinção do direito ao pecúlio e ao abono de permanência, fatos ocorridos na década de 90.

O pecúlio foi extinto em 1994 pela Lei 8.870/1994, consistindo, segundo as lições de Martinez (2012), na devolução por parte do INSS das contribuições que foram vertidas ao sistema previdenciário por aquele segurado que voltou ao trabalho e contribuiu, sendo um rendimento que podia ser cumulado com qualquer outro benefício previdenciário, porquanto não era um benefício que substituía o salário. Assim, o pecúlio era o único benefício existente, dentro do RGPS, que era feito de uma única vez em dinheiro, sendo uma prestação que tinha como plano de fundo a volta do aposentado ao trabalho.

No tocante ao abono de permanência, era um benefício previsto no artigo 87 da Lei 8.213/1991- posteriormente revogado pela Lei 8.880/1994, que era devido ao segurado que preenchesse os requisitos para se aposentar por tempo de serviço integral (35 anos, homem;

30 anos, mulher) e optasse por não se aposentar, correspondente a 25% do valor da aposentadoria, não havendo uma incorporação posterior à aposentadoria ou à pensão.

Quanto a conceituação temos alguns doutrinadores adeptos de uma visão mais ampla do instituto, os juízes Castro e Lazzari (2006, p.506) entendem que a desaposentação é:

O direito do segurado ao retorno à atividade remunerada com o desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário.

Comentando esta definição, Martinez (2012) afirma que ela traz à tona um elemento não presente em outras conceituações: o elemento subjetividade. Martinez (2012), porém,

ressalva que, apesar de ser definição ampla, os estudiosos não especificaram outras prestações em que seria possível o instituto da desaposentação.

Ainda neste sentido, o ilustre professor de Direito Previdenciário Ibrahim (2011, p.35) conceitua o instituto da desaposentação nos seguintes termos:

É a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio de Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.

Como assevera Martinez (2012), esta foi uma das primeiras conceituações a considerar a amplitude do tema, dada a possibilidade de ocorrer até mesmo dentro de um RPPS ou entre dois deles. No entanto, quanto ao objetivo do instituto, não adotou o entendimento de que pode haver a desaposentação com o intuito de o segurado usufruir do simples ócio (sem o objetivo de melhorar a antiga aposentadoria). Além disso, tal conceito não aventou a possibilidade de volta ao trabalho.

Sendo assim, como um dos primeiros estudiosos do tema e mentor de uma visão mais ampla do instituto da

desaposentação, apresentamos a seguir as palavras de Martinez (2012, p.46).

Basicamente, então, a desaposentação é uma renúncia às mensalidades da aposentadoria, sem prejuízo do tempo de serviço ou do tempo de contribuição, por serem irrenunciáveis, seguida ou não de volta ao trabalho, restituindo-se o que for atuarialmente necessário para a manutenção do equilíbrio financeiro dos regimes envolvidos com o aproveitamento do período anterior no mesmo ou em outro regime de Previdência Social, sempre que a situação do segurado melhorar e isso não causar prejuízo a terceiros.

Mostrada esta última conceituação, cabe fazer duas observações: esta é uma definição que pode ser considerada “mais do que ampla” visto que se abre possibilidade para aplicação do instituto em diversas situações, porquanto tanto as hipóteses de cabimento (envolvendo o RGPS e RPPS) quanto os objetivos da aplicação do instituto - um “*plus*” financeiro na aposentadoria do segurado ou mesmo uma renúncia com objetivo apenas de usufruir o ócio, desde que não cause prejuízo a terceiros- são vistos como casos em que a desaposentação pode ser configurada em um caso concreto.

Parece ser mais acertada a definição de professor Ibrahim (2011), pois enfatiza a necessidade de desaposentação apenas mediante a uma melhora no benefício a ser usufruído pelo segurado e não abre a possibilidade de obtenção prática do instituto desvinculada a um objetivo claro e preciso. Neste diapasão, este eminente estudioso (2011, p.38) expõe com as sábias palavras:

[...] não creio ser adequada a definição ampla e abrangente, no sentido de permitir a desaposentação desvinculada de qualquer outro benefício a ser concedido. Acredito que isso poderia, no futuro, gerar algum tipo de

desaposentação forçada para os segurados já jubilados por motivos diversos. O abandono mínimo do necessário à vida deve ser sempre algo fundamentado.

Para encerrar este tópico de discussão e, ao mesmo tempo, apresentar algumas lições que serão importantes nos desdobramentos do próximo ponto de estudo, como as hipóteses de cabimento do instituto da desaposentação, o estudioso Serau Junior (2013, pág.53) sintetiza três sentidos, que, juntos, podem configurar, segundo os vários doutrinadores do tema, uma visão ampla da desaposentação. São estas:

- a) Renúncia, pura e simples, ao benefício previdenciário já implementado;
- b) Renúncia a uma aposentadoria quando existir concomitância entre aposentadorias concedidas administrativamente e judicialmente;
- c) Renúncia a uma aposentadoria, já implementada, para aproveitamento do respectivo tempo de contribuição/serviço, inclusive tempo de serviço/contribuição posterior na perspectiva de obtenção de nova e melhor aposentadoria.

Serau Junior (2013), apesar de citar esta primeira situação como ensejadora da desaposentação, não concorda que, neste caso, possa haver a desaposentação, fazendo tal citação apenas por respeito doutrinário a outros estudiosos. Analisar-se-á estas três situações e outros desdobramentos no próximo tópico deste trabalho, denominado “hipóteses de cabimento da desaposentação”.

3.1 HIPÓTESES DE CABIMENTO DA DESAPOSENTAÇÃO

O primeiro grupo, no bojo do RGPS, ocorre, segundo Martinez (2012), quando o segurado, em situações excepcionais (desempregado ou com uma vida financeira difícil) se aposenta

recebendo uma aposentadoria com uma renda mensal inicial na casa dos 70% do salário de benefício. Tão baixo valor se deve à aplicação do fator previdenciário da Lei 9.876/1999 (enquanto os dispositivos dessa lei foram mantidos em vigor, já que hoje esse fator está previsto no artigo 29 da Lei 8213/1991). No entanto, esse mesmo indivíduo, em um momento posterior, acaba vertendo contribuições para o sistema, pois muitas vezes continua trabalhando para a mesma empresa, arrepende-se da solicitação que fez e pensa em receber a aposentadoria integral, dado o preenchimento das condições paratanto.

O segundo grupo - dentro de um RPPS - ocorre, segundo Ibrahim (2011), quando um servidor se aposenta precocemente por este regime próprio, mas mantém-se ou volta a ser

filiado a este mesmo regime, via concurso público, abrindo mão de receber os rendimentos da aposentadoria para receber a remuneração do cargo. Desta maneira, haverá uma contribuição para este RPPS e também a formação de um novo tempo de contribuição.

O terceiro grupo - RGPS para um RPPS - é a hipótese mais comum e discutida pela doutrina pátria. Seguindo as lições de Ibrahim (2011), tal hipótese ocorre quando o segurado tiver vinculação ao RGPS e, já usufruindo da aposentadoria, tiver êxito em um concurso público, vinculando-se, desta maneira, a um RPPS. Tomando posse no cargo, Ibrahim (2011) afirma que é natural o aposentado (e agora servidor público) querer averbar o seu tempo de contribuição referente à aposentadoria pelo RGPS ao novo regime, algo não permitido por já gozar da aposentadoria no regime anterior. Diante disso, surge a aplicação do instituto da desaposentação, que teria, no caso, o objetivo de cessar o vínculo do segurado com o RGPS via desfazimento do ato concessório da aposentadoria. Possibilitando, assim, a emissão de uma certidão com o tempo de contribuição, que seria usada para uma averbação no respectivo regime próprio o qual o servidor fosse vinculado.

O quarto grupo, aposentadoria proporcional para uma aposentadoria integral, ocorre, segundo Martinez (2012), quando, no âmbito do RGPS, há uma renúncia de uma aposentadoria proporcional (de uma mulher, por exemplo, com 25 anos a 29 anos de idade e de um homem com 30 a 34 anos) com o objetivo de obter uma aposentadoria integral, já que atingiram, respectivamente, 30 e 35 anos de contribuição. Assim, geralmente, havendo um aumento de 70% para 100% do salário de benefício.

3.2 PRESSUPOSTOS LÓGICOS PARA A DESAPOSENTAÇÃO

O primeiro pressuposto que deve ser observado, nas palavras de Serau Junior (2013), é uma aposentadoria sendo usufruída pelo segurado, ou seja, plenamente em vigor. Destarte, haverá uma desconstituição de uma prestação legítima regularmente concedida.

O segundo pressuposto lógico é, segundo Serau Junior (2013), a necessidade de haver um ato de renúncia à aposentadoria, seguida, posteriormente, de uma nova aposentadoria. Vertente “restrita”, neste caso, pois Martinez entende que é possível haver apenas a renúncia sem uma posterior obtenção de um novo benefício. Tal renúncia deve ser praticada, segundo Martinez (2012), por sujeito de direito capaz e que esteja no exercício pleno de seus direitos.

Martinez (2012), sendo um doutrinador com uma visão ampliativa do tema, ainda traz outra curiosa situação como possível objetivo para desaposentação: se desaposentar, para

receber menos, caso isso traga alguma forma de felicidade para o segurado, mesmo que isso não seja moralmente “admitido”.

Neste ponto, dá-se mais relevo a corrente mais restrita, que entende que o instituto técnico só pode ser concretizado se a renda mensal do benefício posterior for aumentada

pecuniariamente. Nesse sentido, os autores Correia E.P.B. e Correia M.O.G. (2007, p.290 apud MARTINEZ, 2012, p.82):

Portanto, não havendo qualquer óbice legal à renúncia e redundando esta em um benefício para o segurado, não há como se inviabilizar a desaposentação

- que trata exatamente da possibilidade jurídica da renúncia à aposentadoria para a obtenção de uma situação jurídico-previdenciário favorável.

Outro pressuposto lógico da desaposentação citado por Martinez (2012) é a ausência de prejuízo aos planos de benefícios do RGPS ou de algum RPPS. Neste ponto, este doutrinador entende que deve haver uma volta ao *statu quo ante*, ou seja, que o segurado e as suas respectivas contribuições sejam colocados como se este não tivesse sido aposentado, havendo um acerto de contas dentro do próprio regime ou entre regimes distintos.

Como último pressuposto da desaposentação, até que se produzam seus efeitos práticos e jurídicos entre os diversos atos administrativos do pedido, Martinez (2012) dispõe sobre um último ato: o pedido de encerramento do benefício em manutenção a partir de certa data-base.

Desta maneira, Martinez (2012) entende que com este ato o tempo de contribuição que foi utilizado para a primeira aposentação deixará de existir e poderá ser usado para fruição de um novo benefício, no mesmo ou entre regime. Ressaltando, porém, que se após este ato final o segurado desistir por algum motivo da desaposentação, a primeira aposentadoria poderá ser restabelecida a contar da manifestação expressa do segurado.

4.DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS E DOUTRINÁRIAS

Existe um embate entre os argumentos usados pelo INSS para negar a viabilidade do instituto na via administrativa, além dos argumentos usados pela doutrina e jurisprudência,

mormente, em sentido contrário, de possibilidade técnico-jurídica do novel instituto, apesar das imperfeições da nossa legislação.

Neste ponto, portanto, que serão apresentadas diversas decisões dos magistrados da justiça federal e algumas do STJ e STF.

4.1 LEGALIDADE DA DESAPOSENTAÇÃO

Um dos argumentos utilizados pelo órgão gestor dos benefícios previdenciários, o INSS, para negar a aplicabilidade da desaposentação é falta de previsão legal do instituto, fundamentando a negativa do deferimento da desaposentação nos seguintes dispositivos legais:

Art.181-B.As aposentadorias por idade, por tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social,na forma deste regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis.

Art. 18,§ 2º. O aposentado pelo Regime Geral de Previdência- RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a esta prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

Rebatendo o argumento, Ibrahim (2011) afirma que esta é uma visão distorcida do princípio da legalidade por parte da Administração Pública. Isso porque o correto entendimento deste princípio é que ao cidadão é possível fazer tudo que não se proíbe. Já a Administração só pode fazer aquilo permitido pela lei. Assim, se não há uma proibição propriamente dita, esta não pode restringir um direito do segurado, sendo a autorização permitida.

Constitucionalmente, também não temos nenhuma vedação à desaposentação. Pelo contrário, há dispositivo assegurando a contagem recíproca de tempo de

contribuição na administração pública e na atividade rural urbana, *in verbis*:

§ 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.

Portando, é de se reconhecer que a legislação pátria precisa melhorar, pois é necessária uma regulamentação clara e precisa sobre a possibilidade do pedido de desaposentação. Os dispositivos trazidos pelo INSS não podem servir de impedimento para um pleito do trabalhador, já que tais preceitos legais, conforme ensina Ibrahim (2011), em nenhum momento dispõem que as contribuições dos trabalhadores em nada poderiam favorecer o trabalhador.

4.2 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO NOVO BENEFÍCIO

Segundo Ibrahim (2011) há um correto entendimento dos Tribunais de aplicar, no Direito Previdenciário, a lógica do *tempus regit actum*. Ou seja, o trabalhador deve ser

aposentado de acordo com a legislação vigente no momento do requerimento do benefício, não podendo, portanto, querer “*levar vantagem*” com o surgimento de uma nova lei mais favorável tentando desfazer o jubramento. Nesse sentido, ele também afirma que não há direito adquirido a regime jurídico, isto é, quando o segurado for tentar agregar seu novo tempo contributivo com um intuito de obter uma nova aposentadoria, deve reger tal ato a legislação vigente.

Partindo dessa noção, Ibrahim (2011) levanta a hipótese de um segurado aposentado saber da notícia de uma nova lei mais favorável aos segurados, no tocante à aposentadoria, tentar a “desaposentação” da seguinte forma: contribuindo apenas um mês como contribuinte individual (segurado que não

tem um vínculo empregatício) apenas com o intuito de seu benefício ser deferido de acordo com a nova legislação, ou seja, enquadrar-se na nova regra de aposentadoria.

Ibrahim (2011) entende que uma situação como esta geraria um desequilíbrio atuarial e financeiro, além da dificuldade de “*ficar revendo o passado*” toda vez que uma nova lei previdenciária fosse editada.

Destarte, com o escopo de evitar que a desaposentação seja usada como meio indireto de obter um proveito da nova legislação mais benéfica Ibrahim (2011) sugere que uma lei ordinária seja editada e preveja um tempo mínimo de contribuição. Isso evitaria, por exemplo, que os segurados requeressem a desaposentação de mês em mês, por exemplo.

4.3 MORALIDADE DA DESAPOSENTAÇÃO

Algumas vozes na doutrina levantam o argumento de que o instituto da desaposentação é imoral, principalmente nos casos em que esta é concretizada em algum RPPS, com uma consequente obtenção de altos valores, muitas vezes, superiores aos concedidos pelo RGPS.

Rebatendo tal argumento, Ibrahim (2011) lembra que a contagem recíproca de tempo de contribuição é garantida pela nossa Constituição Federal. Aliás, a própria moralidade pode justificar a desaposentação, já que não há sentido em Administração Pública manter o segurado na condição de aposentado “forçadamente”. Apesar de termos um regime de repartição simples no RGPS, a falta de contrapartida é de causar estranheza a qualquer um, pois o mais natural seria o segurado que voltou a contribuir ter um novo benefício mais vantajoso.

4.4 SUPOSTA VIOLAÇÃO AO ATO JURÍDICO PERFEITO

Outro argumento utilizado pelo INSS para negar a possibilidade de concretização da desaposentação é que tal instituto viola o ato jurídico perfeito, já que quando há a concessão da primeira aposentadoria, entende-se que o ato

administrativo que deferiu o benefício seria dotado de tal característica.

A doutrina e jurisprudência, no entanto, afirmam que essa é uma visão errada da Administração Pública do que seja o ato jurídico perfeito. O artigo 5º, inciso XXXVI da nossa Constituição, preconiza que “a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”, sendo tais preceitos constitucionais considerados verdadeiras garantias para o cidadão, no sentido de assegurarem uma segurança jurídica em atos que foram regularmente perfectibilizados.

Segundo Martinez (2012, p. 162), este argumento do INSS não se sustenta, já que:

No caso em tela, o ato jurídico perfeito é uma proteção do cidadão e não do órgão gestor. Nessas exatas condições os responsáveis pela seguradora não poderão ser penalizados por atender à pretensão do indivíduo de se desaposentar. (...) Compondo o patrimônio jurídico do indivíduo, uma segurança sua, o ato jurídico perfeito não pode ser arguido, contra ele, petrificando condição gessadora de um direito maior, que é o de legitimamente melhorar de vida. Por ser produto dessa proteção constitucional, a Administração Pública não poderá *ex officio* desfazer aposentação. Porém, o indivíduo que teve e tem o poder de requerer deve ter o direito de desfazer o pedido.

Para encerrar as discussões deste tópico, vale trazer à tona mais um argumento do autor Martinez (2012), que só corrobora a tese doutrinária de que a desaposentação não viola o ato jurídico perfeito.

Tal doutrinador lembra que o papel da Administração Pública na formação do ato jurídico perfeito surgido com a concessão da aposentadoria não é dos mais relevantes (considerando-se o papel do segurado), já que não há uma

concessão absoluta e unilateral por parte do Poder Público, a qual não atribui validade, propriedade e substância jurídica ao ato jurídico que nasce com o deferimento do benefício. Decerto, por parte da Administração Pública, há apenas uma formalização do pedido de aposentadoria, a qual é declarada existente e possível de exercício por parte do beneficiário.

4.5 DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS

O principal foco de embate do tema da desaposentação é, sem sombra de dúvidas, a discussão acerca da necessidade, após a renúncia à aposentadoria, da devolução dos valores recebidos por usufruir desta primeira prestação. De todo modo, este é um ponto ainda polêmico, intrincado e que divide a doutrina e os magistrados da justiça federal, sobretudo, pois está ligado umbilicalmente à quebra ou não do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema financeiro.

Desde já, ressalta-se que duas correntes principais podem ser visualizadas entre aqueles que aceitam a renúncia à aposentadoria para fins de desaposentação: os que são contrários à restituição dos valores recebidos (corrente majoritária tanto na doutrina como na jurisprudência) e os que são favoráveis à restituição (corrente minoritária).

4.5.1 Teses doutrinárias contrárias à restituição

Entre os defensores da primeira corrente, Ibrahim (2011) entende que é dispensável qualquer compensação financeira entre os regimes básicos de previdência social a fim de que se concretize a desaposentação, porquanto em nenhuma das duas hipóteses de desaposentação por ele aventadas há um prejuízo para o sistema contributivo previdenciário.

Por tal razão, o autor dispõe sobre a desaposentação feita no mesmo regime previdenciário (situação bem mais frequente do RGPS) e a que é feita em outro regime previdenciário (hipótese frequente no caso de aposentação pelo RGPS e volta ao trabalho por posse em um cargo público efetivo).

Quanto ao primeiro caso, Ibrahim (2011, p.64) refuta a noção de prejuízo para o equilíbrio financeiro e atuarial do RGPS da seguinte maneira:

No primeiro caso, ou seja, da desaposentação no mesmo regime, não há de se falar em restituição de valores percebidos, pois o benefício de aposentadoria, quando originariamente concedido, tinha o intuito de permanecer no restante da vida do segurado. Se esta deixa de receber as prestações vindouras, estaria, em verdade, favorecendo o regime previdenciário.

(...) A desaposentação não se confunde com a anulação do ato concessivo do benefício, por isso não há que se falar em efeito retroativo do mesmo, cabendo tão somente sua eficácia *ex nunc*. (...) A desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado. Não faz o menor sentido determinar a restituição de valores fruídos no passado.

No tocante à segunda hipótese frequente de desaposentação, o referido autor faz um contraponto entre as espécies de regimes financeiros: o regime de cotização (capitalização individual) e o de repartição simples (“poupança coletiva”, a dotado por nossos regimes públicos de previdência). Concluindo que só no primeiro regime é necessário haver uma restituição.

As didáticas palavras de Ibrahim (2011, p.64-65), neste caso, são estas:

(...) Se este regime se mantém mediante sistema de capitalização individual, o desconto é adequado, pois, em tal sistemática previdenciária, o benefício é concedido a

partir da acumulação de capitais em conta individual, variando o benefício de acordo com o nível contributivo e o tempo de acumulação.

Somente neste contexto pode-se considerar acertada a afirmativa de NOVAES, ao expor que: *A desaposentação implica necessariamente na devolução dos valores recebidos da Previdência Social, que retornam aos seus cofres. Ao contrário, tipifica enriquecimento ilícito e prejuízo para o universo previdenciário (...).*

A evidência de vantagem indevida pela ausência de restituição de valores recebidos somente é passível de identificação em sistemas de capitalização, na medida em que há verdadeira correspondência entre cotização e benefício percebidos.

Todavia, sendo o regime financeiro adotado o de repartição simples, como nos regimes *previdenciários* públicos em nosso país, não se justifica tal desconto, pois o benefício não tem sequer relação direta com a cotização individual, já que o custeio é realizado dentro do sistema de *pacto intergeracional, com a população atualmente ativa sustentando benefícios dos hoje ativos.*

Como defensores desta primeira corrente, podemos colacionar, segundo Serau Júnior (2013), os seguintes doutrinadores: os juízes federais Castro, Lazzari e Tavares; o estudioso Serau Junior o advogado previdenciarista Vieira Marcelo; a doutra Ladenthim; os professores M.O.G.Correia e E.P.B.Correia.

4.5.1 Teses doutrinárias favoráveis à restituição

O mentor doutrinário da segunda corrente é Martinez (2012), que, comentado a tese de Ibrahim (2011), afirma que o pensamento deste doutrinador é válido dentro do RGPS ou de

um RPPS, ou seja, caso estes regimes sejam de repartição simples a desaposentação é possível sem desequilíbrio financeiro e atuarial apenas dentro deles, já que não há a presença da solidariedade entre os diferentes regimes, ou seja, se ocorrer a desaposentação sem a restituição, o regime de origem seria prejudicado.

Neste diapasão, mesmo sendo a favor da restituição dos valores recebidos a título de primeira aposentadoria - a fim de não prejudicar o equilíbrio financeiro e atuarial do regime de origem -, o próprio Martinez (2012, p.145-147) reconhece que a aferição do *quantum* a ser restituído é uma tarefa árdua pelos seguintes motivos: (...) A variedade de regimes e modalidades de contribuição, conforme o tipo de segurado, impossibilitam a aferição do quantum necessário, especialmente na falta de regulamentação legal, a ponto de impor a definição legal.

A análise combinatória da dualidade de regimes (repartição simples e de capitalização), de tipos de planos (benefício definido, misto e contribuição definida), tábuas de mortalidades (...) e renda inicial (...), acrescidas das particularidades de cada regime, suscitam complicadores invencíveis.

(...) Lembrando que existem 5.565 municípios, com cerca de 3.000 RPPS no país, raciocínio que não pode ignorar a tábua de mortalidade que cada um dele adotou.

Em relação às escolas existentes dentro desta corrente, Martinez (2012) afirma que podem ser visualizadas algumas. Há os que defendem a “devolução integral”. Esta, contudo, é inviável por ser de alto custo caso o segurado queira desaposentar-se depois, por exemplo, de

25 anos de usufruto da aposentadoria. Outros defendem “um desconto tabelado” de no máximo 30%, uma analogia ao artigo 154 da Lei 8213/1991, que trata de descontos legais permitidos

no benefício do segurado. O autor afirma que essa corrente surgiu do fato de que alguns magistrados sentenciam no sentido da restituição, mas, muitas vezes, são omissos quanto aos valores e aos critérios de quantificação.

Por fim, há também os defensores da “devolução parcial”, expressão usada por doutrinadores ao mesmo tempo em que não explicam o *quantum*, entendendo Martinez (2012) que se trata da “restituição necessária”.

Essa restituição necessária seria, segundo ensinamentos de Martinez (2012,p.150) o: “[...] restabelecimento do *status quo ante*, observados os imprescindíveis parâmetro atuarias”. Na mesma linha de raciocínio, Duarte (2003, p.73 apud MARTINEZ, 2012, p.151) pensa na restituição como: “aquilo que foi recebido da Previdência Social como meio de não lhe causar prejuízo”.

Como parâmetro de cálculo a ser usado para que este “valor necessário” seja devolvido a fim de evitar o prejuízo ao regime de origem, Martinez (2012, p.148) conclui:

O certo é que o cálculo do *quantum* a ser restituído é matéria de atuária financeira e, além de exigir da lei o seu mecanismo específico, nesse particular somente depois de Nota Técnica do matemático é que a desaposentação deveria ser encaminhada.

Esse matemático terá de se cingir não ao que for necessário para que o regime instituidor possa pagar a prestação mensal que virá, mas também não causar desequilíbrio no regime de origem com a renúncia do segurado; ele tem de pensar nos dois planos de benefícios.

Em síntese, as duas principais correntes decorrentes desta celeuma fazem a seguinte argumentação: os primeiros defendem a não restituição de valores, já que se a desaposentação ocorrer no mesmo regime previdenciário é, na verdade, apenas um recálculo da aposentadoria

já recebida, devido às novas contribuições. Se ocorrer em regimes diferentes, não há necessidade de restituição se o regime financeiro de origem for o de repartição simples, pois não há uma relação direta entre contribuição e benefício, além de os recursos acumulados serem utilizados em um lapso temporal menor que o previsto.

Os segundos, por sua vez, defendem a restituição apenas quando a desaposentação envolver dois regimes diferentes, pois não existe mais a solidariedade entre os regimes desde o surgimento da Lei n. 9.796/1999, que trata do acerto de contas entre os regimes. Assim, nesta visão, capitaneada por Martinez (2012, p. 146): “(...) se alguém portar uma CTC, em razão da inexistência, de solidariedade entre os regimes, necessariamente terá de carrear também os capitais acumulados que viabilizem o cômputo do tempo passado”.

4.6 POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E DO STF

Neste ponto, será exposta a posição jurisprudencial no tocante à restituição ou não dos valores recebidos a título de primeira aposentadoria, trazendo os posicionamentos dos nossos Tribunais Regionais Federais (TRFs), da Tuma Nacional de Uniformização (TNU), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF).

O STJ já possui jurisprudência mansa e pacífica na aceitação da desaposentação, uma vez que esta corte entende que a aposentação é um mero direito patrimonial disponível, podendo ser renunciada. Quanto à devolução dos valores recebidos, no caso de uma desaposentação do RGPS para um RPPS, entende que não há o que se falar em devolução dos valores usufruídos pelo segurado a título de aposentadoria. Nesse caso, há necessidade, porém, de haver uma compensação financeira, de acordo com a lei, entre os regimes. Sendo assim, essa converge com a tese supracitada de Ibrahim e outros autores. O STJ fundamenta a desnecessidade de devolução do recebido na natureza alimentar dos benefícios recebidos e na boa-fé dos beneficiários.

Neste contexto, assumem relevo dois julgados do STJ. O primeiro é uma decisão da primeira Seção da corte, proferida em 08 de maio de 2013, disponibilizada no informativo nº 520 no site do STJ. É uma decisão paradigmática, no sentido de que foi tomada no rito dos recursos repetitivos, tendo como consequência orientar a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais. Assim, encerraram-se eventuais divergências, dentro do próprio STJ, quanto à restituição. Além disso, o entendimento deve ser utilizado nos recursos que ficaram sobrestados à espera da decisão do STJ. Tal informativo tem o seguinte teor

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO E
DESNECESSIDADE

DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS EM
RAZÃO DA APOSENTADORIA ANTERIOR. RECURSO
REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ).

É possível a renúncia à aposentadoria por tempo de serviço (desaposentação) objetivando a concessão de novo benefício mais vantajoso da mesma natureza (reaposentação), com o cômputo dos salários de contribuição posteriores à aposentadoria anterior, **não sendo exigível, nesse caso, a devolução dos valores recebidos em razão da aposentadoria anterior**. Precedentes citados: AgRg no REsp 1.270.606-RS, Sexta Turma, DJe 12/4/2013; AgRg no REsp 1.321.325- RS, Segunda Turma, DJe 20/8/2012, e AgRg no REsp 1.255.835-PR, Quinta Turma, DJe 12/9/2012. [REsp 1.334.488-SC](#), Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 8/5/2013.

O segundo é também neste sentido, mas enfatiza o caráter de disponibilidade da aposentadoria. A decisão é da quinta turma do STJ, tendo sido esta proferida em 17 de setembro de 2013 (disponibilizada no DJE em 23 de setembro de 2014). Segue o seu teor:

(...) 2. Nos termos da jurisprudência pacificada nesta Corte de Justiça, "os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-

se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento." (REsp 1.334.488/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Primeira Seção, DJe de 14/05/2013)

Quanto ao posicionamento dos Tribunais Regionais Federais, antes da decisão orientadora do STJ em sede de recurso repetitivo de 14 de maio de 2013, se tinha o seguinte quadro: o TRF da 3ª região e o TRF da 4ª entendiam que deveria haver a devolução, mas, posteriormente, consolidaram-se no sentido da não restituição de valores. No TRF da 5ª região, o posicionamento predominante era no sentido da restituição, apesar de pequenas vezes adotarem o entendimento de que a desaposentação não era viável juridicamente. Seja porque a desaposentação viola o ato jurídico perfeito, seja porque a desaposentação possui vedação legal (este último entendimento já foi visto em julgado presente no tópico anterior). O TRF da 1ª região e o da 2ª região sempre se alinharam ao posicionamento majoritário do STJ: possibilidade da desaposentação, sem restituição de valores.

Quanto ao posicionamento da Turma Nacional de Uniformização, o órgão de cúpula dos Juizados Especiais Federais, vale apontar apenas uma decisão desta turma, mas que representa muito bem o seu entendimento no tocante à desaposentação, ou seja, que é possível a desaposentação, desde que haja a devolução dos valores recebidos. Além disso, para este órgão, se não houver a devolução, haverá um desequilíbrio do sistema atuarial e financeiro previdenciário. Além de, em tese, poder se configurar o locupletamento, de modo ilícito, dos beneficiados pela desaposentação.

Quanto ao posicionamento do STF, O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em sessão no dia 26-10-

2016, considerou inviável o recálculo do valor da aposentadoria por meio da desaposentação. Por maioria de votos, os ministros entenderam que apenas por meio de lei é possível fixar critérios para que os benefícios sejam recalculados com base em novas contribuições decorrentes da permanência ou volta do trabalhador ao mercado de trabalho após concessão da aposentadoria.

Foram julgados sobre o tema os Recursos Extraordinários (RE) 381367, de relatoria do ministro Marco Aurélio, 661256, com repercussão geral, e 827833, ambos de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso.

Prevaleceu o entendimento do ministro Dias Toffoli, apresentado na sessão de 29 de outubro de 2014. Ele afirmou que, embora não exista vedação constitucional expressa à desaposentação, também não há previsão desse direito. O ministro Toffoli salientou que a Constituição Federal dispõe de forma clara e específica que compete à legislação ordinária estabelecer as hipóteses em que as contribuições previdenciárias repercutem diretamente no valor dos benefícios, como é o caso da desaposentação, que possibilitaria a obtenção de benefício de maior valor a partir de contribuições recolhidas após a concessão da aposentadoria.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entendida como a renúncia das mensalidades de um benefício previdenciário regular e legítimo, usufruído pelo segurado, seguida, como regra, de uma nova aposentação mais benéfica, pode-se afirmar que a desaposentação é um direito subjetivo dos segurados da previdência social.

Com a pesquisa jurisprudencial e doutrinária, foi constado que este novo instituto técnico (surgido, basicamente, devido ao fim do pecúlio e do abono de permanência) tem um amplo apoio dos magistrados e dos estudiosos, os quais rebatem, por meio de uma hermenêutica “pró-segurado”, com amparo na Constituição Federal e em princípios previdenciários, os entendimentos contrários ao instituto, principalmente do INSS.

Além disso, a desaposentação não se confunde com outros institutos técnicos previstos na nossa legislação, como, por exemplo, a revisão das mensalidades e a reversão, por exemplo. Tais situações levantadas pela doutrina demonstram que a desaposentação é um instituto inédito, não “nascido das mãos do legislador”. Contudo, preserva um manifesto matiz legal.

Registre-se que apesar de imperfeições da legislação em razão da inexistência de dispositivos legais que impeçam a concretização do instituto, não há a violação do ato jurídico perfeito com a sua aceitação. Assim é, pois este atributo constitucional visa proteger o cidadão contra medidas temerárias do Estado, e não restringir uma busca de uma melhor qualidade de vida do trabalhador que contribui - após voltar ao trabalho, mas se vê basicamente sem contrapartidas, já que a legislação apenas assegura dois benefícios a quem está nestas condições: o salário-família e a reabilitação profissional. Sendo esta uma regra injusta, dada a carga contributiva obrigatória a que se submete o segurado.

Outros argumentos levantados pela via administrativa para negar o instituto, como, por exemplo, a moralidade da pretensão, ou a quebra do equilíbrio financeiro e atuarial, não se mostram suficientes, conforme abordado no último capítulo.

A negação da aplicação do instituto pela via administrativa acarreta uma solução da problemática pela via judicial. Conforme demonstrado, a ampla maioria dos magistrados vinham aceitando o instituto da desaposentação, sendo poucas as vezes em sentido contrário.

O único ponto que ainda causava grandes tensões era apenas um: a devolução ou não dos valores recebidos a título de primeira aposentadoria. Mesmo assim, foi visto que os Tribunais Federais atualmente, como regra, decidiam no sentido da não necessidade da restituição dos valores. Sendo esse o entendimento do STJ, que, recentemente, por meio do Recurso Especial 1.334.488, adotou a tese pela não necessidade da devolução. Posição que deveria, em tese, ser seguida pelos

magistrados dos Tribunais Federais. De outra banda, a TNU é favorável à aplicação da desaposentação, desde que ocorra a devolução dos valores recebidos pelo segurado a título de primeiro benefício. O STF, como visto, decidiu de forma contrária a aplicação de tal instituto.

Como solução para este confronto de posicionamentos entre a Administração, representada pelo INSS; e a via judicial, representada pelos magistrados (ou mesmo pelos embates de argumentos entre os próprios magistrados e estudiosos) o caminho mais natural para que a desaposentação, direito legítimo dos segurados, seja preservado(a) é a regulamentação da matéria pelo Poder Legislativo, já que o STF não acolheu a tese da desaposentação. A explicação para isso é que este poder constitucional possui a mais ampla e legítima competência para regular temas sociais de importância, devendo ser o Poder Judiciário apenas uma via subsidiária a ser usada pelos segurados, principalmente, em temas como estes, que envolvem um direito fundamental.

Apesar de tentativas neste sentido (projetos de leis tratando do tema foram vetados), espera-se que após este enfrentamento do mérito do tema pelo STF faça com que os

legisladores reflitam e resolvam esta “mora legislativa”. Tornando, assim, este instituto, que é legal (apesar de não previsto), mais fácil de ser buscado e concretizado pela via administrativa. Assim, espera-se que pontos como, por exemplo, a restituição ou não dos valores, periodicidade em que o pedido pode ser feito, sejam expressamente tratados na legislação.

Enquanto isso se aplaude o posicionamento ativista da maioria do Poder judiciário que vinha acatando até então a tese da desaposetação, já que cabe a este resguardar direitos fundamentais dos segurados e pensionistas, especialmente, em situações de “inércia legislativa”.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito e Processo Previdenciário Sistematizado**. 3.ed Salvador: Juspodvim, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

>Acesso em 18 de set. de 2016.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 7ª edição. São Paulo: LTR, 2006.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposeitação**. 5ª edição. Niterói: Impetus, 2011.

_____. **Curso de Direito Previdenciário**. 12ª edição. Niterói: Impetus, 2008.

LOPES CAVALCANTE, Márcio André. **Comentários à nova Súmula Vinculante 33 do STF**. Disponível em [vinculante-33.html](#)> Acesso em 23 de abr. de 2016.

MARTINEZ, Wladimir Novas. **Desaposeitação**. 5ª edição. São Paulo, 2012.

PLANO DE BENEFÍCIO DA SEGURIDADE SOCIAL. Lei 8.213/1991. Disponível em

:>.Acesso em : 17 de set. de 2016.

PLANO DE CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL. Lei 8.212/1991. Disponível em:

[tp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)>

.Acesso em: 17 de set. de 2016.

REGULAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL. Decreto 3.048/1999. Disponível: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm>.

Acesso em: 18 de set. de 2016.

SANCHEZ, Adilson; XAVIER, Victor Hugo. **Advocacia previdenciária**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Desaposentação: Novas Perspectivas Teóricas e Práticas**. 4ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 2013.

Superior Tribunal de Justiça, 2013. **AgRg no REsp 1308683 / RS**. Relator: Herman Benjamin. Julgado em 06/12/2012. Publicação: DJe 19/12/2012. Disponível em: w.stj.jus.br.

Acesso em: 15 de set. de 2016.

VIEIRA DE MELO,
Fernando. **Desaposentação: Manual Teórico e Prático para o encorajamento em enfrentar a matéria**. Rio de Janeiro. JH. MIZUNO, 2013.

A IMUNIDADE EXECUTIVA DOS BENS AFETOS ÀS MISSÕES DOS ORGANISMOS INTERNACIONAIS EM SOLO NACIONAL

ALOYZIO ALVES DA COSTA

NETO: Graduado em direito pelo Centro Universitário de Belo Horizonte - UNI/BH -, pós-graduado em Direito Previdenciário e em Direito Ambiental pela Universidade Estácio de Sá, Membro da Advocacia-Geral da União.

RESUMO: Tendo em vista a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas (Decreto nº 27.784/1950) e a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas (Decreto nº 52.288/1963) não restam dúvidas de que os respectivos tratados assinados e incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro ratificam a aplicabilidade do art. 5º, parágrafo segundo, da Constituição Federal. Sendo assim, imprescindível a necessidade de observar a imunidade executiva dos organismos internacionais, principalmente no que tange aos atos de constrição dos bens afetos às suas missões.

Palavras Chaves: Direito Internacional Público. Imunidade executiva dos Organismos Internacionais. Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas (Decreto nº 27.784/1950). Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas (Decreto nº 52.288/1963). Impossibilidade de execução de bens afetos às atividades/missões.

1 – INTRODUÇÃO

Este estudo tem o intuito de demonstrar a validade dos Decretos 27.784/1950 e 52.288/1963 que ratificaram e incorporaram ao ordenamento jurídico brasileiro todas as cláusulas contidas nas Convenções sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas e sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas, especialmente aquela que trata da imunidade executiva dos bens afetos às missões das diversas Agências Especializadas da ONU no Estado Brasileiro.

Portanto, observada a ratificação de ambos tratados internacionais pelo ordenamento jurídico brasileiro, entende-se que a interpretação da imunidade executiva dos entes internacionais há que ser interpretada restritivamente, à luz da jurisprudência, devendo ser considerados como objeto de eventual execução/construção somente aqueles bens que não integram o acervo material do organismo internacional em missão, não cabendo ampla interpretação aos casos concretos.

Segundo Paulo Henrique Gonçalves Portela^[1]:

“Em princípio, as regras relativas às imunidades das organizações internacionais encontram-se estabelecidas dentro de seus atos constitutivos ou em tratados específicos, celebrados com o Estado com os quais o organismo internacional mantenha relações.

Dessa forma, o tema das imunidades das organizações internacionais tem como ponto de partida o Direito convencional, ao contrário da imunidade de jurisdição estatal, ainda frequentemente fundamentada em normas costumeiras.”

Importante ressaltar que estamos a tratar somente da imunidade executiva, imunidade de jurisdição não será abordada neste ensaio. Tal estudo possui pertinência lógica, posto que, não raro, nos deparamos com decisões judiciais, em sua maioria, oriunda da Justiça do Trabalho, que simplesmente desconsideram a natureza e o regramento jurídico aplicável às organizações internacionais, fazendo incidir atos executivos/construtivos de bens afetos as missões.

Assim o fazem porque o assunto passa pelo campo da proteção e promoção dos direitos humanos, envolvendo pagamento de verbas trabalhistas a ex-funcionários dessas entidades. Tais feitos tem caráter alimentar e se encontram, diretamente vinculados à garantia da dignidade humana, ou seja, temos de fato uma espécie de tensão dialética entre normas/valores de índole igualmente constitucionais.

Cito como exemplo o Recurso de Revista (RR - 824-39.2006.5.10.0003 - Data de Julgamento: 21/05/2014)[2]. Em tal julgado, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, em sede de execução, apreciou recurso de revista interposto pela Organização das Nações Unidas, dando provimento ao apelo, para afastar medidas executivas, oriundas das instâncias ordinárias, que recaiam sobre bens afetos a missão da Organização em solo nacional, tal situação estava a impedir substancialmente o desempenho das atividades.

2 – DESENVOLVIMENTO:

Extraí-se do texto disposto em ambas as Convenções Internacionais tratadas neste estudo que as organizações internacionais possuem regras escritas garantindo de forma inequívoca a imunidade de execução dos bens afetos às suas missões, senão vejamos:

“Decreto nº 27.784/1950

(...)

Artigo 2º

Seção 2 - A Organização das Nações Unidas, seus bens e haveres, qualquer que seja sua sede ou o seu detentor, gozarão de imunidade de jurisdição, salvo na medida em que a Organização a ela tiver renunciado em determinado caso. fica entendido, porém, que a renúncia não pode compreender medidas executivas.

(...)

Seção 3 - As instalações da organização são invioláveis. Os seus bens e patrimônio, onde quer que estejam situados e independentemente do seu detentor, estão a salvo de buscas, requisições, confiscos, expropriações ou qualquer outra medida de constrangimento executiva, administrativa, judicial ou legislativa.” (...)

“Decreto nº 52.288/1963

(...)

2ª Seção - Cada país parte nesta Convenção a respeito de qualquer agência especializada à qual esta Convenção se tenha tornado aplicável de acordo com a 37ª seção, concederá a essa agência, ou ao que com ela tenha ligação, os privilégios e imunidades prescritos nas cláusulas-padrão, nas condições ali especificadas, observada qualquer modificação das cláusulas contidas nas disposições do anexo final (ou revisto) relativo a essa agência e transmitido de acordo, com as seções 36 e 38.

(...)

Artigo 3º - Bens, Fundos e Ativo

(...)

4ª Seção - As agências especializadas, seus bens e ativo, onde estiverem localizados e qualquer que seja o seu depositário, gozarão de imunidade de todas as formas de processo legal, exceto na medida em que, em qualquer caso determinado houverem expressamente renunciado à sua imunidade. Fica entendido, porém, que nenhuma renúncia de imunidade se estenderá a qualquer medida de execução.”(...)

Assim, muito embora o texto das supracitadas Convenções Internacionais assumam uma ampla interpretação no sentido de se admitir que a imunidade executiva dos organismos internacionais seja absoluta, o debate jurisprudencial foi necessário acerca do tema com fins de esclarecer a extensão e efeitos desta respectiva imunidade.

Desta forma, a jurisprudência revelou que as medidas executivas/expropriatórias somente poderão ocorrer se efetivamente o bem estiver desafeto às atividades do Organismo Internacional,

reinterpretando a norma e a extensão de eventuais medidas executivas diante da peculiaridade do executado.

Exemplo deste debate foi a decisão do Tribunal Superior do Trabalho, em situação semelhante, na qual houve penhora sobre bem afeto a missão diplomática do Estados Unidos da América decidiu:

(...) Muito embora não seja correto falar em imunidade absoluta de execução quando a controvérsia concernir a créditos decorrentes de contrato de trabalho, como na espécie, o exercício da jurisdição executiva sofre limitação, tal como sucede com a impossibilidade de execução dos bens diplomáticos ou consulares, reputados invioláveis nas Convenções de Viena de 1961 e 1963, ratificadas pelo Brasil por meio dos Decretos 56.435/65 e 61.078/67.

A penhora incidente sobre o imóvel de propriedade dos Estados Unidos da América foi ordenada com base em alegações da trabalhadora exequente, acompanhadas de documentos (contratos de compra e venda, registros cartoriais, fotos, escrituras etc), em relação às quais o Estado estrangeiro permaneceu silente (fl. 146).

Não me parece, com todas as vênias, que o silêncio do Estado estrangeiro possa significar a admissão de que o imóvel apreendido não está afetado à missão diplomática ou consular.

De fato, nem mesmo a inércia do devedor, segundo me parece, tem o condão de autorizar a ilação de que o bem gravado não está afetado ao exercício das atividades de representação diplomática ou consular dos Estados Unidos da América (...)

Nessas circunstâncias, faz-se presente a plausibilidade jurídica da tese invocada na petição inicial, assim como o

periculum in mora, requisitos autorizadores da medida requerida.” (grifou-se)

Também neste sentido, o Ministro Dias Toffoli deixou assentado a impossibilidade de eventual execução recair sobre bens afetos a representação diplomática:

“I. REMESSA -EX OFFICIO- E RECURSOS ORDINÁRIOS EM MANDADO DE SEGURANÇA. ESTADO ESTRANGEIRO. CONSULADO GERAL DO JAPÃO. IMUNIDADE RELATIVA DE JURISDIÇÃO E EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RECAIR PENHORA SOBRE BENS AFETOS À REPRESENTAÇÃO DIPLOMÁTICA. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. (STF - Recurso Extraordinário Com Agravo 678.785 São Paulo - Relator :Min. Dias Toffoli - Brasília, 26 de fevereiro de 2013).

Noutro giro, não se poderia permitir que Convenções Internacionais devidamente assinadas pela Presidência da República, legalmente promulgadas por Decretos, ausentes de qualquer vício de constitucionalidade e fiéis ao devido processo legislativo não fossem aplicadas aos casos concretos. Tal situação afrontaria o princípio da separação dos poderes e ainda colocaria a República Federativa do Brasil inadimplente perante a comunidade internacional. Sem contar, por óbvio, que a responsabilização internacional do Brasil pela inaplicabilidade das normas internacionalmente convencionadas, inevitavelmente, lhe garantiria grande insegurança jurídica entre a comunidade internacional.

Portanto, em observância ao art. 49, I da Constituição Federal Brasileira, somente o Congresso Nacional é competente para *“resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”*, não cabendo ao Poder Judiciário alterar regra internacional promulgada e incorporada ao direito brasileiro pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Ante o exposto, podemos concluir que se admite a interpretação restritiva sobre a imunidade dos bens afetos às atividades diplomáticas dos organismos internacionais, conforme estabelecido nas Convenções sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas e sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas, não sendo possível ato constrictivo ou executório em face dos Organismos Internacionais em missão diplomática.

3 - CONCLUSÃO

O presente estudo demonstrou situações em que há impossibilidade de execução dos bens afetos às missões dos entes e organismos internacionais. Contudo, resta a dúvida: quem seria então o responsável pelo cumprimento da obrigação constitucional de garantir e ressarcir o cidadão pelo seu direito lesado ou ameaçado, em especial o trabalhador?

Como exposto, foi necessário um grande debate da comunidade jurídica para estabelecer parâmetros sobre a aplicação da imunidade absoluta dos entes e organismos internacionais. Referida interpretação negaria ao cidadão não só o devido acesso à jurisdição, mas também a possibilidade de ver seu direito satisfeito em virtude da expropriação de bens dos organismos internacionais. Em virtude disso foi estabelecida pela comunidade jurídica interpretação restritiva à norma que, por sua vez, entendeu que a expropriação executiva somente não atingiria bens afetos à atividade diplomática ou consular do organismo internacional, a fim de evitar a impossibilidade de atuação da organização, posto que normalmente os trabalhos realizados possuem fins humanitários.

Porém, a admitida imunidade relativa do ente de direito público externo quando confrontada com o direito líquido e certo do cidadão torna-se conflituosa, problemática que acabou criando uma corrente doutrinária que tentou imputar a responsabilidade ao Estado Brasileiro, notadamente, à União, em sua forma objetiva, por ser ela a responsável por todas as relações internacionais. Nessa visão, entendeu-

se que o dano suportado pelo cidadão haveria de ser distribuído entre toda a sociedade, sob pena de ofensa ao princípio da igualdade.

Contudo, a tentativa de que essa obrigação fosse imposta à União, sem considerar sequer as hipóteses da teoria do risco, pilar que fundamenta a responsabilidade objetiva do Estado, não prevalece, visto que o Estado brasileiro não pode figurar como segurador universal.

4 – REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. Manual de direito internacional público. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

Carvalho, Matheus. Manual de Direito Administrativo. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12^a Ed. São Paulo: Atlas 2000.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado - Incluindo Noções de Direitos Humanos e Direito Comunitário. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 178-180

BRASIL. Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm. Acesso em: 17 de maio 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16 de maio de 2017.

TST. Jurisprudência Unificada. Disponível em <http://www.tst.jus.br>. Acesso em 16 de maio de 2017.

NOTAS:

[1] PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado - Incluindo Noções de Direitos Humanos e Direito Comunitário. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

[2] RECURSO DE REVISTA. FASE DE EXECUÇÃO. ORGANISMO INTERNACIONAL. AGÊNCIAS ESPECIALIZADAS DAS NAÇÕES UNIDAS. IMUNIDADE DE EXECUÇÃO

1. A imunidade de execução das Agências Especializadas vinculadas à Organização das Nações Unidas -- ONU está amparada em normas de cunho internacional, incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro mediante a promulgação dos Decretos nos 27.784/50, 52.288/63 e 59.308/66.

2. Decisão regional em que se relativiza a imunidade de execução da UNESCO -- Organização das Nações Unidas para a Educação a Ciência e a Cultura resulta em violação do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal. 3. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

Processo: RR - 824-39.2006.5.10.0003 Data de Julgamento: 21/05/2014, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/05/2014.

A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DE DEMOCRACIA EM SEDE DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DO PROCESSO DE DESTOMBAMENTO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

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: Cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultural. O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental. Neste aspecto, o presente se propõe a analisar a participação popular como instrumento robusto de efetivação da democracia participativa, sobretudo em sede de Administração Pública e seus instrumentos de intervenção na propriedade privada, tendo como pressuposto a análise do destombamento do patrimônio cultural.

Palavras-chaves: Meio Ambiente Cultural. Destombamento. Participação Popular.

Sumário: 1 Intervenção do Estado na Propriedade: Breve Escorço Histórico; 2 Patrimônio Cultural como Faceta do Meio Ambiente; 3 Comentários Introdutórios ao Instituto do Tombamento: Acepção Conceitual e Fonte Normativa; 4 Fundamento do Tombamento; 5 A Possibilidade de Destombamento do Patrimônio Cultural; 6 A Imprescindibilidade da Participação Popular no Processo de Destombamento do Patrimônio Cultural

1 Intervenção do Estado na Propriedade: Breve Escorço Histórico

Em uma primeira plana, o tema concernente à intervenção do Estado na propriedade decore da evolução do perfil do Estado no cenário contemporâneo. Tal fato deriva da premissa que o Ente Estatal não tem suas ações limitadas tão somente à manutenção da segurança externa e da paz interna, suprindo, via de consequência, as ações individuais. “*Muito mais do que isso, o Estado deve perceber e concretizar as aspirações coletivas, exercendo papel de funda conotação social*”^[1], como obtempera José dos Santos Carvalho Filho. Nesta esteira, durante o curso evolutivo da sociedade, o Estado do século XIX não apresentava essa preocupação; ao reverso, a doutrina do *laissez feire* assegurava ampla liberdade aos indivíduos e considerava intocáveis os seus direitos, mas, concomitantemente, permitia que os abismos sociais se tornassem, cada vez mais, profundos, colocando em exposição os inevitáveis conflitos oriundos da desigualdade, provenientes das distintas camadas sociais.

Quadra pontuar que essa forma de Estado deu origem ao Estado de Bem-estar, o qual utiliza de seu poder supremo e coercitivo para suavizar, por meio de uma intervenção decidida, algumas das consequências consideradas mais penosas da desigualdade econômica. “*O bem-estar social é o bem comum, o bem do povo em geral, expresso sob todas as formas de satisfação das necessidades comunitárias*”^[2], compreendo, aliás, as exigências materiais e espirituais dos indivíduos

coletivamente considerados. Com realce, são as necessidades consideradas vitais da comunidade, dos grupos, das classes que constituem a sociedade. Abandonando, paulatinamente, a posição de indiferente distância, o Estado contemporâneo passa a assumir a tarefa de garantir a prestação dos serviços fundamentais e ampliando seu espectro social, objetivando a materialização da proteção da sociedade vista como um todo, e não mais como uma resultante do somatório de individualidades.

Neste sentido, inclusive, o Ministro Luiz Fux, ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo N° 672.579/RJ, firmou entendimento que *“ainda que seja de aplicação imediata e incondicional a norma constitucional que estabeleça direitos fundamentais, não pode o Ente Estatal beneficiar-se de sua inércia em não regulamentar, em sua esfera de competência, a aplicação de direito constitucionalmente garantido”*[3]. Desta feita, para consubstanciar a novel feição adotada pelo Estado, restou necessário que esse passasse a se imiscuir nas relações dotadas de aspecto privado. *“Para propiciar esse bem-estar social o Poder Público pode intervir na propriedade privada e nas atividades econômicas das empresas, nos limites da competência constitucional atribuída”*[4], por meio de normas legais e atos de essência administrativa adequados aos objetivos contidos na intervenção dos entes estatais.

Com efeito, nem sempre o Estado intervencionista ostenta aspectos positivos, todavia, é considerado melhor tolerar a hipertrofia com vistas à defesa social do que assistir à sua ineficácia e desinteresse diante dos conflitos produzidos pelos distintos grupamentos sociais. Neste jaez, justamente, é que se situa o dilema moderno na relação existente entre o Estado e o indivíduo, porquanto para que possa atender os reclamos globais da sociedade e captar as exigências inerentes ao interesse público, é carecido que o Estado atinja alguns interesses individuais. Ao lado disso, o norte que tem orientado essa relação é a da supremacia do interesse público sobre o particular, constituindo verdadeiro postulado político da intervenção do Estado na propriedade. *“O princípio constitucional da supremacia do interesse público, como modernamente*

compreendido, impõe ao administrador ponderar, diante do caso concreto, o conflito de interesses entre o público e o privado, a fim de definir, à luz da proporcionalidade, qual direito deve prevalecer sobre os demais”[5].

2 Patrimônio Cultural como Faceta do Meio Ambiente

Em sede de comentários introdutórios, cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. O meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultural. “*A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos*”[6]. A proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que “*o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental*”[7]. Quadra anotar que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial Nº 115.599/RS:

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional

Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível Nº 2005251015239518, firmou entendimento que “*expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo*”[8]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. “*O patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente*”[9], decorrendo da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto Nº. 3.551, de 04 de Agosto de 2000[10], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como aponta Brollo[11], o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio.

Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Fiorillo[12], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos inseridos em uma determinada comunidade. O meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

3 Comentários Introdutórios ao Instituto do Tombamento: Acepção Conceitual e Fonte Normativa

O tombamento se apresenta como a forma de intervenção na propriedade, por meio da qual o Poder Público objetiva proteger o

patrimônio cultural brasileiro. Neste sentido, já firmou entendimento o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que “*o tombamento é ato administrativo que visa à preservação do patrimônio histórico, artístico ou cultural das cidades, de modo a impedir a destruição ou descaracterização de bem a que for atribuído valor histórico ou arquitetônico*”^[13]. Com realce, o instituto em comento se revela, em sede de direito administrativo, como um dos instrumentos criados pelo legislador para combater a deterioração do patrimônio cultural de um povo, apresentando, em razão disso, maciça relevância no cenário atual, notadamente em decorrência dos bens tombados encerrarem períodos da história nacional ou, mesmo, refletir os aspectos característicos e identificadores de uma comunidade.

É cediço que quando o Estado intervém na propriedade privada para proteger o patrimônio cultural, busca preservar a memória nacional. Ao lado disso, o instituto em comento permite que o aspecto histórico seja salvaguardado, eis que constitui parte da própria cultura do povo e representa a fonte sociológica de identificação de vários fenômenos sociais, políticos e econômicos existentes na atualidade. “*A escolha do bem de patrimônio cultural que será tombado com precedência aos demais se relaciona com o juízo de conveniência e oportunidade, e não é passível de análise judicial*”^[14].

Desta feita, o proprietário não pode, em nome de interesses particulares, usar ou fruir de maneira livre seus bens, se estes se traduzem em interesse público por atrelados a fatores de ordem histórica, artística, cultural, científica, turística e paisagística. “*São esses bens que, embora permanecendo na propriedade do particular, passam a ser protegidos pelo Poder Público, que, para esse fim, impõe algumas restrições quanto a seu uso pelo proprietário*”^[15]. Os exemplos de bens a serem tombados são extremamente variados, sendo os mais comuns os imóveis que retratam a arquitetura de épocas passadas na história pátria, dos quais podem os estudiosos e pesquisadores extrair diversos meios de conhecimento do passado e desenvolver outros estudos com vistas a proliferar a cultura do país. Além disso, é possível evidenciar que é corriqueiro o tombamento de bairros ou até mesmo cidades, quando

retratam aspectos culturais do passado. Com o escopo de ilustrar o expandido, mister se faz colacionar o aresto jurisprudencial que acena:

Ementa: Direito Constitucional - Direito Administrativo - Apelação - Preliminar de não conhecimento - Inovação Recursal - Ausência de Documentos Indispensáveis para propositura da Ação - Não Configuração - Pedido de Assistência Judiciária - Indeferimento - Ação Civil Pública - Dano ao Patrimônio Histórico e Cultural - Edificação em imóvel localizado no Conjunto Arquitetônico de Ouro Preto - Tombamento - Aprovação do IPHAN - Inexistência. - Embora a apelante tenha feito diversas alegações que deixaram de ser levantadas na contestação, foi questionada, na apelação, parte da matéria tratada na peça de defesa, além de terem sido atacadas, em alguns pontos, questões examinadas na sentença, de forma que não se sustenta a preliminar de não conhecimento do recurso. - O pedido de assistência judiciária deve ser indeferido, pois a apelante efetuou o preparo do recurso, gerando não apenas presunção, mas certeza de sua capacidade de custear a demanda sem prejuízo do próprio sustento e de familiares. Além disso, não foi juntada a declaração de pobreza a que se refere a lei 1.060/50, o que leva ao indeferimento do pedido. - O Município de Ouro Preto foi erigido a Monumento Nacional pelo decreto nº. 22.928, de 12/06/33, e inscrito pela UNESCO na lista do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural em 21/09/80, e a cidade teve todo o seu Conjunto Arquitetônico tombado. Trata-se de fato notório, conhecido pela apelante e por qualquer pessoa, de forma que não se pode afirmar que o processo de tombamento do Conjunto Arquitetônico do referido Município seja um documento indispensável para a propositura da presente ação civil pública. - O imóvel que faz parte

do Conjunto Arquitetônico de Ouro Preto, e integra o Patrimônio Mundial, Cultural e Natural da cidade, deve ser conservado por seu proprietário, e qualquer obra de reparo de tal bem deve ser precedida de autorização do IPHAN, sob pena de demolição. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível 1.0461.03.010271-3/001/ Relator: Desembargador Moreira Diniz/ Julgado em 12.06.2008/ Publicado em 26.06.2008).

Ementa: Ação popular. Instalação de quiosques no entorno de praças municipais. Tombamento preservado. Inocorrência de ofensa ao patrimônio ambiental cultural. O fato de as praças municipais serem tombadas, como partes do Patrimônio Histórico e Cultural do Município de Paraisópolis, não podendo, conseqüentemente, serem ocupadas ou restringidas em sua área, para outras finalidades (Lei Municipal n. 1.218/89) não impede a instalação, ao redor delas, de quiosques de alimentação, porquanto o tombamento se limitou às praças, e não ao entorno delas. Assim, não há ofensa ao patrimônio ambiental cultural. A instalação dos referidos quiosques não configura abalo de ordem ambiental, visto que não houve lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação - alteração adversa - do equilíbrio ecológico do local. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Quinta Câmara Cível/ Apelação Cível/Reexame Necessário N° 1.0473.03.000617-4/001/ Relatora: Desembargadora Maria Elza/ Julgado em 03.03.2005/ Publicado em 01.04.2005).

É verificável que a proteção dos bens de interesse cultural encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil[16], que impõe ao Estado o dever de garantir a todos o exercício de direitos

culturais e o acesso às fontes da cultura nacional. *“Por outro lado, nela se define o patrimônio cultural brasileiro, composto de bens materiais e imateriais necessários à exata compreensão dos vários aspectos ligados os grupos formadores da sociedade brasileira”*[17]. O Constituinte, ao insculpir, a redação do §1º do artigo 216 da Carta de Outubro estabeleceu que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. *“Independentemente do tombamento, o patrimônio cultural e histórico merece proteção, e, neste caso, ainda que precária - até definitiva solução da questão em exame - essa proteção, se não for dada, inviabilizará qualquer ação futura, pois a demolição é irreversível”*[18].

Resta patentemente demonstrado que o tombamento é uma das múltiplas formas utilizadas na proteção do patrimônio cultural brasileiro. Como bem anota Meirelles, *“tombamento é a declaração do Poder Público do valor histórico, artísticos, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio”*[19]. O tombamento é um dos institutos que têm por objeto a tutela do patrimônio histórico e artístico nacional, que implica na restrição parcial do imóvel, conforme se verifica pela legislação que o disciplina. Com o escopo de explicitar a proeminente natureza do instituto em comento, é possível transcrever os arestos que se coadunam com as ponderações estruturadas até o momento:

Ementa: Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança. Imóvel. Valor histórico e cultural. Declaração. Município. Tombamento. Ordem de demolição. Inviabilidade. São deveres do Poder público, nos termos dos arts. 23, III e IV; 30, I e IX e 216, §1º, da Constituição Federal, promover e proteger o patrimônio cultural, artístico e histórico, por meio de tombamento e de outras formas de acautelamento e preservação, bem como impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de bens de valor histórico, artístico e cultural. Demonstrada, no

curso do mandado de segurança, a conclusão do procedimento administrativo de tombamento do imóvel, com declaração do seu valor histórico e cultural pelo Município, inviável a concessão de ordem para sua demolição. Rejeita-se a preliminar e nega-se provimento ao recurso. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível 1.0702.02.010330-6/001/ Relator:Desembargador Almeida Melo/ Julgado em 15.04.2004/ Publicado em 18.05.2004).

Ementa: Tombamento - Patrimônio Histórico e Cultural - Imóvel reputado de valor histórico pelo município onde se localiza - Competência Constitucional dele para aferi-lo e tombá-lo. Nada impede que o Município, mediante tombamento, preserve imóvel nele situado e que considere de valor histórico-cultural, "ex vi" do art. 23, inciso III, da Lei Fundamental da República, que a ele - Município, atribui a competência para fazê-lo. Ademais, a cada comunidade, com seus hábitos e culturas próprios, cabe aferir, atendidas as peculiaridades locais, acerca do valor histórico-cultural de seu patrimônio, com o escopo, inclusive, de também preservá-lo. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Quarta Câmara Cível/ Embargos Infringentes 1.0000.00.230571-2/001/ Relator: Desembargador Hyparco Immesi/ Julgado em 09.10.2003/ Publicado em 03.02.2004)

O diploma infraconstitucional que versa acerca do tombamento é o Decreto-Lei Nº 25, de 30 de novembro de 1937^[20], que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, trazendo à baila as disposições elementares e a fisionomia jurídica do instituto do tombamento, inclusive no que toca aos registros dos bens tombados. Sobreleva anotar que o diploma ora aludido traça tão somente as disposições gerais aplicáveis ao fato jurídico-administrativo do

tombamento. Entrementes, este se consumará por meio de atos administrativos específicos, destinados a propriedades determinadas.

4 Fundamento do Tombamento

Tal como ocorre com as demais espécies de intervenção na propriedade, o tombamento tem por fundamento a necessidade de adequar o domínio privado às necessidades de interesse público. Por mais uma vez, com realce, é possível verificar a materialização da premissa que o interesse público prevalece em relação aos interesses dos particulares. É por tal motivo que, ainda em relação ao presente instituto, se pode invocar as disposições contidas nos artigos 5º, inciso XXIII[21], e 170, inciso III[22], ambos da Constituição Federal, os quais objetivam assegurar que a propriedade alcance sua função social. Com efeito, a defesa do patrimônio cultural se apresenta como matéria dotada de interesse geral da coletividade. Assim, *“para que a propriedade privada atenda a essa função social, necessário se torna que os proprietários se sujeitem a algumas normas restritivas concernentes ao uso de seus bens, impostas pelo Poder Público”*[23]. Uma vez obtida essa proteção, a propriedade estará cumprindo o papel para o qual a Constituição Federal a destinou.

Destarte, é possível evidenciar que o tombamento encontra escora na necessidade de adequação da propriedade à correspondente função social e esta, por sua vez, se consubstancia na necessidade de proteção ao patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e científico. Ao lado disso, com destaque, a Emenda Constitucional Nº 48, de 10 de agosto de 2005, que, ao acrescentar o §3º ao artigo 215 da Constituição Federal[24], estabeleceu que diploma legislativo criasse o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, com o escopo principal de fomentar o desenvolvimento cultural do País, tal como a interação de ações do Poder Público para a defesa e a valorização do patrimônio cultural brasileiro, produção, promoção e difusão de bens culturais e outras ações do gênero. Salta aos olhos o intuito de atribuir, cada vez mais, realce aos valores culturais do País.

Tem se tornado corriqueiro, entretanto, o tombamento de imóveis urbanos para o fito de obstar suas demolições e evitar novas

edificações ou, mesmo, edificações em determinadas áreas urbanas, cuja demanda de serviços públicos e equipamentos urbanos se apresente como incompatível com a oferta possível no local. “Com tal objetivo, certas zonas urbanas têm sido qualificadas como ‘áreas de proteção ao ambiente cultural’, e nelas se indicam os imóveis sujeitos àquelas limitações”^[25], como bem espanca José dos Santos Carvalho Filho. Transparece, nesses atos, notório desvio da perspectiva, porquanto são flagrantemente ilegais e não apresentam qualquer conexão com o real motivo apresentado pelo instituto do tombamento. O fundamento real deste instituto está assentado na preservação do patrimônio público, contudo, naquelas áreas inexistente qualquer ambiente cultural que reclama preservação do Poder Público.

Com realce, o que se objetiva é a instituição de limitações administrativas urbanísticas, cujo sedimento, diametralmente diverso, está arrimado na mudança de estratégia da política urbana e na carência de alteração de critérios para edificação, sendo valorada a preservação da ordem urbanística, e não da ordem cultural. As limitações administrativas urbanísticas, enquanto conjunto de institutos jurídicos que afetam, de maneira direta, qualquer dos aspectos característicos desse direito, encontram, *in casu*, substrato nas normas e princípios que orientam o Direito Municipal e Urbanístico, porquanto servem de instrumento de atuação e materialização urbanística. Ora, se a Administração Pública ambiciona alterar critérios de edificação, a exemplo de natureza e objetivos de prédios, pode fazer utilizando instrumentos urbanísticos, mas não por meio do tombamento que, tal como visto até o momento, apresenta fito distinto.

O instituto do tombamento, consoante expressa dicção do artigo 1º do Decreto-Lei Nº 25, de 30 de novembro de 1937^[26], que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, incide sobre bens móveis e imóveis. É imperioso frisar que os bens suscetíveis de tombamento são aqueles que traduzem aspectos de relevância para a noção de patrimônio cultural brasileiro. Neste passo, claro é o diploma aludido acima, porquanto faz expressa menção a bens do patrimônio histórico e artístico. “Ultimamente o tombamento tem sido utilizado para

proteger florestas nativas. Há equívoco nesse procedimento. O tombamento não é o instrumento adequado para a preservação da flora e da fauna”[27].

Cuida salientar que as florestas são bens de interesse comum e estão condicionadas ao regime legal especial estabelecido em diploma específico, o qual indica o modo de preservação de determinadas áreas florestadas. O mesmo ocorre com a fauna, que está orientada pelas disposições do Código de Caça e pelo Código de Pesca, os quais acenam como preservas as espécies silvestres e aquáticas. Desta feita, a preservação das florestas e da fauna silvestre tem que ser protegida por meio da criação de parques nacionais, estaduais e municipais ou mesmo reservas biológicas, e não por tombamento como, de maneira equivocada, tem se observado no cenário atual, eis que desvirtua o fito a que se destina o instituto ora mencionado.

Acalorados são os debates que discutem a natureza jurídica do instituto do tombamento, entretanto, a doutrina mais abaliza sustenta que se trata de instrumento especial de intervenção restritiva do Estado na propriedade privada[28], dotado de fisionomia própria e impassível de confusão com as demais espécies de intervenção. Afora isso, apresenta natureza concreta e específica, motivo pelo qual, diversamente das limitações administrativas, se apresenta como uma restrição ao uso da propriedade. Neste alar, é forçoso frisar que a natureza jurídica do tombamento é a de se qualificar como meio de intervenção do Estado, consistente na restrição ao uso de propriedades determinadas.

No que se refere à natureza do ato, em que pesem às ponderações que orbitam acerca de ser ele vinculado ou discricionário, cuida fazer uma clara distinção quanto à natureza do ato e quanto aos motivos do ato. Sob o aspecto de que o tombamento deve apresentar como pressuposto a defesa do patrimônio cultural, o ato se revela como sendo vinculado, porquanto o autor do ato não pode praticá-lo ostentando motivo distinto. Desta sorte, o ato está vinculado à razão nele constante. Entrementes, no que concerne à valoração da qualificação do bem como de natureza histórica, artística, cultural, paisagística, etc. e da necessidade de sua proteção, o ato é discricionário, eis que essa avaliação é privativa

da Administração. “A escolha do bem de patrimônio cultural que será tombado com precedência aos demais se relaciona com o juízo de conveniência e oportunidade, e não é passível de análise judicial”^[29]. Assente é o entendimento jurisprudencial que sedimenta as ponderações vertidas até o momento:

Ementa: Mandado de Segurança - Tombamento de bem imóvel - Ilegitimidade ativa - Constituição há menos de um ano - Artigo 5º, LXX, alínea ‘b’ da Constituição Federal - Poder discricionário da Administração para decretar o tombamento - Processo extinto - Art. 267, VI do CPC. A Constituição Federal exige expressamente a constituição de Associação há pelo menos um ano para que possa legitimamente ajuizar mandado de segurança coletivo, em defesa dos interesses dos seus membros ou associados. O tombamento de prédio considerado de interesse histórico, artístico ou cultural, é ato discricionário do Administrador, sendo descabida a intervenção do Poder Judiciário no processo de tombamento, quando não demonstrada a ilegalidade do mesmo. Apelo improvido. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Segunda Câmara Cível/ Apelação Cível 1.0145.03.094392-5/003/ Relator: Desembargador Jarbas Ladeira/ Julgado em 14.12.2004/ Publicado em 30.12.2004).

Ementa: Agravo. Liminar em mandado de segurança. Tombamento de bem imóvel. O poder discricionário da autoridade administrativa vale, na medida em que o ordenamento jurídico concede ao administrador a prerrogativa de agir movido pelos critérios de oportunidade e conveniência, sopesados com parcimônia para que o fim último seja alcançado. Descabimento da intervenção do Judiciário no processo de tombamento, indemonstrada, ""prima facie"", irregularidade no mesmo. Agravo provido, para cassar a liminar.

(Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Segunda Câmara Cível/ Agravo de Instrumento 1.0145.03.094392-5/001/ Relator: Desembargador Jarbas Ladeira/ Julgado em 03.02.2004/ Publicado em 20.02.2004).

Da mesma forma, é cabível, ainda, a observação de que o tombamento constitui um ato administrativo, sendo imperioso, por via de consequência, que apresente todos os elementos necessários para materializar a moldura de legalidade. O tombamento, enquanto instituto do direito administrativo, não acarreta a produção de todo um procedimento; ao contrário, é efetivamente um ato só, um ato administrativo único. O que ocorre é que aludido ato resulta necessariamente de procedimento administrativo e corresponde ao desfecho de toda a sua tramitação. Assim, o ato não pode ser perpetrado em uma única ação, ao revés, reclama todo um sucedâneo de formalidades prévias.

Do ato de tombamento resulta um sucedâneo de efeitos de maciça importância, no que toca ao uso e à alienação do bem tombado. Como o tombamento acarreta restrição ao uso da propriedade privada, deve esse fato ser levado a registro no Cartório de Registro de Imóveis respectivo, sendo devidamente averbado ao lado da transcrição do imóvel. Caso o bem seja alienado, o adquirente tem a incumbência de levar ao Registro de Imóveis a escritura pública, ou o termo de contrato, se for o caso, tendo o prazo de trinta dias para fazê-lo sob pena de multa correspondente a dez por cento do valor da avença pactuada, tal como para comunicar a transferência ao órgão público cultural competente. “*É vedado ao proprietário, ou ao titular de eventual direito de uso, destruir, demolir ou mutilar o bem tombado*”[\[30\]](#). Da mesma sorte, somente é autorizado a reparar, pintar ou restaurar o bem, desde que com prévia autorização especial do Poder Público, nos termos do artigo 17 do Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937[\[31\]](#).

Cabe ao proprietário o dever de conservar o bem tombado, a fim de mantê-lo dentro de suas características culturais. Entretanto, se não dispuser de recursos financeiros para realizar as obras de conservação e

reparação, deve, carecidamente, comunicar o fato ao órgão que decretou o tombamento, o quando mandará executá-las a suas expensas. Em se tratando de caso de urgência, independentemente de comunicação, tem o Estado o poder de tomar a iniciativa e providenciar as obras destinadas à conservação. Existem restrições também para a vizinhança do prédio tombado, porquanto sem que haja autorização do órgão competente, é vedado fazer qualquer construção que impeça ou mesmo reduza a visibilidade em relação ao prédio sob proteção, tal como nele colocar cartazes ou anúncios. Caso tal situação ocorra, é possível que seja determinada a destruição da obra ou a retirada do cartaz ou anúncio, podendo, até mesmo, ser aplicada multa, em razão da infração perpetrada.

5 A Possibilidade de Destombamento do Patrimônio Cultural

Em alinhamento às ponderações aventadas até o momento, cuida assinalar que o destombamento – também nominado de cancelamento do tombamento -, é medida excepcional, devendo observar alguns parâmetros, com o escopo de evitar distorções em sua aplicação e violações aos princípios constitucionais culturais e, sobretudo, impliquem afronta aos direitos culturais consagrados pela Constituição de 1988, a exemplo do corolário da preservação do patrimônio cultural. Com destaque, é imperioso ressaltar que o cancelamento do tombamento não apenas afasta a proteção conferida, mas também promove a desvalorização da coisa tombada, porquanto retira o manto protetor e a moldura de patrimônio, motivo pelo qual, repise-se, deve ser utilizado em situações excepcionais. Ora, comumente, o destombamento se dá a partir de dois atos administrativos: o primeiro tem assento quando o próprio órgão que tombou cancela o processo de tombamento e promove a exclusão do bem cultural do Livro do Tombo, por diversos interesses, tais como pressão exercida pelo proprietário contra o ato de proteção oficial, devido a possibilidade de alienação do imóvel ou, ainda, para assegurar a modernização de uma cidade e, para finalizar, publica-se no Diário Oficial da União, do Estado ou do Município. Em complemento, quando há o cancelamento do tombamento, o procedimento adotado é voltado para a averbação do cancelamento no Livro do Tombo, mantendo-se a inscrição

de tombamento intacta, com o intuito de manter o registro histórico e documental de tal ato.

Neste jaez, um dos principais pilares condicionantes para aplicação do cancelamento do tombamento repousa na premissa que tal ato deve ser precedido não apenas de manifestação do conselho, mas de mecanismos que assegurem a participação popular no processo decisório, a exemplo do que preconiza as contemporâneas políticas culturais e, maiormente, as políticas de patrimônio, por meio do conceito de referência cultural. Sendo assim, as principais hipóteses de aplicação do cancelamento de tombamento são: (i) perecimento da coisa tombada; (ii) desaparecimento do valor; e (iii) atendimento de interesse público superveniente. A primeira possibilidade está atrelada à inexistência física da coisa tombada, ocasionada por fatores naturais ou similares, não se admitindo, entretanto, destombamento decorrente de qualquer ação dolosa com o fito de causar dano irreversível ao patrimônio cultural, sem prejuízo da responsabilização civil e criminal para tais atos. É importante ressalvar, pois, infelizmente, não são raros os casos em que se destrói o patrimônio cultural, intencionalmente, a fim de extinguir a coisa tombada, no intuito de se driblar a proteção conferida, em razão da impossibilidade de aplicação do tombamento sobre coisa não corpórea.

A segunda hipótese está vinculada ao desaparecimento do valor atribuído à coisa, levando-se em consideração que o valor se altera no tempo e no espaço, podendo, em casos excepcionais, ser retirado da coisa por meio de critérios técnico-científicos, em processo administrativo próprio, com participação popular e respaldo do conselho consultivo. A terceira hipótese – tomada com ressalvas – é a mais comum e que merece maior aprofundamento, isto é, o possível cancelamento de tombamento com vistas a atender interesse público superveniente ao direito cultural – direito difuso – de preservação ao patrimônio cultural. Na segunda forma de destombamento, o Poder Judiciário promoverá o cancelamento da Resolução de Tombamento, ainda que não haja consentimento do órgão responsável pela proteção oficial e dos proprietários.

6 A Imprescindibilidade da Participação Popular no Processo de Destombamento do Patrimônio Cultural

Premente faz-se evidenciar que, ao cotejar o Ordenamento Pátrio, o cenário nacional ostenta um dos mais robustos sistemas de proteção ambiental do planeta. Entrementes, conflitos de competência de órgãos ambientais, escassez de recursos orçamentários, carência de informações e de planejamento são exemplos de deficiências administrativas, que acarretam, corriqueiramente, a inaplicabilidade dos preceitos normativos em sede ambiental. “Quando a máquina estatal não se apresenta habilitada a atender satisfatoriamente aos anseios da sociedade, incumbe à própria sociedade atuar diretamente”[32]. Ora, os cidadãos têm o direito e o dever de participar da tomada de decisões que tenham o condão de afetar o complexo e frágil equilíbrio ambiental. Subsiste, nesta toada, uma diversidade de mecanismos para proteção do meio ambiente que viabilizam a concreta aplicação do princípio da participação comunitária.

Esmiuçando o princípio ora referenciado, fato é que este se encontra entre um dos maciços pilares que integram a vigorosa tábua principiológica da Ciência Jurídica, o dogma da participação comunitária, que não é aplicado somente na ramificação ambiental, preconiza em seus mandamentos que é fundamental a cooperação entre o Estado e a comunidade para que sejam instituídas políticas ambientais, bem como para que os assuntos sejam discutidos de forma salutar. Com destaque, é imperioso assinalar que o corolário em comento deriva da premissa que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e do regime jurídico do ambiente como bem de uso comum do povo, incumbindo a toda a sociedade o dever de atuar na sua defesa.

“A Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, caput, consagrou na defesa do meio ambiente a atuação presente do Estado e da sociedade civil na proteção e preservação do meio ambiente, ao impor à coletividade e ao Poder Público tais deveres”[33]. Ejeta-se, deste modo, que a proteção e preservação do meio ambiente reclama uma atuação conjunta entre organizações ambientalistas, sindicatos, indústrias, comércio, agricultura e tantos outros organismos sociais compromissados. Quadra pontuar, ainda, que o corolário em apreço encontra-se devidamente entalhado no princípio dez da Declaração da

Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, também conhecida como Declaração do Rio/92, que, em altos alaridos, diciona que:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos [34].

Insta disso, como bem expõe Facin [36], o tema em exame objetiva uma ação conjunta entre todos aqueles comprometidos com os interesses difusos e coletivos da sociedade, sobretudo com a causa ambiental. Em razão de tais argumentos, raro não é a hipótese de ações civis públicas em defesa do meio ambiente tendo como parte autora determinada Organização Não Governamental (ONG) ou pessoa jurídica de direito público, os quais também têm o direito-dever de tutelar o meio ambiente. Não é despidendo citar que, “no Brasil, o princípio de participação comunitária encontra-se inserido no art. 225, caput, da Constituição, na disposição que prescreve ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações” [35].

Além disso, como bem expõe Facin [36], o tema em exame objetiva uma ação conjunta entre todos aqueles comprometidos com os interesses difusos e coletivos da sociedade, sobretudo com a causa ambiental. Em razão de tais argumentos, raro não é a hipótese de ações

civis públicas em defesa do meio ambiente tendo como parte autora determinada Organização Não Governamental (ONG) ou pessoa jurídica de direito público, os quais também têm o direito-dever de tutelar o meio ambiente. Não é despidendo citar que, “no Brasil, o princípio da participação comunitária encontra-se inserido no art. 225, caput, da Constituição, na disposição que prescreve ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações”^[37].

Ao volver um olhar analítico para o tema central, cuida evidenciar que as recentes políticas públicas preservacionistas, calcadas no §1º do artigo 216 da Constituição Federal de 1988, arvoram a participação popular como *conditio sine qua non* nos processos de patrimonialização de bens culturais, com o espeque de ressoar o bem cultural entre os sujeitos diretamente envolvidos com aquele, desencadeando, desta sorte, uma efetiva proteção ao patrimônio cultural. Ora, considerando que a participação popular é imprescindível para o delineamento da proteção do patrimônio cultural e com seu conseqüente tombamento, há que, por via reversa, salientar que tal participação, também, faz-se carecida quando houver o processo de destombamento, não podendo, então, qualquer decisão ser alicerçada à revelia da manifestação popular e contra o interesse da coletividade. Destarte, é necessário que sejam assegurados meios de participação popular no processo de destombamento, a exemplo de audiências públicas, consulta às associações de moradores e conselhos comunitários estabelecidos no entorno do bem tombado, sob pena de o bem cultural ficar desprotegido e suscetível a danos considerados irreversíveis.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 02 abr. 2017.

_____. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000.** Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do

Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 02 abr. 2017.

_____. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: . Acesso em 02 abr. 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: . Acesso em 02 abr. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: . Acesso em 02 abr. 2017.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: . Acesso em 02 abr. 2017.

BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais.** 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: . Acesso em 02 abr. 2017.

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

FACIN, Andréia Minussi. Meio-ambiente e direitos humanos. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 60, 01 nov. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3463>>. Acesso em 02 abr. 2017.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

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

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.** Disponível em: g.jus.br>. Acesso em 02 abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br>>. Acesso em 02 abr. 2017.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: . Acesso em 02 abr. 2017.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

NOTAS:

[1] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 711.

[2] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 661.

[3] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo N° 672.579/RJ. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito administrativo. Servidor público. Adicional noturno. Regime de plantão semanal. Necessário reexame da legislação infraconstitucional. Análise do contexto fático-probatório. Impossibilidade. Incidência da súmula 279 do STF. Agravo regimental desprovido. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 29.05.2012. Publicado em 19.06.2012. Disponível em: . Acesso em 02 abr. 2017.

[4] MEIRELLES, 2012, p. 662.

[5] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão proferido em Recurso em Mandado de Segurança N° 27.428/GO. Administrativo. Servidor público. Determinação de abertura de conta corrente em instituição financeira pré-determinada. Recebimento de proventos. Possibilidade. Recurso ordinário improvido. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgado em 03.03.2011. Publicado em 14.03.2011. Disponível em: . Acesso em 02 abr. 2017.

[6] BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: . Acesso em 02 abr. 2017, p. 15-16.

[7] MEIRELLES, 2012, p. 634.

[8] BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (n° 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: . Acesso em 02 abr. 2017.

[9] BROLLO, 2006, p. 33.

[10] BRASIL. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 02 abr. 2017.

[11] BROLLO, 2006, p. 33.

[12] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 80.

[13] MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Acórdão proferido em Agravo de Instrumento 1.0069.08.023127-2/001. Administrativo - Tombamento - Entes Federados - Dever - Inteligência do art. 23, IV, da Constituição da República. O tombamento é ato administrativo que visa à preservação do patrimônio histórico, artístico ou cultural das cidades, de modo a impedir a destruição ou descaracterização de bem a que for atribuído valor histórico ou arquitetônico. De se ressaltar que referido ato, segundo o disposto no art. 23, IV, da Constituição da República, é dever imposto a todos os entes federados. Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível. Relator: Desembargador Antônio Hélio Silva. Julgador em 18.09.2008. Publicado em 29.09.2008. Disponível em: g.jus.br>. Acesso em 02 abr. 2017.

[14] RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 70033392853. Ação civil publica. Tombamento. Cassino da Maroca. Omissão administrativa. Inocorrência. 1. O tombamento é ato administrativo discricionário, sendo passível de controle judicial quanto à legalidade. 2. Existentes 35 bens de valor cultural, de acordo com Inventário elaborado pela Faculdade de Arquitetura da Fundação Universidade de Passo Fundo, em convênio com a Administração do Município, não compete ao Poder Judiciário indicar qual deles deverá ser tombado com precedência sobre os demais. 3. A escolha do bem de patrimônio cultural que será tombado com precedência aos demais se relaciona com o juízo de conveniência e oportunidade, e não é passível de análise judicial. Apelação a que se nega provimento. Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível. Relatora:

Desembargadora Denise Oliveira Cezar. Julgador em 10.11.2010. Disponível em: . Acesso em 02 abr. 2017.

[15] CARVALHO FILHO, 2011, p. 734.

[16] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 02 abr. 2017.

[17] CARVALHO FILHO, 2011, p. 735.

[18] MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Acórdão proferido em Agravo de Instrumento 1.0183.06.120771-2/001. Constitucional e Administrativo - Ação Civil Pública - Liminar - Imóvel de Valor Histórico e Cultural, objeto de pedido de tombamento - Demolição - Impossibilidade. - Independentemente do tombamento, o patrimônio cultural e histórico merece proteção, e, neste caso, ainda que precária -- até definitiva solução da questão em exame -- essa proteção, se não for dada, inviabilizará qualquer ação futura, pois a demolição é irreversível. Todas as formas de acautelamento e preservação podem ser tomadas pelo Judiciário, na sua função geral de cautela (arts. 23, III e IV; 30, I e IX, e 216, §1º, da Constituição Federal). Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Wander Marotta. Julgador em 15.05.2007. Publicado em 29.05.2007. Disponível em: g.jus.br>. Acesso em 02 abr. 2017.

[19] MEIRELLES, 2012, p. 635.

[20] BRASIL. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: . Acesso em 02 abr. 2017.

[21] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 02 abr. 2017: “**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (omissis) **XXIII** - a propriedade atenderá a sua função social”.

[22] Ibid. “**Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (omissis) **III** - função social da propriedade”.

[23] CARVALHO FILHO, 2011, p. 736.

[24] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 02 abr. 2017: “**Art. 215.** O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. (omissis) **§3º** A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: **I** defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; **II** produção, promoção e difusão de bens culturais; **III** formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; **IV** democratização do acesso aos bens de cultura; **V** valorização da diversidade étnica e regional”.

[25] CARVALHO FILHO, 2011, p. 736.

[26] BRASIL. **Decreto-Lei Nº 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: . Acesso em 02 abr. 2017.

[27] MEIRELLES, 2012, p. 636.

[28] Neste sentido: CARVALHO FILHO, 2011, p. 738.

[29] RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** Acórdão proferido em Apelação Cível Nº 70033392853. Ação civil publica. Tombamento. Cassino da Maroca. Omissão administrativa. Inocorrência. 1. O tombamento é ato administrativo discricionário, sendo passível de controle judicial quanto à legalidade. 2. Existem 35 bens de valor cultural, de acordo com Inventário elaborado pela Faculdade de Arquitetura da Fundação Universidade de Passo Fundo, em convênio com a Administração do Município, não compete ao

Poder Judiciário indicar qual deles deverá ser tombado com precedência sobre os demais. 3. A escolha do bem de patrimônio cultural que será tombado com precedência aos demais se relaciona com o juízo de conveniência e oportunidade, e não é passível de análise judicial. Apelação a que se nega provimento. Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Denise Oliveira Cezar. Julgador em 10.11.2010. Disponível em: . Acesso em 02 abr. 2017.

[30] CARVALHO FILHO, 2011, p. 743.

[31] BRASIL. **Decreto-Lei Nº 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: . Acesso em 17 mar. 2013: “**Art. 17.** *As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado*”.

[32] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011.** 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012 , p. 80.

[33] FIORILLO, 2012, p. 132.

[34] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.** Disponível em: <<http://www.onu.org.br>>. Acesso em 02 abr. 2017.

[35] THOMÉ, 2012, p. 81.

[36] FACIN, Andréia Minussi. Meio-ambiente e direitos humanos. **JusNavigandi**, Teresina, a. 7, n. 60, 01 nov. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3463>>. Acesso em 02 abr. 2017.

[37] THOMÉ, 2012, p. 81.

EVOLUÇÃO DO MUNDO DIGITAL: AS MUDANÇAS DAS OBRIGAÇÕES FISCAIS NA ERA SPED - SISTEMA PÚBLICO DE ESCRITURAÇÃO DIGITAL

GALTHIERY ALVES DE SOUSA LOPES: Consultor Tributário. Contador, graduado em Ciências Contábeis pela IEPO/TO. Especialista com MBA em Controladoria e Planejamento Tributário pela UFT/TO. Graduado em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

Me ANTÔNIA MARIA DA SILVA1

RESUMO: A utilização de novas tecnologias tem mudado consideravelmente o cotidiano das empresas. O SPED - Sistema de Público de Escrituração Digital faz parte do Programa de Aceleração do Crescimento do Governo Federal (PAC 2007 – 2012), e é considerado o mais avançado sistema de informação e integração entre o fisco e os contribuintes, com o objetivo de racionalizar e uniformizar as obrigações acessórias, tornando mais célere a identificação de ilícitos tributários, através de cruzamento de dados e auditoria eletrônica. Um dos grandes problemas enfrentados pelos agentes fiscalizadores antes do SPED é a quantidade de informações resumidas e espaçadas, muitas vezes se faz necessário fiscalizar com trabalhos manuais. O problema reside pela falta de padronização das informações de forma detalhada e nem sempre apresentando transparência e veracidade do fato. Na busca de superar esses impasses, a Secretaria da Receita Federal do Brasil optou em adotar um sistema de padronização e compartilhamento de informações entre as 3 (três) esferas do governo, conforme regulamentado pela Constituição Federal (1988). Percebe-se hoje uma crise no cenário econômico brasileiro, um desequilíbrio entre as receitas e despesas do governo, que impactam diretamente nas pessoas físicas e jurídicas, pois, são estes os contribuintes que injetam aos cofres públicos maior parte da receita arrecada. Em vista desse descompasso econômico o projeto SPED tem um papel primordial, que são as informações detalhadas e de forma eletrônica, utilizando-se da evolução tecnológica que é um meio capaz de resolver os impasses da sonegação que são os meios evasivos. Logo, com a pretensão de analisar a obrigatoriedade, implantação e adoção desse mecanismo, com condições de maior agilidade na disponibilização das informações necessárias para acompanhamento e fiscalização, como, para a gestão dos recursos das organizações, permitindo eficácia em tempo real para o processo decisório e tomada de decisões.

1 Professora Mestre em Direito pela Universidade Federal do Goiás. Orientadora do Trabalho de Conclusão de Direito da Faculdade Serra do Carmo – FASEC. antonia.m.s@hotmail.com.

Palavra-chave: Obrigações fiscais, Sped, Compartilhamento de informações detalhadas, Padronização de informações.

ABSTRACT: The use of new technologies has considerably changed the daily life of companies. The SPED - Digital Bookkeeping Public System is part of the Federal Government's Growth Acceleration Program (PAC 2007 - 2012), and is considered the most advanced information and integration system between the tax authorities and taxpayers, with the objective of rationalizing And standardize ancillary obligations, speeding up the identification of tax offenses, through data crossing and electronic audit. One of the major problems faced by enforcement agents prior to SPED is the amount of summary and spacing information, it is often necessary to inspect with manual labor. The problem lies in the lack of standardization of the information in detail and not always presenting transparency and truthfulness of the fact. In order to overcome these impasses, the Federal Revenue Office of Brazil opted to adopt a system of standardization and information sharing among the three (3) government spheres, as regulated by the Federal Constitution (1988). There is a crisis in the Brazilian economic scenario today, an imbalance between government revenues and expenditures, which have a direct impact on individuals and legal entities, since these are the taxpayers who inject most of the revenue collected to the public coffers. In view of this economic mismatch, the SPED project has a primordial role, which is the detailed information and electronic form, using technological evolution that is a means capable of solving the impasses of evasion evasive means. Therefore, with the intention of analyzing the obligatoriness, implementation and adoption of this mechanism, with more agile conditions in the provision of the necessary information for monitoring and control, as for the management of organizations resources, allowing real-time effectiveness for the decision-making process And decision making.

Keywords: Tax obligations, Sped, Sharing Information, Standardization of Information.

1 – INTRODUÇÃO

Os impactos fiscais afetam o cenário do profissional do direito, contabilidade, administração e economia, sendo que, na atualidade, estão sendo mais presentes, sólidos e árduos, principalmente para a classe empresarial, uma vez que os mesmos necessitam dos conhecimentos necessários de Direito Tributário, Custos da Aplicação do Serviço e/ou da Mercadoria, Análise de Mercado, Margem de Lucro, Ponto de Equilíbrio, Formação de Preço e outros para atuarem no mercado

É de notório conhecimento que o nível de tributação sobre as pessoas jurídicas (PJs) e físicas no Brasil é alta, chegando a inviabilizar certos negócios. Empresas encerram atividades devido à carga tributária elevada, e mesmo as renegociações, como Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, Parcelamento Especial - PAES e Parcelamento Excepcional – PAEX, entre outras, apesar de trazerem alguma tranquilidade ao contribuinte, não diminuem o nível de tributação.

Nesse sentido, para diminuir os encargos tributários, alguns contribuintes utilizam a Evasão Fiscal, forma ilícita de diminuir o montante do valor do tributo a recolher (sonegação fiscal) ou Elisão Fiscal mediante Planejamento Tributário, em que há o amparo legal, decorrente de lacunas e brechas da lei ou até mesmo dispositivos legais que lhes beneficiem como exemplo, incentivos ao setor da Indústria e Atacadista (âmbito Estadual do Tocantins Lei 1.385/2003 e Lei 1.201/2000).

É certo que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são dotados de autonomia política e financeira, tendo cada ente competência para administrar e instituir os tributos que são autorizados pela Constituição Federal – CF no âmbito da competência legislativa tributária, conforme artigo 24, I, §1º a §4º.

Em razão das competências, cada ente federativo com finalidade de fiscalizar e pode estabelecer obrigações acessórias², exigindo inúmeras declarações a serem prestadas pelos contribuintes aos órgãos fiscalizadores.

2 Lei nº 5. 172, de 25 de outubro de 1966; Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorrente da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

As obrigações acessórias referentes às informações do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS são das mais variadas possíveis, como exemplo, Declaração de Informações Econômico-Fiscais - DIEF, Guia de Informação e Apuração Mensal do ICMS - GIAM, Guia de Informação e Apuração Mensal do ICMS – GIA etc.

Por sua vez, as declarações referentes aos impostos federais também são muitas, com por exemplo, Declaração do Imposto de Renda Retido na Fonte - DIRF (Referente aos impostos e/ou contribuições retidos); Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais - DACON (Confissão da dívida da contribuição Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e a Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS); Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF (Demonstra débitos, créditos e pagamentos dos impostos e contribuições retidos e incidentes sob-receitas e/ou lucros); Declaração de Informações Econômico Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ (Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ e Contribuição sobre o Lucro Líquido - CSLL) e outros.

Devido a essa gama de declarações acessórias e com intenção da extinção e redução das mesmas, foi instituído o Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, pelo Decreto nº 6.022/07. Tal sistema encontra amparo na Constituição Federal que, foi emendada em 2003, no art. 37 e inciso XXII, permitindo aos entes federativos atuarem de forma integrada, inclusive com compartilhamento de cadastros e informações fiscais.

O projeto SPED vem mudando o cenário das obrigações fiscais, tendo como objetivo primário a redução das obrigações fiscais e contribuindo para o surgimento de um mercado competitivo e igualitário.

O SPED iniciou-se com três grandes Projetos:

- Escrituração Contábil Digital;

- Escrituração Fiscal Digital - EFD ICMS/IPI e a;
- Nota Fiscal Eletrônica - NF-e;

Posteriormente foram alocados outros módulos ao sistema, e atualmente possui:

- Conhecimento de Transporte Eletrônico - CTE;
- Escrituração Contábil Fiscal - ECF;
- EFD Contribuições;
- Escrituração Fiscal Digital das Retenções e Informações da Contribuição Previdenciária Substituída - EFD Reinf;
- e-Financeira;
- eSocial;
- Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais - MDF-e;
- Nota Fiscal Consumidor Eletrônico - NFC-e;
- Nota Fiscal de Serviço Eletrônico - NFS-e;

O presente artigo tem por objetivo analisar os impactos e às mudanças das obrigações fiscais introduzidas com a implantação do Sistema de Escrituração Digital, fazendo um paralelo de como e quais eram obrigações fiscais e quais permanecem; verificar o processo de implantação do SPED e quais foram os projetos que iniciaram (Escrituração Contábil Digital, Escrituração Fiscal Digital e a NF-e), destacar quais as principais mudanças, seus impactos e evidenciar a importância da evolução das obrigações fiscais diante das mudanças tecnológicas.

Na primeira parte do referencial teórico aborda-se sobre a origem do SPED, relacionado o Encontro Nacional de Administradores Tributários que foi realizado em Salvador, que teve a participação dos representantes dos entes federativos, com o objetivo de buscar padronização e uma maior eficácia no trabalho de fiscalização e também redução de custos, posteriormente surgiu emenda constitucional que autoriza o decreto que institui o SPED. Aborda também de forma detalhada os projetos iniciais

dessa escrituração digital e os demais que foram surgindo no decorrer dos anos e quais são os módulos existentes.

Já na segunda parte aborda-se o sistema integrado e gestão da informação, pois, para que o SPED obtivesse êxito foi utilizado recursos tecnológicos cujo primeiro passo foi desenvolver um layout, para que dois ou mais sistemas pudessem se comunicar independente de suas particularidades, ou seja, o sistema utilizado pelo contribuinte e o pelos agentes fiscalizadores, mesmo sendo distintos, pudessem se comunicar.

Finalizando a fundamentação teórica, discorre-se sobre o regime tributário das empresas de forma resumida, sendo que dependendo do enquadramento adotado, impacta em quais as obrigações fiscais que serão obrigadas e, além disso, o regime escolhido pode acarretar benefício ou prejuízo para a entidade. A ideia é escolher a melhor tributação que acarrete redução dos tributos. Nessa terceira parte do artigo, também consta um quadro que aborda de forma simples e resumida as obrigações fiscais que foram substituídas pelo SPED.

E por fim, as considerações finais, que com presente artigo apresenta um paralelo entre as obrigações fiscais antes do projeto SPED e as mudanças com sua implantação, considerando sua obrigatoriedade em face aos impactos causados com as mudanças impostas. Isso porque há uma necessidade de um mercado mais leal, competitivo e igualitário e para isso, é necessário que o fisco evolua com fiscalização através da evolução tecnológica.

Será apresentada uma pesquisa bibliográfica, onde serão levantadas as informações relevantes que contribuirão para análise conclusiva da pesquisa.

2 – SISTEMA PÚBLICO DE ESCRITURAÇÃO DIGITAL

A integração e a modernização da Administração Tributária relacionam-se à forma federativa adotada pelo estado brasileiro. Neste contexto, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios são dotados de autonomia política, administrativa e financeira, cujas

atribuições, limitações e competências estão previstas na Constituição Federal, que concede a cada esfera de governo a competência de instituir e administrar os respectivos tributos.

A Emenda Constitucional nº 42/2003 introduziu o Inciso XXII ao art. 37 da Constituição Federal, que determina às administrações tributárias da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios atuarem de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, constituindo-se num marco legal fundamental do cenário de integração e modernização da Administração Tributária.

Para atender o dispositivo Constitucional, foi realizado, nos dias 15 a 17 de julho de 2004, em Salvador, o 1º Encontro Nacional de Administradores Tributários – ENAT, reunindo os titulares das administrações tributárias Federal, Estaduais, do Distrito Federal e dos Municípios de Capitais.

O encontro teve como objetivo buscar soluções conjuntas das três esferas de Governo que promovessem maior integração administrativa, padronização e melhor qualidade das informações; racionalização de custos e da carga de trabalho operacional no atendimento; maior eficácia da fiscalização; maior possibilidade de realização de ações fiscais coordenadas e integradas; maior possibilidade de intercâmbio de informações fiscais entre as diversas esferas governamentais; cruzamento de dados em larga escala com dados padronizados e uniformização de procedimentos.

Como produto dos encontros técnicos, o ENAT aprovou vários protocolos, dentre os quais:

Protocolo 01/2004 - Protocolo de Cooperação que entre si celebram a União, por intermédio da Secretaria da Receita Federal, os Estados e o Distrito Federal, por intermédio de suas Secretarias de Fazenda, Finanças ou Receita, e os Municípios, objetivando a construção de um cadastro sincronizado que atenda aos interesses das respectivas Administrações Tributárias.

Protocolo 02/2005 – SPED - Protocolo de Cooperação que entre si celebram a União, por intermédio da Receita Federal do Brasil, os Estados e o Distrito Federal, por intermédio de

suas Secretarias de Fazenda, Finanças, Receita ou Tributação, e os Municípios, objetivando o desenvolvimento do Sistema Público de Escrituração Digital que atenda aos interesses das Administrações Tributárias.

Cláusula segunda – No desenvolvimento do SPED serão observados os seguintes pressupostos, entre outros que vierem a ser definidos de comum acordo pelos partícipes:

I - bases de dados compartilhados entre as Administrações Tributárias;

II - reciprocidade na aceitação da legislação de cada ente signatária, relativa aos livros contábeis e fiscais;

III - validade jurídica dos livros contábeis e fiscais em meio digital, dispensando a emissão e guarda de documentos e livros em papel;

IV - eliminação da redundância de informações através da padronização e racionalização das obrigações acessórias.

Protocolo 03/2005 - NF-e - Protocolo de Cooperação que entre si celebram a União, por intermédio da Receita Federal do Brasil, os Estados e o Distrito Federal, por intermédio de suas Secretarias de Fazenda, Finanças, Receita ou Tributação, e os Municípios, objetivando a implantação da Nota Fiscal Eletrônica, integrante do Sistema Público de Escrituração Digital.

Considerando o disposto no artigo 37, inciso XXII da CF, foi editado o Decreto nº 6.022/07 que instituiu o Sistema Público de Escrituração Digital, cujo artigo 2º assim o define:

O SPED é instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração comercial e fiscal dos empresários e das sociedades empresárias, mediante fluxo único, computadorizado, de informações.

§ 1º Os livros e documentos de que trata o caput serão emitidos em forma eletrônica, observando o disposto na Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001. (BRASIL, DECRETO 6.022. 2007)

De acordo com o disposto no sítio da Receita Federal do Brasil, o SPED tem como objetivo:

Racionalizar e uniformizar as obrigações acessórias para os contribuintes, com estabelecimento de transmissão única de distintas obrigações acessórias de diferentes órgãos fiscalizadores.

Promover à integração dos fiscos, mediante a padronização e compartilhamento das informações contábeis e fiscais, respeitadas as restrições legais.

Tornar mais célebre a identificação de ilícitos tributários, com a melhoria do controle dos processos, a rapidez no acesso às

informações e a fiscalização mais efetiva das operações com o cruzamento de dados e auditoria eletrônica.³

O Sistema Público de Escrituração Digital faz parte do Programa de Aceleração do Crescimento do Governo Federal (PAC 2007-2010), e é considerado o mais avançado sistema de informação e integração entre o fisco e os contribuintes.

Conforme o site da RFB, as premissas do Projeto SPED compreendem:

Propiciar melhor ambiente de negócios para as empresas no País;
Eliminar a concorrência desleal com o aumento da competitividade entre as empresas;
O documento oficial é o documento eletrônico com validade jurídica para todos os fins;
Utilizar a Certificação Digital padrão ICP Brasil;
Promover o compartilhamento de informações;
Criar na legislação comercial e fiscal a figura jurídica da Escrituração Digital e da Nota Fiscal Eletrônica;
Manutenção da responsabilidade legal pela guarda dos arquivos eletrônicos da Escrituração Digital pelo contribuinte;
Redução de custos para o contribuinte;
Mínima interferência no ambiente do contribuinte;
Disponibilizar aplicativos para emissão e transmissão da Escrituração Digital e da NF-e para uso opcional pelo contribuinte.⁴

O SPED vem mudando o cenário das obrigações fiscais.

Como visto, iniciou-se com três grandes Projetos: Escrituração Contábil Digital, EFD ICMS/IPI (Escrituração Fiscal Digital) e a NF-e (Nota Fiscal Eletrônica), tendo sido inseridos CTE (Conhecimento de Transporte Eletrônico), ECF (Escrituração Contábil Fiscal), EFD Contribuições, EFD Reinf (Escrituração Fiscal Digital das Retenções e Informações da Contribuição Previdenciária Substituída), e-Financeira, eSocial, MDF-e (Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais), NFC-e (Nota Fiscal Consumidor Eletrônico), NFS-e (Nota Fiscal de Serviço Eletrônico).

³ <http://sped.rfb.gov.br/pagina/show/967>. Último acesso em 23 de março 2016

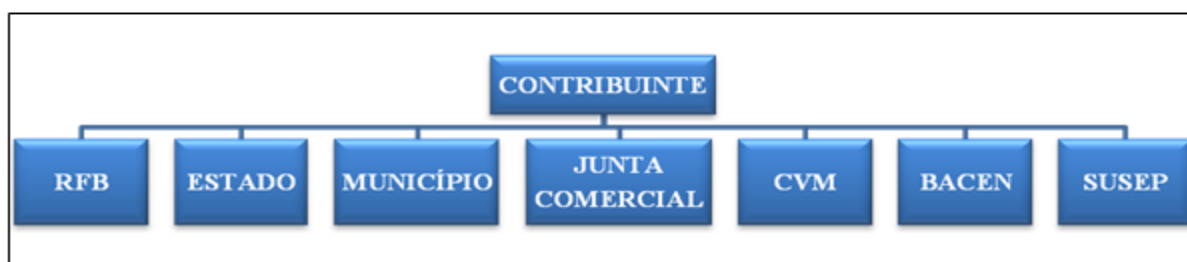
⁴ <http://www1.receita.fazenda.gov.br/sobre-o-projeto/premissas.htm> . Último acesso em 23 de março 2016.

Este Sistema Público de Escrituração Digital trouxe aumento na arrecadação dos impostos e contribuições conforme dados fornecidos pela Secretaria da Receita Federal - SRF (Apêndice), devido às informações serem mais detalhadas, estabelecendo um novo tipo de relacionamento, baseado na transparência mútua, com reflexos positivos para toda a sociedade.

Com o surgimento do SPED o fisco acompanha o contribuinte virtualmente, não sendo necessária a presença física do auditor fiscal.

O SPED veio para acabar com o empirismo na relação entre Fisco e Contribuinte. Nota-se que traz consigo uma enorme padronização de informações aos entes federativos, com dados compartilhados, podendo ser exemplificado da seguinte forma:

Figura 1 – Compartilhamento das informações antes ao SPED

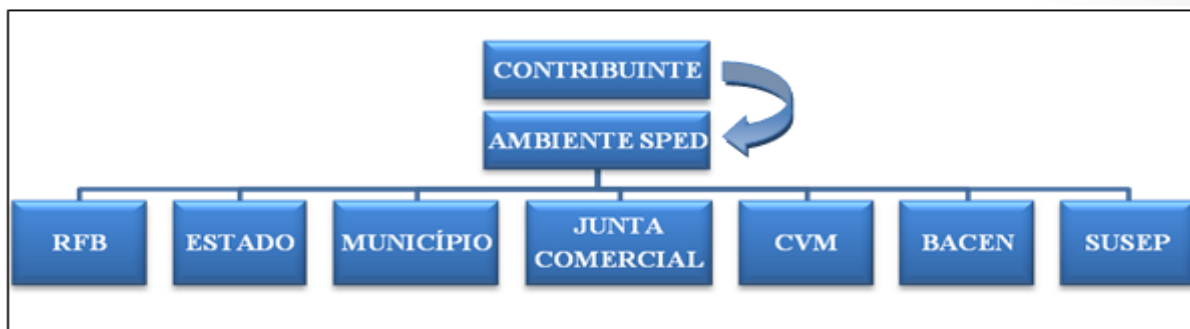


5

As informações anteriores ao projeto eram resumidas e sintéticas, com o contribuinte tendo que repassar as informações individualizadas para cada órgão.

Figura 2 – Compartilhamento das informações depois do SPED

5 Comissão de Valores Mobiliários – CVM; Banco Central do Brasil – BACEN; Superintendência de Seguros Privados do Brasil – SUSPE.



De acordo com a figura 2, observa-se que o contribuinte envia as obrigações fiscais para o ambiente nacional do SPED que disponibilizará os dados para os órgãos, ressalta-se que as informações são mais detalhadas e completas.

2.1 – PROJETOS INICIAIS DO SPED

De forma resumida são 3 (três) os projetos iniciais do SPED:

1) Nota Fiscal Eletrônica instituído pelo Ajuste SINIEF 07/05. Sua impressão é denominada DANFE (Documento auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica), que substitui a as Notas Fiscais modelo 1 ou 1-A e a Nota Fiscal de Produtor modelo 4 (somente pelos contribuintes que possuam inscrição estadual e estejam escritos no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica).⁶

Considera NF-e o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, com intuito de documentar operações e prestações, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso pela administração tributária da unidade federada do contribuinte, antes da ocorrência do fato gerador.

DANFE é o documento auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica (impresso em papel A4, com moldes semelhantes à emissão da modelo 1 ou 1A) que

⁶ As normas que regulamentam são: Ajustes SINIEF 09/2010; 08/2010, 03/2010; 15/09; 14/09, altera o Convênio s/n 70; 12/09; 11/09, altera o Convênio s/n 70; 10/09; 09/09; 08/09; 05/09, altera o Convênio s/n 70; 01/09; 11/08; 08/07; 05/07; 04/06; 07/05; Ato COTEPE ICMS 51/15; 07/13; 11/12; 36/10; 35/10; 13/10; 49/09; 39/09; 14/09; 03/09; 47/08; 35/08; 34/08; 33/08; 22/08; 14/07; 72/05; Convênio ICMS 96/09; 91/09, altera o Convênio ICMS 110; 149/08, altera o Convênio ICMS 110/08; Convênio ICMS 110/08; Protocolo ICMS 196/10; 195/10; 194/10; 193/10; 192/10; 191/10; 166/10; 153/10; 93/10; 85/10; 83/2010; 82/2010; 103/09; 102/09; 101/09; 43/09; 42/09; 04/09; 87/08; 68/08; 25/08; 24/08; 88/07; 55/07; 30/07; 10/07; Protocolo de Cooperação ENAT 03/05.

somente poderá ser utilizada para transitar com as mercadorias após concessão da autorização de uso da NF-e.

2) Escrituração Fiscal Digital (EFD) conhecida também com **SPED Fiscal**. Teve sua terminologia alterada chamando-se atualmente de **EFD ICMS/IPI**. Tem base nas disposições do Convênio ICMS nº 143/2006, do Ato Cotepe/ICMS nº 9/2008, do Ato Cotepe/ICMS nº 50/2009 e do Ajuste Sinief nº 2/2009, e é obrigatória para os contribuintes relacionados na legislação correspondente a cada Estado.⁷

A EFD é um arquivo digital que se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte. É de uso obrigatório para contribuintes do Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS) e/ou IPI.

A escrituração prevista no módulo substituiu a impressão dos seguintes livros:

- Registro de Entradas;
- Registro de Saídas;
- Registro de Inventário;
- Registro de Apuração do IPI;
- Registro de Apuração do ICMS.

As informações são detalhadas, ou seja, por lançamentos individualizados de nota fiscal, mercadoria, tributação e etc.. De forma resumida e clara, a EFD abrange as informações referentes a clientes e fornecedores, produtos, unidade de medida de aquisição e inventariada,

⁷ As normas que regulamentam são: Ajuste SINIEF 02/2009; Ato COTEPE ICMS 09/2008; Convênio ICMS 143/2006; Decreto 7.212/2010; Instrução Normativa RFB 1.371/2013; Protocolo ICMS 77/2008.

inventário, tabelas de classificações fiscais, documentos de entrada e saídas por item, informações fiscais/tributárias e apurações de ICMS e IPI.

3) Escrituração Contábil Digital (ECD) instituído pela Instrução Normativa Receita Federal do Brasil 787/07. Compreende a versão digital dos seguintes livros⁸:

- Livro Diário e seus auxiliares, se houver;
- Livro Razão e seus auxiliares, se houver;
- Livro Balancetes, Diários, Balanços e fichas de lançamento comprobatórias dos assentamentos neles transcritos.

Segundo o art. 3º da Instrução Normativa RFB nº 1.420/2013, estão obrigadas a adotar a ECD, em relação aos fatos contábeis ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2014:

I - As pessoas jurídicas sujeitas à tributação do Imposto sobre a Renda com base no lucro real;

II - As pessoas jurídicas tributadas com base no lucro presumido, que distribuírem, a título de lucros, sem incidência do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF), parcela dos lucros ou dividendos superior ao valor da base de cálculo do Imposto, diminuída de todos os impostos e contribuições a que estiver sujeita; e

III - As pessoas jurídicas imunes e isentas que, em relação aos fatos ocorridos no ano calendário, tenham sido obrigadas à apresentação da Escrituração Fiscal Digital das Contribuições, nos termos da Instrução Normativa RFB nº 1.252, de 1º de março de 2012.

IV – As Sociedades em Conta de Participação (SCP), como livros auxiliares do sócio ostensivo.

§ 1º Fica facultada a entrega da ECD às demais pessoas jurídicas. (BRASIL, IN RFB nº 1.420. 2013).

Segundo o art. 3º-A da Instrução Normativa RFB nº 1.420/2013, estão obrigadas a adotar a ECD, em relação aos fatos contábeis ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2016:

⁸ As normas que regulamentam são: Resolução CFC nº 1.020/2005; Resolução CFC nº 1.299/2010; Instrução Normativa DREI nº 11, de 5 de dezembro de 2013; Ato Declaratório Executivo Cofis nº 34, de 4 de maio de 2016; Instrução Normativa RFB nº 1.420, de 19 de dezembro de 2013; Instrução Normativa RFB nº 1.486, de 13 de agosto de 2014; Instrução Normativa RFB nº 1.510, de 5 de novembro de 2014; Instrução Normativa RFB nº 1.594, de 1 de dezembro de 2015.

I - as pessoas jurídicas imunes e isentas obrigadas a manter escrituração contábil, nos termos da alínea “c” do § 2º do art. 12 e do § 3º do art. 15, ambos da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, que no ano-calendário, ou proporcional ao período a que se refere:

a) apurarem Contribuição para o PIS/Pasep, Cofins, Contribuição Previdenciária incidente sobre a Receita de que tratam os arts. 7º a 9º da Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011, e a Contribuição incidente sobre a Folha de Salários, cuja soma seja superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais); ou

b) auferirem receitas, doações, incentivos, subvenções, contribuições, auxílios, convênios e ingressos assemelhados, cuja soma seja superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais).

II - as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro presumido que não se utilizem da prerrogativa prevista no parágrafo único do art. 45 da Lei nº 8.981, de 1995.

Parágrafo Único. As Sociedades em Conta de Participação (SCP), enquadradas nas hipóteses previstas nos incisos I a II do caput do art. 3º e do caput do art. 3º-A devem apresentar a ECD como livros próprios ou livros auxiliares do sócio ostensivo.

O prazo de entrega foi fixado pelo art. 5º da Instrução Normativa RFB nº 1.420/2013, reproduzido abaixo:

Art. 5º A ECD será transmitida anualmente ao Sped até o último dia útil do mês de maio do ano seguinte ao ano-calendário a que se refira a escrituração. (BRASIL, IN RFB nº 1.420. 2013)

2.2 – DEMAIS PROJETOS/MÓDULOS EM VIGOR

Após implementação da NFe, EFD ICMS/IPI e ECD aos poucos estão sendo implementados novos módulos, como:

1. **Conhecimento de Transporte Eletrônico – CTE.** Tem a mesma lógica da NFe, sendo um documento emitido e armazenado eletronicamente, documentando as prestações de serviços de transportes. A validade jurídica é resguardada pela assinatura digital do emissor, sendo que a administração tributária de cada contribuinte dará sua autorização.⁹

A Sefaz dos Estados e a RFB atuam de forma integrada a partir da assinatura do Protocolo ENAT 03/2006, de 10/11/2006, que atribuiu ao Encontro Nacional de Coordenadores e Administradores Tributários

⁹ As normas que regulamentam são: Ato COTEPE 01/2014; 06/2010; 08/2008; 18/2012; 33/2013; Convênio ICMS 93/12; 96/09; Ajuste Sinief 09/07;

Estaduais (ENCAT) a coordenação e a responsabilidade pelo desenvolvimento e implantação do Projeto CT-e.

Instituído pelo AJUSTE SINIEF 09/07, de 25/10/2007, visa substituir os seguintes documentos fiscais:

- Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas, modelo 8;
- Conhecimento de Transporte Aquaviário de Cargas, modelo 9;
- Conhecimento Aéreo, modelo 10;
- Conhecimento de Transporte Ferroviário de Cargas, modelo 11;
- Nota Fiscal de Serviço de Transporte Ferroviário de Cargas, modelo 27;
- Nota Fiscal de Serviço de Transporte, modelo 7, quando utilizada em transporte de cargas.

O CT-e poderá ser utilizado como documento fiscal eletrônico no transporte dutoviário e, atualmente, nos transportes Multimodais.

2. Escrituração Contábil Fiscal – ECF. A partir do ano calendário de 2014, a ECF substituiu a DIPJ (Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica). Essa declaração abrange todas as informações pertinentes a apuração do IRPJ e CSLL.¹⁰

Conforme art. 1º da IN RFB nº 1.422/2013, a obrigatoriedade da ECF é para todas das pessoas jurídicas, exceto para aquelas elencadas no seu §2º:

I - As pessoas jurídicas optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006;

¹⁰ As normas que regulamentam são:

Ato Declaratório Cofis nº 42/2016; Instrução Normativa RFB 1.422/2013; 1.489/2014; 1.524/2014; 1.574/2015; 1.595/2015.

II - Os órgãos públicos, às autarquias e às fundações públicas;

III - As pessoas jurídicas inativas de que trata a Instrução Normativa RFB nº 1.536, de 22 de dezembro de 2014. (BRASIL, IN RFB nº 1.422. 2013)

O prazo vigente para o envio do arquivo digital da ECF é até o último dia útil de julho do ano-calendário posterior ao que se refira.

3. EFD Contribuições. Foi instituído pela IN RFB nº 1.052 de 05 julho de 2010 e teve sua publicação no Diário Oficial da União em 07/07/2010, porém no dia 01/03/2012 houve a revogação total dessa IN, sendo substituída pela IN RFB nº 1.252/2012. A Escrituração Fiscal Digital das Contribuições incidentes sobre Receita, abrange os seguintes tributos¹¹:

- Contribuição par ao PIS/Pasep;
- Cofins; e
- Contribuição Previdenciária incidente sobre a Receita de que tratam os arts. 7º a 9º da Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011.

A Secretária da Receita Federal tem a competência de dispor sobre as obrigações acessórias relativas aos impostos e contribuições que a incumbe, ou seja, que administra, determinando prazos para seu cumprimento, nos termos do art. 16 da Lei 9.779 de 19 de janeiro de 1999. Cumprindo tal desiderato, a IN RFB nº 1.252/2012, artigo 4º determinou que está obrigado a escriturar a EFD-Contribuições:

- a) PJs sujeitas à tributação do Lucro Real, a partir de 01/01/2012;
- b) PJs tributadas no Lucro Presumido ou Arbitrado, a partir de 01/01/2013;
- c) Referentes aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2014, as PJs referidas nos §§ 6º, 8º e 9º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, e na Lei nº 7.102/1983;

¹¹ Ato Declaratório Cofis nº 20/2012; 34/2010; Instrução Normativa RFB nº 1.009/2010; 1.052/2010; 1.085/2010; 1.161/2011; 1.252/2012

- d) Em relação à Contribuição Previdenciária sobre a Receita, a partir de 01/03/2012, as PJs com atividades relacionadas nos arts. 7º e 8º da MP nº 540/2011, convertida na Lei nº 12.546/2011; e 01/04 para as demais atividades dos referidos artigos e anexo II;
- e) PJs imunes e isentas do IRPJ, cuja soma dos valores mensais das contribuições apuradas, seja superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais);
- f) PJs sócia ostensiva de Sociedades em Conta de Participação (SCP) partir de 01/01/2014, devendo ser transmitida separadamente, para cada SCP, além da transmissão da EFD-Contribuições da sócia ostensiva;

O art 5º da mesma IN determina os desobrigados à entrega desta EFD, que são:

- a) PJs enquadradas no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas - ME e Empresas de Pequeno Porte - EPP (Simples Nacional), instituído pela Lei Complementar nº 123/2006;
- b) PJs imunes e isentas do IRPJ, cuja soma mensal das contribuições do PIS e a COFINS, seja igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais);
- c) PJs inativas desde o início do ano-calendário ou desde a data de início de atividades;
- d) Os órgãos públicos, autarquias e fundações públicas;
- e) PJs que se encontrem inscritos no CNPJ ou que tenham seus atos constitutivos registrados em Cartório ou Juntas Comerciais;

O prazo para transmissão do arquivo digital é mensal, podendo ser até o 10º (décimo) dia útil do 2º (segundo) mês subsequente ao que se refira a escrituração, inclusive nos casos de extinção, incorporação, fusão e cisão total ou parcial.

4. EFD Reinf (Escrituração Fiscal Digital das Retenções e Informações da Contribuição Previdenciária Substituída), módulo do SPED que está em fase de construção que em breve estará em vigor. A EFD Reinf vem complementar as obrigações Previdenciárias, Trabalhistas e Fiscais que também já estão contemplados no Sistema Público de Escrituração Digital. Quando a EFD estiver em vigência ela substituirá as informações da CPRB (Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta) que está contida na EFD Contribuições.

Um dos objetivos do SPED é a redução das obrigações fiscais, racionalizando-as e uniformizando-as para os contribuintes. Gradativamente tem se corrigido, alterado, inserido, excluído, implementando projetos, como também incluindo e reduzindo parcialmente determinados campos, blocos e/ou registros.

A EFD Reinf compreende todas as retenções do contribuinte que não possua relação com trabalho, envolvendo:

- a) Serviços tomados/prestados mediante cessão de mão de obra ou empreitada;
- b) Retenções na fonte (IR, CSLL, COFINS, PIS/PASEP) incidentes sobre os pagamentos diversos efetuados a pessoas físicas e jurídicas;
- c) Recursos recebidos por / repassados para associação desportiva que mantenha equipe de futebol profissional;
- d) Comercialização da produção e à apuração da contribuição previdenciária substituída pelas agroindústrias e demais produtores rurais pessoa jurídica;
- e) Empresas que se sujeitam à CPRB (cf. Lei 12.546/2011);
- f) Entidades promotoras de evento que envolva associação desportiva que mantenha clube de futebol profissional.

5. e-Financeira. É um conjunto de arquivos digitais referentes a cadastro, abertura, fechamento e auxiliares, e pelo módulo de operações

financeiras, conforme disposto no art. 2º Instrução Normativa RFB nº 1571, de 02 de julho de 2015.12

Nesse sentido, as entidades supervisionadas pelo Banco Central do Brasil (Bacen), pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), pela Superintendência de Seguros Privados (Susep) e pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc) estão obrigados ao envio das informações, segundo artigo 4º da respectiva IN RFB:

I - As pessoas jurídicas:

- a) autorizadas a estruturar e comercializar planos de benefícios de previdência complementar;
- b) autorizadas a instituir e administrar Fundos de Aposentadoria Programada Individual (Fapi); ou
- c) que tenham como atividade principal ou acessória a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, incluídas as operações de consórcio, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia de valor de propriedade de terceiros; e

II - as sociedades seguradoras autorizadas a estruturar e comercializar planos de seguros de pessoas. (BRASIL, IN RFB nº 1.571. 2015)

A e-Financeira deverá informar as operações financeiras dos usuários de seus serviços a seguir, conforme preconiza o art. 5º da IN RFB nº 1.571/2015.

I. Último dia útil do ano, considerando quaisquer movimentos: Saldo de qualquer conta de depósito, inclusive de poupança; Saldo de cada aplicação financeira; Saldo ou no dia de encerramento, de provisões matemáticas de benefícios a conceder referente a cada plano de benefício de previdência complementar ou a cada plano de seguros de pessoas, discriminando, mês a mês, o total das respectivas movimentações; Saldo ou no dia de encerramento, de cada Fapi, e as correspondentes movimentações, discriminado mês a mês; Total dos valores pagos, incluindo os valores dos lances que resultaram em contemplação, deduzido dos valores de créditos disponibilizados ao cotista e as correspondentes movimentações, ocorridas no decorrer do ano, discriminado mês a

12 As normas que regulamentam são: ADE Cofis 04/2016; 05/2016; 24/2016; 25/2016; 54/2015; 55/2015; Instrução Normativa RFB 1.580/2015; 1571/2015.

mês; por cota de consórcio; e Valor de créditos disponibilizados ao cotista, acumulados anualmente, mês a mês, por cota de consórcio, no decorrer do ano.

- II. Acumulados anualmente, mês a mês: Rendimentos brutos, por aplicações financeiras no decorrer do ano individualizadas por tipo de rendimento; Valores de benefícios ou de capitais segurados, pagos sob a forma de pagamento único, ou sob a forma de renda.
- III. Lançamentos de transferência entre contas do mesmo titular realizadas entre contas de depósito à vista, ou entre contas de poupança, ou entre contas de depósito à vista e de poupança.
- IV. Aquisições de moeda estrangeira.
- V. Conversões de moeda estrangeira em moeda nacional.
- VI. Transferências de moeda e de outros valores para o exterior.
- VII. No caso de encerramento de contas ou de aplicações financeiras, deve-se informar o saldo do dia útil imediatamente anterior ao do encerramento.

A obrigatoriedade da e-Financeira deu-se a partir de 01/12/2015. E seu envio ocorrerá por um sistema próprio por meio de webservice e que será assinado digitalmente, tendo esse arquivo no formato XML (Extensive Marckup Language).

Os arts. 7º e 8º da IN RFB nº 1.571/2015 discorrem sobre as hipóteses que as entidades estão obrigadas à apresentação das informações relativas às operações financeiras, quando o montante global movimentado ou o saldo em cada mês, for superior por tipo de operação, mesmo que ultrapasse em um determinado mês e os meses seguintes não atinjam os valores determinados, o envio das informações conterà todos os meses a partir do mês que atingiu o limite:

- R\$ 2.000,00 (dois mil reais), no caso de pessoas físicas; e
- R\$ 6.000,00 (seis mil reais), no caso de pessoas jurídicas.
- R\$ 100.000,00 (cem mil reais) ou mais para depósitos anuais referentes ao FGTS

Os incisos IV a VI do art. 5º estão obrigadas à apresentação das informações, quando:

I - O saldo, em cada mês, da provisão matemática de benefícios a conceder ou do Fapi for superior a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); ou

II - O montante global mensalmente movimentado, considerando-se de forma isolada, o somatório dos lançamentos a crédito e o somatório dos lançamentos a débito e o valor de benefícios ou de capitais segurados, pagos sob a forma de pagamento único, ou sob a forma de renda, for superior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

A criação desse módulo foi questionado por meio de 4 (quatro) ADIs (Ações Diretas de Inconstitucionalidades): ADI 2390 ajuizada pelo PSL (Partido Social Liberal); ADI 2386 ajuizada pela CNC (Confederação Nacional do Comércio); ADI 2397 ajuizada pela CNI (Confederação Nacional da Indústria) e ADI 2859 ajuizada pelo PTB (Partido Trabalhista Brasileiro).

Todas essas ações alegam que a IN RFB nº 1.571/2015 fere as garantias constitucionais da violação da intimidade e dos dados pessoais, tendo em vista que está previsto na CF, art. 5º, incisos X e XII:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (BRASIL, IN RFB nº 1.571. 2015)

É certo que a Lei Complementar nº 105/2001 arrola o sigilo das informações financeiras e que os fiscos podem examinar esses dados somente quando houver instaurado um processo administrativo ou fiscal:

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. (BRASIL, LC nº 105. 2001).

Dos 11 (onze) Ministros do STF, 9 (nove) proferiram a constitucionalidade da norma da Receita Federal, dizendo que não há quebra de sigilo, não viola nenhum preceito das garantias fundamentais, pois, entendem que só ocorre a transferências das informações, e que essa norma não autoriza a divulgação a terceiros, prevalecendo a comunicação ao contribuinte que será fiscalizado e a instauração de processo administrativo ou fiscal, garantido o contraditório e a ampla defesa, portanto, o sigilo ficaria mantido e caso a figura do Auditor da Receita Federal ou qualquer outro que venha a descumprir esse sigilo responderá criminal e administrativamente. Os ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes em suas sustentações afirmam:

Os estados e municípios somente poderão obter as informações previstas no artigo 6º da LC 105/2001, uma vez regulamentada a matéria, de forma análoga ao Decreto Federal 3.724/2001, tal regulamentação deve conter as seguintes garantias: pertinência temática entre a obtenção das informações bancárias e o tributo objeto de cobrança no procedimento administrativo instaurado; a prévia notificação do contribuinte quanto a instauração do processo e a todos os demais atos; sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico; existência de sistemas eletrônicos de segurança que sejam certificados e com registro de acesso; estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de desvios. (DIAS TOFFOLI)¹³

Ninguém duvida que o indivíduo tem o direito de manter longe dos olhos públicos suas informações privadas, inclusive as relativas à vida financeira. No entanto, o Fisco tem o dever de identificar o patrimônio, o rendimento e as atividades econômicas do contribuinte, conforme previsto na Constituição, e precisa dos meios necessários para tanto. (GILMAR MENDES)¹⁴

Os 2 (dois) Ministros que votaram pela Inconstitucionalidade (Marco Aurélio e Celso de Mello), entendem que há violação do sigilo bancário e

13

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310670>

14 <http://fenacon.org.br/noticias/stf-encerra-julgamento-e-confirma-poder-da-receita-de-acessar-dados-bancarios-315/>

ferre o artigo 5º da Carga Magna e supondo que há ocorrência de um ilícito financeiro deverá reportar-se a autorização do magistrado, ou seja, recorrer ao Judiciário. Celso de Mello em sua sustentação disse:

A administração tributária, embora podendo muito, não pode tudo. Sob pena de inadmissível consagração de eventual atuação arbitrária do Estado, com inaceitável comprometimento do direito que assiste a qualquer pessoa, uma vez que quebra de sigilo não pode converter-se em instrumento de indiscriminada devassa, havendo necessidade, caberá à administração tributária dirigir-se ao Poder Judiciário.

Por sua vez, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) atuou como “amicus curiae”, e contrapõe a tese da constitucionalidade, dizendo que, a obtenção por parte da RFB dessas informações e a sua fiscalização e averiguação dos dados, os confrontos das movimentações financeiras ou de cartão de crédito com a declaração do imposto de renda pessoas físicas e declaração das pessoas jurídicas serão de forma automática e não decorrente de procedimento administrativo, visto que os prazos estão preestabelecidos no artigo 10º, IN 1.571/2015, que serão enviadas as informações semestralmente em fevereiro e agosto, de forma detalhada constando mensalmente as movimentações financeiras.

6. eSocial. Foi instituído pelo Decreto 8.373, de 11 de dezembro de 2014, sendo um instrumento de unificação da prestação das informações referentes à escrituração das obrigações fiscais, previdenciárias e trabalhistas e tem por finalidade padronizar sua transmissão, validação, armazenamento e distribuição, constituindo um ambiente nacional.¹⁵

Será disponibilizado um sistema simplificado para o Microempreendedor Individual – MEI, Microempresas – ME e as Empresas de Pequeno Porte – EPP.

O Decreto 8.373/2014, artigo 3º, menciona que o eSocial objetiva, viabilizar a garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; racionalizar e simplificar o cumprimento de obrigações; eliminar a redundância nas informações prestadas pelas pessoas físicas e jurídicas; aprimorar a qualidade de informações das relações

¹⁵ As normas que regulamentam são: Decreto 8.373/2014; Resolução CD nº 1, 2, 3 e 4.

de trabalho, previdenciárias e tributárias; e conferir tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte.

Promovendo a eficácia do sistema, desde o dia 1º de outubro de 2015, o módulo do eSocial do Empregador Doméstico está disponível unificando o recolhimento do Imposto sobre a Renda Pessoa Física, se incidente - Trabalhador; 8% a 11% de contribuição previdenciária - Trabalhador; 8% de contribuição patronal previdenciária - Empregador; 0,8% de seguro contra acidentes do trabalho - Empregador; 8% de FGTS - Empregador; 3,2% de indenização compensatória (Multa FGTS) – Empregado¹⁶.

7. Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais - MDF-e. É o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, para vincular os documentos fiscais transportados na unidade de carga utilizada, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso pelo Ambiente Autorizador, devendo ser utilizado pelos contribuintes do ICMS, em substituição ao Manifesto de Carga, modelo 25, previsto no inciso XVIII do art. 1º do Convênio SINIEF 06/89¹⁷.

O MDFe deve ser emitido pelo contribuinte emitente de CTE e da NFe desde que ocorra o transporte de bens ou mercadorias, não sendo necessariamente veículo da empresa, podendo ser arrendado ou até mesmo contratação de autônomo. Não importa a quantidade de CTE ou NFe para o transporte. Porém, do período de 01/12/2012 a 30/11/2015 a obrigatoriedade era quando fosse transportar bens ou mercadorias e que possuísse mais de um CTE e/ou NFe, sendo que a partir de 01/12/2015 independe a quantidade desses documentos.

Segundo a cláusula décima quarta do referido ajuste, o MDF-e deverá ser encerrado após o final do percurso descrito no documento e

¹⁶ <http://sped.rfb.gov.br/pagina/show/1507>

¹⁷ As normas que regulamentam são: Ajuste Sinief 21/2010; Ajuste Sinief 09/07; Ato Cotepe 38/2012; Convênio ICMS 92/2012

sempre que haja transbordo, redespacho, subcontratação ou substituição do veículo, de contêiner, bem como na hipótese de retenção imprevista de parte da carga transportada ou quando houver a inclusão de novas mercadorias para a mesma unidade federativa de descarregamento, através do registro deste evento conforme disposto no Manual de Orientação do Contribuinte - MDF-e.

8. Nota Fiscal Consumidor Eletrônico - NFC-e. É um documento de existência apenas digital, emitido e armazenado eletronicamente, com o intuito de documentar as operações comerciais de venda presencial ou venda para entrega em domicílio a consumidor final (pessoa física ou jurídica) em operação interna e sem geração de crédito de ICMS ao adquirente.¹⁸

A utilização desse documento fiscal é para operações de venda a consumidor final, ou seja, venda a varejo. Substituirá dois outros documentos que também tem a mesma finalidade no que tange consumidor final que são nota fiscal de venda a consumidor modelo 2, e o cupom fiscal emitido por ECF, salienta-se que não gera crédito de ICMS ao comprador.

A maioria dos estados aderiu ao projeto, sendo que alguns, por exemplo, Estado do Tocantins estão em fase inicial de implementação, enquanto outros já possuem legislação própria determinando adesão obrigatória, voluntária, prazos da obrigatoriedade.

9. Nota Fiscal de Serviço Eletrônico - NFS-e. É um documento de existência digital, gerado e armazenado eletronicamente em ambiente nacional pela RFB, pela prefeitura ou por outra entidade conveniada, para documentar as operações de prestação de serviços. O Projeto Nota Fiscal de Serviços Eletrônica está sendo desenvolvido de forma integrada, pela

As normas que regulamentam são:

18 Ajuste SINIEF 07/05 e os demais ajustes Sinief da NFe; Decreto nº 29.108/2013; Decreto 29.755/2014; Portaria SEFAZ nº. 116/2013; Portaria SEFAZ nº. 312/2014.

Receita Federal do Brasil (RFB) e Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais (Abrasf), atendendo o Protocolo de Cooperação ENAT nº 02, de 7 de dezembro de 2007, que atribuiu a coordenação e a responsabilidade pelo desenvolvimento e implantação do Projeto da NFS-e.¹⁹

3 – SISTEMA INTEGRADO E GESTÃO DA INFORMAÇÃO

Para que ocorressem os compartilhamentos de informações foi necessária a definição de um layout²⁰, com o padrão necessário para que as empresas possam se comunicar com os agentes fiscalizadores. No entanto há uma dificuldade perpetuada atualmente, para se conseguir gerar as informações nos moldes solicitados.

Com a implantação do Sistema Público de Escrituração Digital nem todos os agentes envolvidos estão ou estavam preparados para cumprir as obrigações fiscais.

A rotina contábil e empresarial teve que se adequar às mudanças impostas pela administração fiscal. As empresas, antes acostumadas a enviar as notas fiscais de aquisição de mercadorias, consumo, vendas, duplicatas e outras despesas para a contabilidade, viu-se obrigada a substituir a sistemática por arquivo no formato TXT, XML, adotado pelo ambiente nacional do SPED.

Também causou adaptação no modo de trabalhar dos controles internos da empresa. Nesse contexto, a contabilidade se reinventa como instrumento de gestão. Isso porque, prestar contas ao Fisco com foco unicamente no cumprimento de obrigações com a Receita Federal é, convenhamos, um pensamento ultrapassado. Com a intensificação e a modernização da fiscalização, torna-se imprescindível considerar o

19 <http://sped.rfb.gov.br/pagina/show/488> a NFS-e

20 É uma convenção para que dois ou mais sistemas possam se comunicar independente de suas particularidades.

conjunto da organização e não mais a contabilidade como um departamento isolado dos demais.

Esses impactos digitais impostos pelos órgãos competentes é também uma boa forma de repensar seus processos internos, administrativos, gerencias, pois, a partir do momento que a empresa passa a obter informações através de relatórios emitidos por sistemas (exemplo, sistema de automação comercial), dados mais confiáveis e ágeis, as decisões tendem a ser mais seguras e acertadas.

Nesse cenário, as empresas passam a ser “auditora gratuita dos Fiscos”, com um detalhe, informação sai da empresa e se foi equivocada ou errônea, será entregue ao auditor a sua falha, dessa forma, não pode ser visto o SPED como mais uma obrigação fiscal e tentar cumpri-la de qualquer forma, têm que utilizá-la ao seu benefício. Ficarão no mercado as empresas que se adequarem a essas mudanças.

Ressalta-se como exemplo do uso benéfico desses impactos, o controle sobre aquisição de mercadoria, tendo em vista que há créditos de ICMS nas compras de mercadorias para revenda para empresas não optantes pelo Simples Nacional. No entanto, ao adquirir mercadoria sem documento fiscal, além de ser crime, perde o direito a dedução do débito do imposto sobre a venda e se vender sem Nota Fiscal, torna uma cadeia de fraudes (podendo ser considerado como formação de quadrilha que está previsto do Código Penal), uma vez que alguém, nesse processo, será prejudicado fiscal e/ou financeiramente. Um exemplo de prejuízo financeiro para empresa se verifica quando não há dedução do imposto sobre as receitas, ocorrendo assim maior desembolso monetário.

Além da integração de informações entre Empresas e Fiscos, outro fator favorável é a integração de informações entre empresa e contabilidade. Como houve uma padronização definida por um layout, a contabilidade não precisa lançar as notas manuais, podendo pegar os arquivos gerados por seus clientes e importar para o sistema de contabilidade. Pode-se dizer que a contabilidade sofre mudanças na forma

de trabalho. Os profissionais da área contábil deixam de ser meros digitadores, assumindo múltiplas funções, como a de analista fiscal, contábil, consultores, passando a ter as mesmas informações das empresas de forma detalhada como a Receita Federal, Estadual ou Municipal, e sendo capaz de solucionar situações nas empresas com mais agilidade e segurança.

A gestão da *informação* aplicada ao sistema de informação com enfoque do processamento dos dados gera informação para os usuários internos e externos. O conceito de *informação* segundo Nakagawa (1993) é um conjunto de dados processados que possui valor, utilidade e um ciclo de vida para o usuário, gerando conhecimento e auxiliando na tomada de decisão.

Por meio da transferência das informações em tempo real (online) as empresas se aproximam do governo.

A tecnologia da informação é uma ferramenta extremamente útil para as empresas, automatizando os processos, fornecendo informações para tomadas de decisões.

“Tecnologia da informação é todo o conjunto tecnológico à disposição das empresas para efetivar seu subsistema de informação e suas operações. Esse arsenal tecnológico está normalmente ligado à informática e à telecomunicação, bem como a todo o desenvolvimento científico do processo de transmissão de dados. ” (PADOVEZE, 2004, p.51)

O SPED e o Sistema de Informação através da tecnologia de informação possibilitam níveis detalhados de dados, situação que anteriormente ao projeto não era possível.

Segundo Carvalho (2003) “O armazenamento e a manipulação de conteúdos digitais somente é possível por meio de máquinas com processadores específicos, sendo a mais conhecida o computador”.

“Na verdade, todos se beneficiarão com o sistema. Trata-se de uma mudança importante entre as transformações pelas quais a área contábil e fiscal está passando nos últimos anos, e visa dar mais transparência às operações das empresas e do próprio governo, evitando atos ilícitos. ” (NASCIMENTO, 2013, p. 61)

Nesse sentido, os benefícios do projeto SPED são diversos, como, aumento da confiabilidade da emissão de notas fiscais e contabilidade fiscal, redução dos custos com emissão de documentos fiscais em papel, simplificação do cumprimento das obrigações acessórias devido à unificação das informações prestadas aos agentes arrecadadores, aumento da competitividade entre as empresas pela diminuição da concorrência desleal decorrente da redução da sonegação fiscal, incentivo ao comércio eletrônico.

4 - REGIME TRIBUTÁRIO

É de suma importância fazer um estudo detalhado para avaliar qual é a melhor forma de tributação para a pessoa jurídica, pois, o resultado econômico obtido pode ser aplicado em investimento na empresa.

Resumidamente os regimes tributários são:

Lucro Presumido: é uma forma de tributação simplificada para determinação da base de cálculo do IRPJ e CSLL das pessoas jurídicas. A sistemática é utilizada para presumir o lucro da pessoa jurídica a partir de sua receita bruta e outras receitas sujeitas à tributação.

Lucro Real: em regra geral o IRPJ e a CSLL é apurada a partir do lucro contábil da pessoa jurídica, acrescido de ajustes positivos e negativos:

Lucro (Prejuízo) Contábil

(+) Ajustes fiscais positivos (adições)

(-) Ajustes fiscais negativos (exclusões)

(=) Lucro Real ou Prejuízo Fiscal do período

Simples Nacional: é um regime tributário diferenciado, simplificado, no qual há uma unificação de arrecadação de tributos e contribuições aplicável às Microempresas e às Empresas de Pequeno Porte, previsto Lei Complementar nº 123/2006.

No entanto é necessária cautela para a definição do método adotado para a escolha da forma tributária da empresa e

consequentemente os impactos e as obrigações tributário-fiscais que ocorrerá devido à opção escolhida.

O regime mal escolhido poderá acarretar prejuízo para a entidade, afetando-a financeiramente, pois a ideia de escolha da melhor tributação é devido à redução da carga tributária, ocorrendo assim um melhor índice monetário.

4.1 – MOMENTO DE OPÇÃO PELO REGIME DE TRIBUTAÇÃO

A opção pelo Lucro Real Anual, Lucro Real Trimestral ou Lucro Presumido será manifestada pelo pagamento da 1ª quota do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica de qualquer um dos regimes, mediante DARF, sendo que a legislação não permite mudar a forma de tributação durante o ano-calendário (art.13, Lei 9.718/98). A opção feita para o IRPJ deve ser a mesma para a CSLL.

Diferentemente do regime normal, as empresas do Simples Nacional têm que efetuar a opção diretamente no site da RFB no mês de janeiro, até seu último dia e seus efeitos ocorrerá desde o dia primeiro do ano calendário e para empresas em início de atividade poderá ser feito até 30 (trinta) dias contados do último deferimento de inscrição, desde que não tenham decorrido 180 (cento e oitenta) dias da data de abertura do CNPJ. (Art. 16, §2º LC 123/2006 e Art. 7º, §3º Resolução CGSN nº 4 de 2007).

4.2 – REGIME TRIBUTÁRIO DE TRANSIÇÃO (RTT)

A Instrução Normativa RFB nº 949, de 16 de junho de 2009 regulamenta o RTT e institui o Controle Fiscal Contábil de Transição (FCONT). A Lei 6.404/76 sofreu alteração em 2007, no dia 28 de dezembro, com a Lei 11.638 que veio trazer os padrões internacionais contábeis (IFRS), com novos conceitos que atualizou as demonstrações, lançamentos, estrutura do plano de contas, dentre outras, como também novos critérios de reconhecimento das receitas, custos e despesas e a Receita Federal não admitia esses novos critérios.

São notórias as influências dos critérios fiscais no cenário contábil brasileiro. O RTT foi criado através da Medida Provisória 449/2008 que posteriormente virou a Lei 11.941/2009, que dentre as alterações trouxe a neutralidade dos impactos tributários decorrentes dos novos critérios introduzidos pela Lei 11.638/2007, sendo que em 2008 e 2009 o Regime Tributário de Transição era opcional e sua adesão se dava de forma irretratável e a partir de 2010 a sua inclusão se torna obrigatório.

A utilização do FCONT se fez necessária para eliminar os critérios que modificaram os reconhecimentos das receitas, custos e despesas introduzidas pela Lei 1.638/2007 para apuração do lucro líquido, evitando assim grandes impactos tributários, não podendo ser substituído por qualquer outro meio de cálculo. Então o FCONT foi inserido no SPED como um módulo, destinando a obrigatoriedade para as empresas tributadas pelo Lucro Real.

O Regime Tributário de Transição foi de fato transitório, pois, foi extinto pela Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, dessa forma, o ano calendário de 2014 foi o último ano a ser transmitida essa declaração com o prazo até 30 de junho de 2016.

É importante frisar que o fim do RTT o FCONT foi “substituído” pela ECF.

4.3 – OBRIGAÇÕES FISCAIS SUBSTITUÍDAS

Pode-se perceber no quadro abaixo as obrigações fiscais que foram e outras que ainda virão a ser substituídas pelo projeto SPED, onde documentos físicos estão convertendo para digitais, como também as declarações acessórias com informações sintéticas se tornando detalhadas e centralizadas, para que cada órgão fiscalizador das esferas Federal, Estadual e Municipal busquem as informações necessárias, ocorrendo dessa forma o compartilhamento de informações entre elas.

Figura 3 – Obrigações fiscais substituídas

MODULOS SPED	SUBSTITUI								
CTE	CTRC mod. 8	CTAC mod. 9	CA mod. 10	CTFC mod. 11	NFSTFC mod. 27	NFST mod. 7	Transporte Dutoviário		
ECD	Livro Diário e seus auxiliares	Livro Razão e seus auxiliares	Livro Balancetes Diários, Balanços e fichas de lançamento comprobatórios dos assentamentos neles transcritos						
ECF	DIPJ ou EFD-IRPJ	FCONT	g-LALUR	g-LACS					
EFD Contribuições	DACON								
EFD ICMS/IPI	Livro de Entrada	Livro de Saída	Livro de Apuração do ICMS	Livro do IPI	Livro de Inventário	**LMC	*GIAM, GIA, DIEF (vária de estado)	*SINTEGRA	Livro de Controle da Produção e do Estoque mod. 3
EFD REINF	**CPRB da EFD Contribuições	**DIRF							
g-FINANCEIRA	DIMOF								
g-SOCIAL	MTE	RAIS	RECEITA FEDERAL	DIRF	PREVIDENCIA SOCIAL	CAIXA	SEFIP	CAGED	
MDF-e	Manifesto de Carga mod. 25								
NF-e	NF M1 ou 1*	NF de Produtor Rural modelo 04	NF Avulsa						
NFS-e	NF de Serviço	DMS							
NFC-e	*NF Consumidor mod. 2	*Cupom Fiscal							

* A critério de cada Estado

** Não substituiu ainda

O compartilhamento de informações entre todas as esferas de forma centralizada, dá a cada fisco, documentação, inclusive comparativas; permite analisar os dados enviados e se realmente não há divergência, numa busca de encontrar meios evasivos, ou seja, meios ilícitos de sonegação. Vislumbra-se mencionar que essa presença mais constante, implicará aumento da arrecadação de tributos. Observe-se, no apêndice, que nos últimos dez anos (período que o Sistema Público de Escrituração Digital está em vigor) o aumento de arrecadação por UFs teve um crescimento considerável.

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização de novas tecnologias tem mudado consideravelmente o cotidiano das empresas. O presente estudo procurou investigar as mudanças das obrigações fiscais, tendo em vista a necessidade de padronização e informações mais detalhadas, ante o mercado competitivo e igualitário.

Os objetivos foram alcançados, parte na fundamentação teórica e parte através dos resultados obtidos, visto que, discorreu-se nesta pesquisa, além de demonstrar, por meio da análise das informações apresentadas, também foi possível identificar os benefícios proporcionados

e desafios enfrentados pela empresa com a obrigatoriedade da implantação do SPED.

Diante do apresentado, acredita no Sistema Público de Escrituração Digital e em seus subprojetos. Contudo a forma que foi e está sendo implementando repercute no cenário atual, pois, nem todos estão e nem estavam preparados para essas turbulências de informações e principalmente munidos de tecnologias que lhes ajudassem.

Os impactos do SPED estão sendo severos e punitivos, principalmente para classe empresarial, que está aos poucos tendo que se adequar a essa nova realidade que se vê com bons olhos, pois necessitamos de um mercado leal, onde os preços dos produtos sejam competitivos de forma lícita, por consequência propicia um mercado competitivo e igualitário.

Os agentes fiscalizadores estão se adaptando também a esse novo cenário.

Analise se os órgãos fiscalizadores têm até cinco anos para fiscalizar as obrigações enviadas hoje. Imagine cinco anos atrás como eram a fiscalização e os meios tecnológicos e os cinco anos posterior.

Entende-se que alguns projetos necessitam de melhorias, para que falhas em um subprojeto não afetem outro, como por exemplo, a Nota Fiscal Eletrônica, existem erros que não são validados na emissão da NF-e, porém no SPED PIS/COFINS atualmente EFD Contribuições são verificados erros na emissão das notas fiscais eletrônicas.

Contudo a pesquisa evidencia que com a tecnologia e as informações virtuais acarreta redução dos custos com armazenagem, encadernação, aquisição e impressão de papeis e livros. Por fim, espera-se que esta pesquisa tenha contribuído para reflexão do tema abordado, de modo a destacar que o projeto SPED já é uma realidade nas organizações e que a utilização dessa ferramenta possibilita maior eficiência e transparência no processo de gestão empresarial, como exige a sociedade moderna.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 dezembro de 1976. **Dispõe sobre as Sociedades por Ações**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, 17 dezembro 1976.

Constituição (2003) **Constituição da República Federativa do Brasil**, DF, 1988. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/legislacao/const/>> Acesso em 15 março de 2016.

DENZIN, Norman. K.; LINCOLN, Yvonna. S. - **Handbook of qualitative research**. London, Sage Publication, 1994. 643p.

FLICK, Uwe. **Introdução à Pesquisa Qualitativa**. Porto Alegre: Artmed, 2009.

Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004. **Dispõe sobre a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social incidentes sobre a importação de bens e serviços e dá outras providências**.

Lei nº 11.638 de 28 de dezembro de 2007. **Altera e revoga dispositivos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, Lei das S/A**.

LUFT, Celso Pedro, **Minidicionário Luft** / Colaboradores Francisco de Assis Barbosa, Manuel de Cunha Pereira – São Paulo: Ática, 2000.

PARA STF, a e-financeira não é inconstitucional. Rio de Janeiro, 02 de março 2016, <<http://www.sescon-rj.org.br/wp/noticia/para-stf-a-e-financeira-nao-e-inconstitucional/>> Acesso em 05 maio de 2016.

Portal da Secretaria de Estado da Fazenda. **Legislação Estadual, Declaração de Informações Econômicas e Fiscais e Escrituração Fiscal Digital**: Disponível em <<http://www.sefaz.ma.gov.br>> Acesso em 24 julho de 2016.

_____. **Legislação Estadual, Declaração de Informações Econômicas e Fiscais e Escrituração Fiscal Digital**: Disponível em <<http://www.sefa.pa.gov.br>> Acesso em 15 março de 2016.

_____. **Legislação Estadual, Declaração Periódica de Informações e Escrituração Fiscal Digital**: Disponível em <<http://www.sefa.go.gov.br>> Acesso em 15 março de 2016.

_____. **Legislação Estadual, Guia de Informação e Apuração Mensal do ICMS e Escrituração Fiscal Digital**: Disponível em <<http://www.sefaz.to.gov.br>> Acesso em 05 agosto de 2016.

Portal da Secretaria da Receita Federal. **Sistema Público de Escrituração Digital**: Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/sped>> Acesso mensal durante toda a execução e a conclusão do artigo.

_____. Decreto nº 6.022, de 22 de janeiro de 2007. **Institui o Sistema Público de Escrituração Digital – SPED.** Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/decretos/2007>> Acesso em 05 agosto de 2016.

_____. Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001. **Dispõe sobre o Programa de Recuperação Fiscal. Congresso Nacional, 14 fevereiro 2001.** Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao>> Acesso em 30 julho de 2016.

_____. Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003. **Dispõe sobre o Parcelamento de Débitos junto a SRF.** Brasília, DF, 30 maio 2003. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao>> Acesso em 25 julho de 2016.

_____. MP nº 303, de 29 de junho de 2006. **Dispõe sobre o Parcelamento de Débitos junto a SRF.** Brasília, DF, 29 junho 2006. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao>> Acesso em 30 janeiro de 2016.

REZEK, Francisco José de Castro. Sigilo bancário e a e-Financeira: uma discussão de longa data. Disponível em <<http://www.franciscorezek.adv.br/2016/03/15/sigilo-bancario-e-a-e-financeira-uma-discussao-de-longa-data/>> Acesso em 05 maio de 2016.

SABBAG, Eduardo de Moraes, **Direito tributário** – São Paulo: Premier Máxima, 2005. – 8º edição.

SILVA, Antônio Carlos Ribeiro da; **Metodologia da pesquisa aplicada à contabilidade** - 1 ed.; São Paulo; Atlas; 2003.

STF inicia julgamento sobre acesso do Fisco a dados bancários sem ordem judicial. Brasília, 17 de fevereiro de 2016, <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310097>> Acesso em 05 maio de 2016.

APÊNDICE

Abaixo a arrecadação Federal dos anos de 2006 a 2015, deixando evidente que quanto maior a presença fiscal, maior o resultado.

RECEITAS ADMINISTRADAS PELA RFB POR UF										
UF	ANO DE 2006 R\$	ANO DE 2007 R\$	ANO DE 2008 R\$	ANO DE 2009 R\$	ANO DE 2010 R\$	ANO DE 2011 R\$	ANO DE 2012 R\$	ANO DE 2013 R\$	ANO DE 2014 R\$	ANO DE 2015 R\$
AC	156.141.612	173.522.778	199.849.008	236.441.981	289.392.279	348.725.501,71	380.360.890	435.435.780	1.160.225.687	1.131.740.586
AL	626.094.191	764.812.445	879.685.229	894.878.466	1.046.357.219	1.459.581.345,76	1.545.168.273	1.634.930.821	3.491.616.980	3.583.407.608
AM	4.881.731.217	5.610.661.472	7.134.175.529	6.221.883.180	7.408.777.014	8.518.885.175,03	8.905.133.223	10.097.835.347	13.652.654.140	12.949.083.805
AP	149.392.482	203.715.422	224.680.608	219.584.904	241.418.712	435.629.651,59	456.212.267	473.858.700	926.446.836	886.844.179
BA	7.904.452.333	8.637.422.583	9.836.282.278	9.643.266.461	10.941.095.913	12.805.592.068,96	13.647.514.336	15.213.322.397	24.218.232.023	23.940.961.194
CE	3.433.160.852	3.885.623.869	4.431.825.449	4.699.607.312	5.918.000.237	7.344.724.138,01	8.052.614.893	8.927.113.678	16.821.069.139	17.363.556.747
DF	35.427.604.152	40.856.649.538	38.210.533.001	48.212.072.629	52.608.247.313	65.769.810.586,96	71.539.876.231	78.135.278.212	99.104.333.829	110.333.800.909
ES	6.396.664.437	7.580.407.671	10.072.622.713	7.939.278.010	10.111.785.858	14.201.206.947,40	14.134.812.019	13.542.209.548	18.661.445.750	19.124.875.879
GO	3.038.613.645	3.782.613.932	5.157.375.292	5.259.305.417	6.932.986.438	8.479.957.352,90	8.364.760.109	8.595.300.845	14.404.000.241	14.330.091.612
MA	1.526.790.958	1.774.197.081	2.123.563.348	1.839.749.806	2.789.276.654	3.700.619.840,23	4.317.093.246	3.766.237.239	6.687.645.590	6.868.347.790
MG	20.287.281.808	25.068.967.729	28.345.921.876	25.732.805.391	30.376.361.779	35.922.397.273,71	38.032.629.337	42.080.866.476	70.619.574.498	68.654.234.506
MS	980.746.092	1.113.142.913	1.546.347.540	1.492.806.216	1.708.804.121	2.423.367.463,19	2.653.222.000	3.048.297.390	6.546.505.210	6.704.044.080
MT	1.316.531.479	1.592.685.206	1.905.784.562	1.941.015.130	2.247.511.552	2.993.386.023,25	3.474.816.006	3.955.496.869	8.047.571.740	8.212.720.846
PA	1.830.071.499	2.085.053.011	2.374.959.568	2.360.010.125	2.619.573.901	3.490.365.355,18	4.234.149.179	4.570.478.436	9.403.238.337	9.620.026.942
PB	900.095.754	955.585.690	1.202.234.144	1.310.587.067	1.548.367.712	2.167.431.637,06	2.493.823.635	2.804.645.874	5.430.035.798	5.648.765.431
PE	4.550.879.605	5.575.889.000	6.670.809.582	7.040.875.117	8.249.975.703	10.686.386.945,56	12.374.726.066	12.621.569.194	20.957.573.497	21.494.681.196
PI	523.832.719	608.155.659	741.093.175	820.951.236	982.082.054	1.234.437.789,35	1.388.214.963	1.545.963.153	3.220.748.083	3.332.382.349
PR	15.406.791.768	19.266.664.002	22.267.194.718	20.832.128.897	27.138.034.709	35.282.517.649,03	38.191.163.553	40.486.353.960	59.881.674.922	60.317.389.038
RJ	72.144.910.380	78.910.906.360	90.768.187.359	83.894.764.884	96.023.825.350	114.255.996.399,97	109.350.814.667	129.264.203.100	168.199.755.245	184.662.627.620
RN	920.514.105	1.091.094.074	1.286.306.054	1.385.211.261	1.610.798.142	2.158.449.988,02	2.447.747.160	2.648.709.037	4.919.521.194	5.143.018.773
RO	454.376.905	511.070.192	625.761.478	673.964.262	790.131.208	1.133.450.556,34	1.252.273.704	1.308.879.482	2.716.384.410	2.739.721.590
RR	115.567.600	140.385.619	176.304.254	196.004.365	221.415.163	360.635.285,45	414.400.697	460.214.080	901.526.947	906.631.377
RS	17.338.857.826	19.734.381.733	21.881.732.640	21.630.406.696	26.772.416.106	30.524.095.735,45	32.035.904.107	34.717.871.051	60.663.596.201	60.596.880.903
SC	8.850.585.481	10.665.982.066	13.360.023.863	13.311.361.074	17.859.960.859	21.441.002.772,19	23.281.904.521	26.760.518.651	45.198.799.486	46.035.148.957
SE	691.513.433	801.801.000	941.773.890	977.352.255	1.188.000.504	1.575.541.452,86	1.908.301.722	1.927.849.232	3.599.771.169	3.751.735.915
SP	162.075.340.658	189.532.321.311	206.906.496.556	201.650.490.959	227.198.587.614	278.000.155.065,28	284.259.332.997	318.357.330.144	475.661.339.930	491.149.724.843
TO	338.026.990	358.025.274	453.238.655	459.899.634	517.706.044	626.718.711,44	730.643.216	860.678.765	1.717.240.354	1.757.390.359
TOTAL	372.266.569.979	431.281.737.630	479.724.762.366	470.876.702.736	545.340.890.158	667.341.068.711,88	689.767.613.018	768.241.447.461	1.146.812.527.236	1.191.239.835.034

Fonte: Galthieri A. de S. Lopes (2016) com dados da Receita Federal do Brasil.

A LEGALIDADE E O TRATAMENTO ISONÔMICO NA PRÁTICA JURÍDICO SOCIAL BRASILEIRA.

ERIC COSTA CANDIDO: formado na Universidade Paranaense - UNIPAR, advogado atuante até o ano de 2008 (OAB-PR 30651), quando então passou a integrar os quadros da Polícia Civil do Paraná.

Resumo: O presente artigo propôs uma crítica à legalidade como uma construção do poder político e econômico, e seu caráter universal, ou seja, isonômico, buscando demonstrar que legalidade não é justiça, e igualdade jurídica não implica em igualdade real. Para tanto, inicialmente lançou mão de um resgate histórico do princípio da isonomia, e uma análise deste em contraste com sua aplicação real, no seio das relações humanas nos Estados democráticos de direito. Traçando um paralelo, objetivou-se a análise das práticas político, sociais, e jurídicas do Estado brasileiro, fazendo uma breve consideração histórica, e apontamentos objetivos de tais práticas no presente.

Palavras-chave: Legalidade; Igualdade; Aparelhos ideológicos de Estado; Universalidade.

SUMÁRIO: 1.Introdução, 2.Igualdade Jurídica e Desigualdade Real, 3.Liberdade e Igualdade dentro dos Estados Liberais, 3. Estado Brasileiro: Legalidade e práticas Jurídico-Sociais, 4.Conclusão,5.Referencias.

INTRODUÇÃO.

As contradições sociais, a relação do direito com a política, economia, cultura, religiões, classes sociais, ou seja, todas as relações humanas que são constituintes e constituídas pelo direito, - e aí inclui-se também a preocupação com as apreciações do direito com o justo e o injusto na sociedade, - revelam a filosofia do direito como expressão máxima deste enquanto verdade social. A filosofia do direito é uma verdade jurídica que exerce uma relação com o todo histórico e social e

não somente com a técnica e a dogmática jurídica. A filosofia se debruça sobre a história para apontar-lhe sua superação.

A história da legalidade e os caminhos por esta trilhados demonstra que, ao se legitimar a igualdade formal, legitima-se ao mesmo tempo uma relação existencial de desigualdade, ou seja, a sua própria contradição. Surge então indagações a este cenário: por que isto ocorre? E como isto ocorre?

Os princípios norteadores do direito moderno, tais quais um dia foram lema das revoluções burguesas do século XVIII, como a liberdade e igualdade, são deveras abstratos, e se apresentam muito aquém daquilo que os textos constitucionais predizem. Entender e esclarecer como se apresentam tais princípios em nosso tempo, nos Estados Democráticos de direito, afastando para tal a filosofia do direito, da legitimidade dada a este, conduz à um caminho de compreensão quanto às relações jurídicas no seio da sociedade capitalista, porque, como e para que se dão tais relações.

O objeto do presente trabalho, é a legalidade burguesa, e burguesa porque, historicamente é assim que ela se constrói e se demonstra, toda sua lógica, estrutura, essência, partem das práticas sociais dessa classe, a logicidade das trocas mercantis, das práticas capitalistas, se aplica, e isto com o suporte jurídico-político, às relações humanas no geral.

Contudo, não se quer aqui, apresentar verdades absolutas e inquestionáveis, o que seria totalmente contraproducente à uma filosofia crítica do direito, mas antes fazer uma leitura da legalidade como uma construção do poder e não da justiça, uma análise que confronte os valores adotados como quase que absolutos pelo conservadorismo jurídico, chamando-os ao debate, e assim repensar, não apenas os rumos do direito, mas todo o contexto social ao qual estamos inseridos.

IGUALDADE JURÍDICA E DESIGUALDADE REAL

Um dos mais consagrados princípios do direito, o princípio da igualdade, ou isonomia, - cujo apregoa a igualdade formal, constituído de um viés essencialmente universalista, posto que promete a todos os indivíduos um tratamento igualitário perante a lei, - tem sua primeira aparição em direito positivado, na Lei das XII tábuas (aprox. 450 a. C.), que remonta a origem do direito romano, anos mais tarde, aparece no Édito de Caracala (212 d. C.), por meio do qual o imperador romano Caracala concedeu o direito de cidadania a todos os indivíduos livres do império, outros marcos históricos importantes foram a carta magna de 1215, a revolução francesa e a Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789, a revolução americana de 1776, e mais recentemente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 pela ONU.

A igualdade formal se constitui em verdadeiro princípio basilar das constituições dos Estados modernos, um farol, que ilumina o caminho do legislador, do intérprete da lei, bem como do indivíduo. Entretanto, a par das considerações formais, existe uma realidade social heterogênea e dinâmica, a qual, o princípio da isonomia uma vez confrontado, não resiste em suas bases legalistas; deste confronto, depreende-se uma relação dialética, tendo, pois, como tese, a igualdade formal, e como antítese, a desigualdade real.

Trata-se, portanto, de avaliar as próprias contradições do direito dentro desta relação dialética, para desta forma compreender as insuficiências da legalidade em fazer cumprir seu papel universalista.

Neste sentido, aponta Mascaro (2008, p.22):

O elogio da legalidade é o elogio de um mundo cuja lógica faz com que a exploração seja relegada aos porões da vida social. O mando direto transforma-se no acordo do trabalho. A servidão torna-se trabalho assalariado, e sua forma jurídica é a vontade, não o eito. A riqueza insinua razões e justificativas, e não o acaso de nascimento. Os lucros no negócio são resultado da vontade comum no comércio, não mais resultado do confisco nem

do roubo. A lei garante um mundo cuja transação é formalizada pela aparência de equivalência social, e, ao sacralizar a igualdade legal, guarda nos porões escondidos da sociedade aquilo que o altar das leis não vê: a injustiça real, a coerção econômica, a desigualdade que se mantém e a brutal diferença que o sistema social mantém e agrava. Ao olhar para o altar das leis, o caleidoscópio social se inebria daquilo que sob seus pés não é imediatamente percebido: a igualdade jurídica não é igualdade real, a legalidade não é justiça.

LIBERDADE E IGUALDADE DENTRO DOS ESTADOS LIBERAIS

Nas então denominadas democracias burguesas, ou Estados Democráticos de Direito, ou ainda Estados liberais, a liberdade de cada indivíduo é limitada unicamente pela liberdade dos demais, o Estado a princípio, não intervém, a não ser para assegurar a liberdade individual, impedindo, desta forma, que a liberdade jurídica de alguns se exerça, em detrimento a mesma liberdade jurídica de outros. Neste liame, entende-se que o limite da vontade e ação de cada indivíduo é determinado pela vontade concorrente dos demais, portanto, a harmonia social se sustenta, em regra, por acordo entre partes. É por meio de acordos expressos, ou tácitos, que se determina o que cada um pode, deve, ou não fazer.

Este padrão de condutas se molda pelos mesmos padrões das transações mercantis, estas são ajustadas pelo livre consentimento das partes envolvidas, constata-se então que a democracia burguesa, é a forma político-social e jurídica do sistema capitalista, e transcende por esse motivo, para as relações humanas no geral, a norma das relações econômicas constituintes deste sistema^[1]. [PRADO JUNIOR, 1985, pag. 12].

Em tese, qualquer indivíduo é livre para acordar, negociar com seus semelhantes, aceitar ou negar condições contratualmente expressas, sejam elas escritas ou apenas faladas, como também para

discutir propostas e apresentar as suas, tudo isto ele fará sem constrangimento legal, sem a influência de forças estranhas a não ser sua própria vontade, e fará tais atos, em pé de igualdade com os demais, visto que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, permite a aplicação dos mesmos nas relações entre particulares, e não apenas Estado indivíduo.

Essa igualdade dos indivíduos na liberdade de se acordarem entre si é, contudo, uma igualdade jurídica, isto é, uma liberdade de direito e não de fato. Em outras palavras, o direito, a lei não intervêm. A igualdade que o direito burguês figura é na base de uma personalidade abstrata que caberia ao indivíduo em si destacado das situações concretas em que se encontra ou pode se encontrar. A realidade, no entretanto, é que os indivíduos, por força daquelas situações, são muito desiguais, e são particularmente naquilo que mais contribui na fixação dos limites e do alcance da sua ação. A saber, na sua posição dentro da estrutura econômica da sociedade. Decorre daí que a liberdade de cada um variará muito, pois será função de desigualdade real existente à margem da esfera jurídica. [PRADO JUNIOR, 1985, pag. 13].

Para o direito moderno burguês, o indivíduo é soberano em sua esfera da vontade, e o meio social no qual este se insere, não o comprime nem o pressiona de todos os lados e a todo momento, não o força a trilhar caminhos predeterminados pela ordem estabelecida, visto que o livre arbítrio é quem o rege. A princípio, e teoricamente, o indivíduo, a rigor, possui diferentes alternativas pelas quais possa agir e se determinar, porém, na maior parte das vezes, tais alternativas se impõem de certa maneira, ensejando uma necessidade, uma verdadeira imposição da qual não há escape. Esta coerção indireta, e implícita, é legitimada pela lei, que se constitui em um dos diversos aparelhos ideológicos de Estado. Para se compreender a relação incongruente

entre igualdade jurídica e desigualdade real, faz-se necessário lançar mão de uma análise quanto à relação entre ideologia e direito.

LEGALIDADE E PRÁTICAS JURÍDICO-SOCIAIS NO ESTADO BRASILEIRO.

A formação do ordenamento jurídico brasileiro é fortemente influenciada por paradoxos e problemas históricos nacionais, a carta de 1824 nasce do grande mito da independência; a república totalmente ausente do seu sentido literal latino onde a “res publica”, a coisa pública, é tomada como estatal, privada, ou ambos ao mesmo tempo; um país que vivenciou poucos períodos democráticos e conseqüentemente diversos golpes que resultaram em governos ditatoriais; o Brasil, um projeto alheio, de colônia, nas palavras do Professor Darcy Ribeiro:

Pela vontade deles, os índios, os negros e todos nós, mestiços deles, recrutados pela empresa colonial, prosseguiríamos na função que nos foi prescrita de proletariado de ultramar, destinado a produzir mercadoria exportável, sem jamais chegar a ser gente com destino próprio. Às vezes penso que continuamos cumprindo esse desígnio mesmo sem os portugueses, debaixo do guante da velha classe dominante de descendentes dos senhores de escravos que se seguiu a eles no exercício do poder e das novas elites cujo setor predominante é, hoje, o corpo gerencial das multinacionais. Os mesmos tecnocratas ainda meninos, mas já aconselhando governos se afundam ainda mais no espontaneísmo do mercado e na irresponsabilidade social do neoliberalismo” [RIBEIRO, 2015, p.225].

A legalidade brasileira destoa historicamente, ao modelo geral que serve de entendimento da formação da teoria jurídica europeia, e isto deve-se à própria história brasileira e latino-americana e a formação de tais Estados, que serviam como colônias de exploração ao capitalismo central.

A História brasileira e latino-americana é a História de um determinado capitalismo, do capitalismo tardio (...). Reversamente, a História do capitalismo é também a nossa História: o capitalismo não pode formar-se sem o apoio da acumulação colonial; o capitalismo industrial valeu-se da periferia para rebaixar o custo de reprodução tanto da força de trabalho quanto dos elementos componentes do capital constante; ademais, dela se serviu quer como mercado para sua produção industrial, quer como campo de exploração de capital financeiro e, mais adiante, produtivo. (CARDOSO DE MELLO, 1998, p.177).

Sérgio Buarque de Holanda dirá “a democracia no Brasil sempre foi um grande mal entendido”, de fato, historicamente, o povo brasileiro, pouco contato teve com a consciência democrática, e cidadania; diversos golpes ao decorrer da história brasileira, interromperam os governos democráticos, golpes estes financiados por países estrangeiros, e ainda, tais Estados estrangeiros quando não por meio de golpes, controlava e controla o Estado brasileiro, fazendo valer seus interesses econômicos, determinando os caminhos os quais a economia deve percorrer, e impondo sanções, limites, e vontades na obtenção de lucro, e da supremacia político-ideológica. Entende-se que há, ainda por parte do Estado brasileiro, uma grande submissão à interesses de Estados estrangeiros, o que interfere diretamente, não apenas na soberania nacional, mas nas próprias políticas públicas desempenhadas em território tupiniquim.

Esta soberania nacional, apenas no sentido formal, abre margem para que, as instituições democráticas brasileiras, sejam organizadas em prol de interesses diversos, estranhos à efetivação da cidadania e dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição de 1988. Conforme o Professor Eros Grau (1995, p. 35-36 apud MASCARO, 2008, p.186-187):

A constituição do Brasil, de 1988, define (...) um modelo econômico de bem-estar. Esse modelo, desenhado desde o disposto nos seus arts.1º e 3º, até o quanto enunciado no seu art. 170, não pode ser ignorado pelo Poder Executivo, cuja vinculação pelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo é óbvia. Assim, os programas de governo deste e daquele Presidentes da República é que devem ser adaptados à Constituição, e não o inverso, como se tem pretendido. A incompatibilidade entre qualquer deles e o modelo econômico por ela definido consubstancia situação de inconstitucionalidade, institucional e/ou normativa. Sob nenhum pretexto, enquanto não alteradas aquelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo poderão vir a ser elas afrontadas por qualquer programa de governo. E assim há de ser ainda que o discurso que agrada à unanimidade nacional seja dedicado à crítica da Constituição. A substituição do modelo de economia de bem-estar consagrado na Constituição de 1988 por outro, neoliberal, não poderá ser efetivada sem a prévia alteração dos preceitos contidos nos seus arts. 1º, 3º e 170. Em outros termos: essa substituição não pode ser operada sub-repticiamente, como se os nossos governantes pretendessem ocultar o seu comprometimento com a ideologia neoliberal.

Tal questionamento levantado pelo Professor Eros Grau, ainda na década de 1990, aplica-se hodiernamente, tanto em alguns aspectos do governo Dilma, quanto dos primeiros meses do governo Temer. E esta afirmação se dá pelas práticas destes dois governos, projetos de privatizações, cortes de investimentos sociais, propostas de emenda constitucional no intuito de congelar gastos públicos, sem contudo proceder à caminhos que confrontariam o capital financeiro, como a

auditoria da dívida pública^[2], prevista no texto constitucional, a tributação sobre grandes fortunas também prevista no texto constitucional. Tais práticas governamentais que aplicam duras penas aos cidadãos e não fere com os interesses das grandes corporações, do capital financeiro, tem razão de ser, e isto encontra-se no próprio caráter do Estado, e do direito, que burgueses, protegem interesse de classe, seja por meio da política, seja por meio do judiciário.

Os poderes verticalizados em relações de subordinação negam a horizontalidade da cidadania imposta pela legalidade, visto que tal cidadania apregoada pelo texto constitucional, não oferece nem o mínimo de igualdade formal.

Passados 27 anos de vigência da constituição de 1988, a realidade social nos mostra a concepção individualista hegemônica da sociedade em detrimento à um sentimento solidário, e a dificuldade dos cidadãos em verem seus direitos fundamentais efetivados.

Esta conclusão é alcançada quando se leva em consideração as ações cotidianas do Estado brasileiro, como a criminalização das classes não inseridas no mercado de consumo (em sua maioria negra e pobre); no pouco caso da mídia e do judiciário quanto a apuração dos assassinatos de camponeses e indígenas pelo interior do país cometidos por latifundiários; na não realização da reforma agrária e urbana; nas decisões judiciais que priorizam a especulação imobiliária e o latifúndio improdutivo ao invés de se fazer valer o princípio da dignidade humana e a função social da terra. (BEZERRA, 2014, p. 4,5).

Ante este cenário, o Estado brasileiro passa por uma verdadeira judicialização de setores cujo responsável é o poder executivo: saúde, habitação, educação, são exemplos, transformando o judiciário, (e não tão somente as ruas) num espaço de luta para que os indivíduos possam exigir seus direitos tanto individuais como coletivos, na medida em que estes entendem a desigualdade não como um dado adquirido, mas uma injustiça. O professor Boaventura de Souza Santos (2011, p. 16) assim assevera:

A nova fase do constitucionalismo que hoje se vive no continente latino-americano - que se iniciou com a Constituição brasileira de 1988, prolongou-se na Constituição de 1991 da Colômbia e que agora tem um novo alcance com as novas Constituições da Bolívia, do Equador e da Venezuela – concede força constitucional a um novo catálogo de direitos sociais que a hipocrisia e a falta de vontade política dos governantes não têm, até o momento, tornado efetivos.

Grande parte da litigação que hoje chega aos tribunais deve-se ao desmantelamento do Estado social, e isto não apenas no Brasil como em muitos países do mundo. O Estado de bem-estar, teve seu desenvolvimento e aplicação principalmente no pós 2ª guerra mundial, ele caracteriza-se por um Estado intervencionista, que por meio de políticas públicas institucionais, muitas delas, positivadas, e garantidas pelos direitos sociais, oferece serviços essenciais ao povo como: saúde, educação, esporte, lazer, habitação, alimentação.

Quando se observa países da Europa em que vigora o Estado de bem-estar, como Suécia e Holanda, verifica-se o baixíssimo nível de litigação judicial. Isto nos leva a conclusão de que a litigação tem a ver com culturas jurídicas e políticas, e com o grau e nível de efetivação dos direitos garantidos pelos textos constitucionais.

A constituição de 1988, ampliou o rol de direitos, não apenas civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, mas também, dos chamados na doutrina jurídica direitos de terceira geração, quais sejam: meio ambiente, direitos do consumidor, e qualidade de vida. Também ofereceu mecanismos para o acesso às cortes superiores, como a ampliação do rol de legitimados para propor as ações de controle de constitucionalidade concentrado, e a possibilidade de associações interporem ações em nome dos associados, como também, propôs um modelo público de assistência judiciária e acesso efetivo à tutela jurisdicional. Os instrumentos que outrora, durante o período ditatorial,

como a ação civil pública e ação popular, ganharam novo fôlego com a carta de 1988.

No entanto, ainda que formalmente, exista um Estado democrático de direito, este se demonstra, como Estado oligárquico, preservando privilégios de classe, principalmente a política, como também, contemplando interesses de latifundiários, multinacionais, e das poucas famílias que detém o monopólio dos meios de comunicação.

Os direitos sociais, se constituem em uma garantia capitalista contra a ruptura do próprio sistema, como também, representam a possibilidade de sua auto reprodução, é necessário pois ao Estado, que este ofereça serviços, ainda que mínimos ao povo, para que este não se insurja contra ele, as lutas por mais ou menos direitos, vão ser sempre limitadas por algum dispositivo jurídico, ficando o indivíduo preso, ao ciclo, à vontade, à lógica do direito burguês.

Grandes avanços e conquistas foram feitas, da redemocratização e promulgação da carta de 1988, como também, inúmeros retrocessos, e isto coloca em xeque a efetividade do texto constitucional, na tentativa do legislador em conciliar valores liberais, individualistas, com valores sociais de caráter solidário e fraterno.

CONCLUSÃO.

O discurso jusfilosófico da isonomia, da legalidade como uma válida universalidade, que se aplica à todos indistintamente, resume-se num discurso falso, ideológico, classista, parcial. Uma legalidade que se apresenta como universal, mas que de fato não o é, demonstra-se claramente como privilégio e divisão, um contraponto com a dialética da opressão do todo social, demonstra a fragilidade, e inverdade, da garantia legal de liberdade e igualdade, de um lado, os que vivem e desfrutam do direito, das leis, da máquina Estatal, de outro, a injustiça, a carência, a exploração, a miséria. O mesmo direito que afirma a validade dos contratos, não afirma a efetividade dos direitos sociais, e isto ocorre conseqüentemente, pelo que foi apresentado no presente trabalho, a legalidade é uma construção do poder, e não da justiça.

Romper com o legalismo exacerbado, com o mundo da *lex mercatória* institucionalizada, que faz do direito uma mera ciência normativa estatal, que iguala, na universalidade da própria técnica legislativa, as subjetividades, as diferenças sociais, as necessidades e expectativas diversas, é ampliar os horizontes da realidade social contemplada pelo direito.

A política, o direito, e o aparato Estatal, não constituindo uma máquina perfeita, abriu margem para que o mundo conhecesse diferentes formas de organização social, que não o Estado burguês, como o Estado intervencionista, o totalitarismo, e o socialismo. No entanto, tais propostas, (algumas como esperanças, outras, como medo), projetos de cumprimento das promessas da modernidade, como o socialismo, fracassaram na empreita, visto que os Estados socialistas (da forma como se apresentaram) ao se tornarem totalitários, ditatoriais, abandonaram a própria filosofia crítica, como também a democracia e a real participação popular.

Ante as estruturas do presente, que se demonstra injusto por natureza, os postulados jurídicos capazes de alterá-lo, só poderão advir, dos ímpetos das classes subjugadas, dos pobres, dos negros, das mulheres, dos refugiados, das minorias, dos estudantes, dos trabalhadores. Assim trata Bloch (1985, p. 234 apud MASCARO, 2016, p. 586):

As utopias sociais estão dirigidas principalmente à *sorte (Glück)*, ou, pelo menos, à eliminação da necessidade e das circunstâncias que mantêm ou produzem aquela. As teorias jusnaturalistas, pelo contrário, como se viu claramente, estão dirigidas predominantemente à *dignidade*, aos direitos do homem, a garantias jurídicas de segurança ou liberdade humanas, como categorias de orgulho humano. E de acordo com isso, a utopia social está dirigida, sobretudo, à eliminação da *miséria (Elends)* humana, enquanto que o direito natural está dirigido, acima de tudo, à eliminação

da *humilhação*(*Erniedrigung*) humana. A utopia social quer afastar tudo o que opõe à *eudemonia* (felicidade) de todos, enquanto que o direito natural quer acabar com tudo que se opõe à *autonomia* e a sua *eunomia* (boa lei). É que a ressonância nas utopias sociais e nas teorias do direito natural é muito diferente.

Urge despolitizar o direito, repensá-lo, para além de seu poder coercitivo, excludente, e eiva-lo de consciência crítica, democrática, social, construí-lo em espaços públicos, em seu sentido inaugural, no qual o conceito de política seja comum, para todos, vivido pela palavra e ação de cada indivíduo.

REFERÊNCIAS

ADORNO E HORKHEIMER. *Dialética do Esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985

ALTHUSSER, L. *Aparelhos ideológicos de Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

BLOCH, E. *Naturrecht und menschliche Würde*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1985.

CARDOSO DE MELLO, J. M. *O capitalismo Tardio*. São Paulo: Brasiliense, 1998

CARNOY, M. *Estado e teoria política*. Campinas: Papyrus, 1990.

FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

GRAU, E. R. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997.

HEGEL, G. W. F. *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio*. São Paulo: Loyola, 2005.

HEGEL, G. W. F. Princípios da filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KANT, I. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 2000.

KANT, I. Metafísica dos costumes. Bauru: Edipro, 2003.

LEANDRO MASCARO, A. Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

LEANDRO MASCARO, A. Filosofia do direito. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2016

MARCUSE. H. Razão e revolução. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

MARX, K. O capital. Livro I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

PACHUKANIS. Teoria Geral do Direito e Marxismo. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PRADO JUNIOR, C. O que é liberdade. São Paulo: Editora Brasiliense S.A, 1985

RIBEIRO. D. O povo brasileiro: A formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Editora Schwarcz S.A, 2015.

SALVADOR BEZERRA, A.A. Democratização do Judiciário e direitos humanos. Caros Amigos. São Paulo n 69, agost. 2014.

SKINNER, Q. As fundações do pensamento político moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOUZA SANTOS, B. Para uma revolução democrática da justiça. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2011.

THÉVENIN, N.E. Ideologia jurídica e ideologia burguesa (ideologia e práticas artísticas). Campinas: IFCH-Unicamp, 2010.

WARAT, L.A. A fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. Revista Sequencia. Florianópolis n 24, set. 1992.

NOTAS:

[1] “ As mesmas equações dominam a justiça burguesa e a troca mercantil. (...) A sociedade burguesa está dominada pelo equivalente. Ela torna o heterogêneo comparável, reduzindo-o a grandezas abstratas. ” (Adorno e Horkheimer. Dialética do Esclarecimento. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1985, p.22).

[2] A dívida pública em 2014 consumiu 45,11% do orçamento geral da União, conforme dados divulgados <http://www8d.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=92718>

A ESTABILIDADE EXTRAORDINÁRIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

LÍSSIA MARIA EUGÊNIO LOPES: Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Assessora Jurídica da Câmara Municipal do Recife. Pós-graduanda em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/Instituto Prominas.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a estabilidade extraordinária dos servidores públicos civis, especialmente a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e suas implicações práticas no regime jurídico dos servidores públicos. Para tanto, será analisada a regra do concurso público, bem como suas exceções, em consonância com a estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal. Por fim, serão explicitadas as características da estabilidade extraordinária prevista no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, seu alcance e, especialmente, suas consequências jurídicas em relação aos servidores públicos que ingressaram no serviço público sem a prévia aprovação em concurso público, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Concurso público. Servidor público. Regime jurídico. Estabilidade extraordinária.

Abstract: The presente study aims to analyze the extraordinary stability of public agents, especially from the jurisprudence of the Federal Supreme Court and its practical implications in the legal regime of public workers. For this purpose, the public exam rule, as well as its exceptions, will be analyzed, in accordance with the stability provided for the art. 41 of the Federal Constitution. Finally, the characteristics of the extraordinary stability provided in art. 19 of the Transitory Constitutional Provisions Act, its scope and, in particular, its legal consequences for public workers who entered the public service without prior approval in a public exam before the promulgation of the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Public exam. Public workers. Legal regime. Extraordinary stability.

Sumário: 1. Introdução – 2. A regra do concurso público e a estabilidade do art. 41 da Constituição Federal – 3. A estabilidade extraordinária do art. 19 do ADCT – 4. Conclusão – 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a estabilidade extraordinária dos servidores públicos civis, especialmente a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e suas implicações práticas no regime jurídico dos servidores públicos.

O artigo foi dividido em dois capítulos. No primeiro, será abordada a regra do concurso público, a que se submetem todos os servidores públicos, celetistas e estatutários, com a ressalva das exceções previstas na Constituição Federal, bem como a estabilidade concedida pelo art. 41 da Constituição Federal aos servidores públicos estatutários, de acordo com os requisitos estabelecidos pela Carta Magna.

Por fim, no segundo capítulo, será exposta a norma transitória da Constituição Federal, que confere a estabilidade extraordinária aos servidores públicos civis que ingressaram no serviço público sem prévia aprovação em concurso público, explanando os seus requisitos, de acordo com o art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, analisando as consequências do instituto no regime jurídico dos servidores beneficiados.

2 A REGRA DO CONCURSO PÚBLICO E A ESTABILIDADE DO ART. 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal instituiu a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos para o

ingresso nos quadros da Administração Pública, seja Direta ou Indireta, indistintamente (MORAES, 2016), nos seguintes termos:

Art. 37. (...)_

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)\[1\]](#)

Assim, a despeito da diferenciação entre cargos e empregos públicos, bem como dos regimes jurídicos correspondentes, estabeleceu-se, a partir de 1988, o critério do conhecimento técnico para o preenchimento do quadro de servidores e empregados públicos (MENDES; BRANCO, 2012).

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 43, dispondo que: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.”.

Na mesma toada, em relação aos empregados públicos, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 363[2], considerando nula a contratação de servidor público, após a Constituição Federal de 1988, sem aprovação prévia em concurso público.

No entanto, embora o concurso público seja a regra, a própria Constituição Federal admite exceções, quais sejam: os cargos comissionados, que são de livre nomeação, e a contratação temporária de excepcional interesse público, além das funções de confiança, as quais devem ser exercidas por servidores públicos ocupantes de cargos efetivos, exclusivamente.

O art. 41 da Constituição Federal, em sua redação originária, determinava que seriam estáveis, após “dois anos” de efetivo exercício, os “servidores” nomeados em virtude de concurso público. Tal dispositivo era de interpretação duvidosa, de forma que havia controvérsia acerca do alcance do termo “servidores”, incluindo-se ou não os empregados públicos além dos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos.

Não havia dúvida de que o dispositivo concedia, desde a sua redação original, a estabilidade aos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos.

Já em relação aos empregados públicos, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 390[3], consolidando o entendimento de que o “servidor público celetista” da Administração Direta, autárquica ou fundacional (fundação pública de direito público) é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição. Já os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista (independentemente da atividade desenvolvida), mesmo quando admitidos mediante aprovação em concurso público, não adquirem a estabilidade do art. 41.

O fato de tal entendimento sumular não ter sido revogado pelo Tribunal Superior do Trabalho gerou certa confusão quanto à interpretação do entendimento da Corte Laboral. Para se entender de forma mais adequada o entendimento jurisprudencial, é preciso compreender que a Súmula nº 390 foi elaborada no período de vigência do art. 41 em sua redação original.

Posteriormente, a EC nº 19/1998 alterou a redação do dispositivo, passando a dispor que serão estáveis, após “três anos” de efetivo exercício, os “servidores nomeados para cargo de provimento efetivo”, em virtude de concurso público. Ou seja, além de alterar o período de estágio probatório, também determinou expressamente que a estabilidade é deferida apenas aos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos[4].

Esse é o entendimento majoritário, não apenas da doutrina, mas também da jurisprudência.

Por essa razão, a Súmula nº 390 do Tribunal Superior do Trabalho deve ser interpretada de forma limitada, alcançando apenas os servidores que ingressaram nos quadros da Administração Pública Direta, autárquica e fundacional até o advento da EC nº 19/1998[5].

A estabilidade é “a garantia de permanência no serviço público” (OLIVEIRA, 2017, p. 702), conferida, portanto, apenas ao servidor público ocupante de cargo efetivo, aprovado em concurso público, após três anos de efetivo exercício, bem como aprovado em avaliação especial de desempenho (e considerado apto a exercer as suas funções de forma adequada).

Neiva (2015, p. 77) salienta que “o instituto da estabilidade consiste em mecanismo de proteção à Administração Pública e não ao servidor”.

Assim, é possível identificar quatro requisitos para a aquisição da estabilidade: 1) prévia aprovação em concurso público; 2) provimento de cargo público efetivo; 3) três anos de efetivo exercício; e 4) aprovação em avaliação especial de desempenho.

Nesse diapasão, importa diferenciar a estabilidade da efetividade. Enquanto a primeira é a garantia de permanência do servidor no serviço público (ou seja, refere-se ao serviço público e não ao cargo, por isso, ao ser promovido, o servidor não precisará mais se submeter a novo estágio probatório[6]), a segunda é uma característica do próprio cargo público, diferenciando-o do cargo público em comissão, por exemplo. Assim, “Ao tomar posse no cargo efetivo, o servidor estatutário torna-se efetivo, mas ainda não possui estabilidade.” (OLIVEIRA, 2017, p. 706).

O servidor público efetivo, ainda não estável, pode ser exonerado caso seja reprovado na avaliação especial de desempenho[7], considerado inapto para o exercício de suas funções, ou, ainda, poderá

ser demitido, caso tenha cometido falta punível com demissão. No entanto, em qualquer dos casos, deve haver prévio processo administrativo, em que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Além disso, nos termos do art. 169 da Constituição Federal, é possível a dispensa do servidor público efetivo não estável quando houver excesso de gastos com pessoal, nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal, após a redução obrigatória de, ao menos, 20% (vinte por cento) das despesas com cargos em comissão e funções de confiança (§ 3º, I e II).

Após adquirir a estabilidade, o servidor público ocupante de cargo efetivo somente pode ser dispensado em quatro hipóteses[8]: 1) por sentença judicial transitada em julgado; 2) por processo administrativo em que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa; 3) por reprovação em procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada a ampla defesa; 4) no caso de excesso de despesa com pessoal, caso a redução de, ao menos, 20% (vinte por cento) das despesas com cargos em comissão e funções de confiança e, posteriormente, a exoneração de servidores não estáveis não forem suficientes para reequilibrar as contas públicas, nos termos do § 4º do art. 169 da Constituição Federal.

Voltando à Súmula nº 390 do Tribunal Superior do Trabalho, nota-se que os empregados públicos das empresas públicas e das sociedades de economia mista nunca possuíram a estabilidade do art. 41 da Constituição Federal. Por essa razão, a dispensa dos empregados públicos dessas entidades administrativas, bem como aqueles que, mesmo vinculados à Administração Direta, autárquica ou fundacional, foram admitidos após a EC nº 19/1998, não dependeria de motivação[9].

Tal questão foi submetida, então, à apreciação do Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário nº 589.998/PI, interposto pela ECT, o qual foi afetado à sistemática da repercussão geral. Por ocasião do seu julgamento, em 20 de março de 2013, a Corte Suprema fixou a seguinte tese: **“Os empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista não fazem jus à estabilidade**

prevista no art. 41 da Constituição Federal, mas sua dispensa deve ser motivada.” (grifo nosso).

3 A ESTABILIDADE EXTRAORDINÁRIA DO ART. 19 DO ADCT

Por fim, interessante é a situação dos servidores e empregados públicos que ingressaram no serviço público antes do advento da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), especificamente em seu art. 19^[10], concedeu estabilidade extraordinária (ou excepcional) aos servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no âmbito da Administração Direta, autárquica e das fundações públicas de direito público, que estivessem em exercício na data da promulgação da Constituição (5 de outubro de 1988), há, pelo menos, 5 (cinco) anos continuados, ou seja, ininterruptos^[11], independentemente de prévia aprovação em concurso público.

No entanto, ressalva da aplicação da estabilidade extraordinária os ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, além dos professores de nível superior (art. 19, §§ 2º e 3º, do ADCT).

Pela redação do dispositivo, também é possível desde já concluir que tal estabilidade não se estende aos empregados públicos das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado^[12]. Por outro lado, é plenamente aplicável aos empregados públicos da Administração Direta, autárquica e das fundações públicas de direito público^[13], vez que se enquadram na definição de “servidores públicos civis”.

Por outro lado, não se deve confundir a estabilidade extraordinária com a efetividade. Conforme já explicitado neste artigo, a estabilidade é do servidor no serviço público, enquanto a efetividade é uma característica do cargo público.

Os cargos públicos efetivos somente podem ser providos por aprovação prévia em concurso público, nos termos do entendimento do Supremo Tribunal Federal. Além disso, o art. 19 do ADCT, por ser uma norma transitória, editada com a finalidade de conferir segurança jurídica às relações estabelecidas entre os trabalhadores e a Administração Pública no período de sua promulgação, refere-se aos indivíduos (servidores públicos civis) e não aos cargos, cujas características permaneceram inalteradas.

Daí porque, conforme destaca a Ministra Carmen Lúcia (BRASIL, 2009), em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 114/PR, é possível o surgimento de três situações: 1) o servidor é detentor da estabilidade extraordinária, mas não ocupa cargo de provimento efetivo (por exemplo, um empregado público da Administração Direta); 2) o servidor é detentor da estabilidade extraordinária e ocupa cargo público de provimento efetivo, após ter sido aprovado em concurso público para o provimento desse cargo; 3) o servidor público ocupa cargo de provimento efetivo, com a prévia aprovação em concurso público e detém a estabilidade do art. 41 da Constituição.

No que concerne às hipóteses dos itens 1) e 2), a Ministra destaca que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal “firmou o entendimento de que, independentemente da estabilidade, a efetividade no cargo será obtida pela imprescindível observância do art. 37, II, da CR”.

Logo, a efetividade do cargo somente alcançará o agente público (inclusive no caso de mudança de regime celetista para estatutário) detentor da estabilidade excepcional se o ingresso no serviço público ocorreu por meio de aprovação em concurso público. Caso o agente público não tenha se submetido ao concurso público, não haverá extensão da efetividade do cargo, mas apenas estabilidade[14].

Em outras palavras, considerando os efeitos práticos de tal entendimento, não será possível a dispensa imotivada do agente público detentor da estabilidade, mas a tal servidor não podem ser estendidas as

vantagens inerentes ao cargo público, pois não passa a ser titular desse cargo.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADCT, ARTIGO 19. INCORPORAÇÃO. GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO. LEI N. 11.171/86 DO ESTADO DO CEARÁ. 1. É necessário que o servidor público possua --- além da estabilidade --- efetividade no cargo para ter direito às vantagens a ele inerentes. 2. **O Supremo fixou o entendimento de que o servidor estável, mas não efetivo, possui somente o direito de permanência no serviço público no cargo em que fora admitido. Não faz jus aos direitos inerentes ao cargo ou aos benefícios que sejam privativos de seus integrantes.** Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 400343 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 17/06/2008, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-06 PP-01156) (grifo nosso).

Além disso, a competência para solução dos litígios envolvendo tais servidores públicos, caso sejam empregados públicos admitidos sem concurso público antes da promulgação da Constituição Federal, ainda que detenham estabilidade extraordinária, é da Justiça do Trabalho, mesmo quando há alteração do regime jurídico único do ente ao qual se vincula o servidor.

Isso porque, conforme salienta Miessa (2017), o servidor continua sendo regido pelo regime celetista, de modo que a alteração do regime jurídico único não o alcança, já que, conforme já exposto, somente é possível a efetividade no cargo com a aprovação prévia em concurso público.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal reafirmou sua jurisprudência no mesmo sentido, em sede de repercussão geral, no julgado do Recurso Extraordinário nº 906.491/DF.

Não poderão, ainda, as legislações locais (inclusive Constituições Estaduais e Leis Orgânicas) estender a estabilidade excepcional, sob pena de vício de inconstitucionalidade^[15].

4 CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto neste trabalho, conclui-se que o concurso público é a regra, conforme determina o art. 37, II, da Constituição Federal, seja para a contratação de servidores públicos efetivos como para empregados públicos. As únicas exceções dispostas na Constituição respeitam aos cargos em comissão e à contratação temporária, além das funções de confiança, que devem ser exercidas por servidores públicos ocupantes de cargos efetivos.

A Constituição Federal, no seu art. 41, conferiu estabilidade aos servidores públicos estatutários, que tenham sido aprovados em concurso público, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, de forma que estes somente podem ser dispensados do serviço público em quatro hipóteses especificadas pela própria Constituição Federal. A partir de tal emenda, a estabilidade não pode ser, de forma alguma, estendida aos empregados públicos, ainda que aprovados por concurso público e vinculados à Administração Direta.

No entanto, a redação original do dispositivo permitia a interpretação de que tal estabilidade era extensível aos empregados públicos da Administração Direta, autárquica e fundacional (de direito público), entendimento este consolidado pelo Tribunal Superior do Trabalho, de forma que, para tais servidores, somente é possível a dispensa motivada, nas mesmas quatro hipóteses indicadas no parágrafo anterior, desde que tenham ingressado no serviço público antes da promulgação da EC nº 19/1998.

Já os empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista não adquirem, de forma alguma, a estabilidade do art. 41 da Constituição Federal.

No entanto, o art. 19 do ADCT trouxe hipótese de concessão de estabilidade extraordinária, destinada aos servidores públicos civis da Administração Direta, autárquica e fundacional, que ingressaram no serviço público até 5 de outubro de 1983 e estivessem, na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, em efetivo exercício, de forma ininterrupta. O dispositivo exceção da regra transitória os servidores públicos com vínculos precários com a Administração (ocupantes de cargos e funções de confiança), além dos professores de ensino superior.

A estabilidade extraordinária também não é extensível aos empregados públicos das empresas estatais e das fundações públicas de direito privado, porém se aplica perfeitamente aos empregados públicos da Administração Direta, autárquica e fundacional (de direito público).

A estabilidade excepcional é conferida ao servidor público, de forma que não é possível que seja dispensado do serviço público fora das hipóteses previstas para o desligamento dos demais servidores estáveis. No entanto, tal estabilidade não confere a efetividade do cargo ocupado, que necessariamente somente é alcançada após aprovação em concurso público, conforme o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal.

Assim é que, em sendo o servidor público detentor da estabilidade, mas não da efetividade, não lhe são extensíveis as vantagens inerentes ao cargo público efetivo ou à carreira. Além disso, eventual transmutação do regime jurídico celetista para o estatutário não gera a transformação do seu vínculo, que permanecerá contratual-empregatício, sendo da competência da Justiça do Trabalho o julgamento dos litígios envolvendo sua relação de trabalho com a Administração Pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 187.955/SP. Estado de São Paulo e Maria Helena Menezes do Nascimento. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. Brasília, DF, 5 de outubro de 1999. **Diário da Justiça**: 5.11.1999, p. 27. Ementário vol. 1970-04, p. 663 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=230077>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 100/MG. Governador do Estado de Minas Gerais e Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Relatora: Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 9 de setembro de 2004. **Diário da Justiça**: 1º.10.2004, p. 9. Ementário vol. 2166-01, p. 1. Disponível em: . Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 400.343/CE. Nilda Bezerra Lopes e outro e Estado do Ceará. Relator: Ministro Eros Grau, Segunda Turma. Brasília, DF, 17 de junho de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**: 1º.08.2008. Disponível em: . Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 356.612/CE. Francisca das Chagas Cavalcante Uchoa e outro e Estado do Ceará. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma. Brasília, DF, 31 de agosto de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**: 16.11.2010. Disponível em: . Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 589.998/PI com Repercussão Geral. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e Humberto Pereira Rodrigues e outro. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 20 de março de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**: 12.09.2013. Disponível em: . Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 144/RN. Governador do Estado do Rio Grande do Norte e Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**: 3.04.2014. Disponível em: . Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.808/AM. Governador do Estado do Amazonas e Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 18 de setembro de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**: 10.11.2014. Disponível em: . Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário com Agravo nº 906.491/DF. Estado do Piauí e Maria Auxiliadora Alves de Sousa Clementino. Relator: Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno – meio eletrônico. Brasília, DF, 1º de outubro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**: 7.10.2015. Disponível em: . Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 363. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS. Tribunal Pleno. Brasília, DF, s/d. **Diário da Justiça**: 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: . Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 390. I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000) II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é

garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001). Tribunal Pleno. Brasília, DF, s/d. **Diário da Justiça**: 20, 22 e 25.04.2005. Disponível em: . Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial nº 364. I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000) II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001) Fundação instituída por lei e que recebe dotação ou subvenção do Poder Público para realizar atividades de interesse do Estado, ainda que tenha personalidade jurídica de direito privado, ostenta natureza de fundação pública. Assim, seus servidores regidos pela CLT são beneficiários da estabilidade excepcional prevista no art. 19 do ADCT. Subseção Especializada em Dissídios Individuais I. Brasília, DF, s/d. **Diário da Justiça**: 20, 21 e 23.05.2008. Disponível em: . Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 0208500-61.2007.5.15.0106. Maliel Regina dos Santos Serafim e Município de São Carlos. Relatora: Ministra Doria Maria da Costa, Oitava Turma. Brasília, DF, 31 de agosto de 2011. **Diário da Justiça do Trabalho Eletrônico**: 2.09.2011. Disponível em: . Acesso em: 22 jun. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIESSA, Élisson. **Processo do trabalho**: para os concursos de analista do TRT e do MPU. 6 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. rev. e atual até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

NEIVA, Rogerio. **Direito e processo do trabalho aplicados à administração pública e fazenda pública**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

NOTAS:

[1] A redação original do dispositivo já previa a obrigatoriedade da prévia aprovação em concurso público.

[2] CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

[3] ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000) II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

[4] Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de

concurso público. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

[5] RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE. ARTIGO 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 390, I, DO TST. Esta Oitava Turma posiciona-se no sentido de que a Súmula 390, I, do TST, por consubstanciar a interpretação da redação anterior do artigo 41 da CF, não se aplica aos trabalhadores admitidos pela Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional, sob o regime da CLT, no período posterior à publicação da Emenda Constitucional nº 19/98. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. (RR - 208500-61.2007.5.15.0106 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 31/08/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/09/2011)

[6] Estágio probatório é o período de 3 anos de efetivo exercício em que o servidor público será submetido à avaliação especial de desempenho, para que a Administração Pública conclua pela sua aptidão (ou não) para o exercício do cargo.

[7] Art. 41, § 4º, da Constituição Federal.

[8] As três primeiras hipóteses estão disciplinadas no art. 41, § 1º, I a III, enquanto a quarta é tratada pelo art. 169,

[9] A tese majoritária de que os empregados públicos não detêm estabilidade se fundamenta nos seguintes argumentos, conforme enunciado por Neiva (2015, p. 76): “(1) o instituto da estabilidade consiste em exceção, não comportando interpretação extensiva, somente sendo admissível nas hipóteses expressamente previstas, o que não é o caso dos empregados públicos; (2) o art. 41, caput da Constituição Federal apenas pode ser aplicado ao servidor estatutário, vez que vincula tal direito tão somente ao ocupante de cargo público, não fazendo menção ao emprego público; (3) os empregados públicos já contam com o sistema do FGTS, enquanto mecanismo de proteção contra a dispensa arbitrária, sendo, portanto, incabível a estes servidores a estabilidade do art. 41 da Constituição.”

[10] Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público. § 1º O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei. § 2º O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do "caput" deste artigo, exceto se se tratar de servidor. § 3º O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei.

[11] V. RE nº 187.955.

[12] “Ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar. 2. Arguição de inconstitucionalidade do artigo 6º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Amazonas, que confere estabilidade excepcional a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta do Estado do Amazonas e de seus Municípios, inclusive aos servidores de suas empresas públicas, sociedades de economia mista e até mesmo aos empregados de outras entidades de direito privado de cujo capital participe o Estado ou o Município. 3. Alegações de violação dos artigos 25; 37, II; 41; 42 e 173, § 1º, da parte permanente da Constituição da República, assim como os artigos 11, 25 e 19 do ADCT. 4. Medida cautelar deferida, para suspensão, ex tunc, da eficácia da norma impugnada, até o julgamento final da ação. 5. Configurada usurpação de iniciativa privativa da União para dispor sobre estabilidade no emprego, matéria específica de legislação do trabalho, prevista no artigo 22, I, da Constituição Federal. **6. Inconstitucionalidade material do art. 6º do ADCT da Carta Amazonense ao estender a estabilidade excepcional aos servidores de suas empresas públicas, sociedades de economia mista e até mesmo aos empregados de outras entidades de direito privado de cujo capital participe o Estado**

ou o Município. 7. Ofensa aos artigos 37, II, 173, § 1º, da parte permanente da Constituição da República e 19 do ADCT. 8. Precedentes: ADI 83-7/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, DJ 18.10.91; ADI 1.515-0/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, unânime, DJ 11.04.2003 e ADI 112/BA, Rel. Min. Neri da Silveira, unânime, DJ 9.2.1996. 9. Ação direta de inconstitucionalidade procedente.” (ADI 1808, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014) (grifo nosso).

[13] Nesse sentido é a redação da Orientação Jurisprudencial nº 364, da Subseção Especializada em Dissídios Individuais I, do Tribunal Superior do Trabalho. Vejamos:

364. ESTABILIDADE. ART. 19 DO ADCT. SERVIDOR PÚBLICO DE FUNDAÇÃO REGIDO PELA CLT (DJ 20, 21 e 23.05.2008)

Fundação instituída por lei e que recebe dotação ou subvenção do Poder Público para realizar atividades de interesse do Estado, ainda que tenha personalidade jurídica de direito privado, ostenta natureza de fundação pública. Assim, seus servidores regidos pela CLT são beneficiários da estabilidade excepcional prevista no art. 19 do ADCT.

[14] “ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. LEI 11.712/90 DO CEARÁ. ALEGADA ISONOMIA ENTRE SERVIDORES EFETIVOS E SERVIDORES BENEFICIADOS PELA ESTABILIDADE DO ART. 19, ADCT. IMPOSSIBILIDADE. O art. 19 do ADCT, por estabilizar no serviço público quem não ocupa cargo efetivo, por configurar exceção ao republicano instituto do concurso público (art. 37, II), deve ser interpretado nos seus estritos termos. Precedentes. Consoante iterativa jurisprudência desta Corte, os beneficiários do art. 19 do ADCT gozam, apenas, do direito de permanência no serviço público, vinculados à função que exerciam quando estabilizados. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 356612 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 31/08/2010, DJe-218 DIVULG 12-11-2010 PUBLIC 16-11-2010 EMENT VOL-02431-01 PP-00036)

[15] V. ADI nº 100/MG.

DA REMESSA NECESSÁRIA E ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE O INSTITUTO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

NILSON LUIZ DE LIMA JUNIOR: Graduado em Direito pela Universidade Uniderp/Anhanguera, pós-graduado em Direito Processual Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais PUC-MINAS, Advogado.

RESUMO: O presente trabalho abordou o instituto da remessa necessária, sua natureza jurídica e principais hipóteses de ocorrência e de dispensa. Após análise sintética do tema, foram feitos apontamentos sobre o objeto de estudo no que se refere à processualística trabalhista, com foco nas maiores peculiaridades do reexame de ofício na justiça especializada.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual do trabalho; remessa necessária; remessa necessária na justiça do trabalho; entes sujeitos ao reexame de ofício; hipóteses de remessa; recorribilidade das decisões sujeitas à remessa.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A REMESSA NECESSÁRIA. 3. A REMESSA NECESSÁRIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO. 4. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo analisar a remessa, isto é, qual a natureza jurídica do instituto, quais entes se submetem ao recurso de ofício, quais hipóteses em que o instituto deverá ser aplicado, bem como, quando poderá ser dispensa o reexame de ofício, e, também, averiguar a existência (ou não) de interesse recursal da decisão proferida na remessa necessária.

Após análise da propedêutica do instituto processual, iremos fazer um cotejo de como se dá sua aplicabilidade na seara trabalhista, ou seja, como a jurisprudência trabalhista vem aplicando a remessa necessária ao processo do trabalho.

Dessa maneira, o presente trabalho tem como escopo a análise doutrinária e jurisprudencial da remessa na seara trabalhista, com foco nas principais diferenças do instituto quando aplicado no processo civil.

2. A REMESSA NECESSÁRIA

Primeiramente, é importante destacar que a remessa necessária é instituto que há muitos anos está presente no nosso ordenamento jurídico, a bem da verdade, a remessa necessária originou-se do Direito Processual Penal Português[1].

Didier e Cunha entendem que a remessa necessária tem natureza jurídica de recurso, mas a corrente majoritária diz que é condição de eficácia[2]. Sustenta o autor que não se pode definir algo pelos efeitos que produz, e o fato de o acórdão que julgar a remessa substitui a sentença[3]. Seria, portanto, uma impugnação compulsória.

É importante repisar que a doutrina majoritária entende que a remessa necessária é condição de eficácia da sentença. Marinoni, Arenhart e Mitideiro, de forma catedrática, ensinam que “a submissão à remessa necessária constitui condição inarredável para que se dê o trânsito em julgado da decisão”[4]. No mesmo sentido se posiciona o STF, através da súmula nº. 423.

Súmula 423, STF: não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex-officio*, que se considera interposto *ex lege*[5].

Para ampla parte da doutrina, falta a remessa necessária o requisito da voluntariedade[6].

Cabe destacar que a remessa necessária é cabível tanto de sentença, como de decisão interlocutória de mérito. Assim, não é possível falar em remessa necessária de tutela provisória[7].

No que se refere às decisões terminativas, não se admite remessa necessária de sentença que não resolvem o mérito, isso de acordo com o posicionamento do STJ, observem:

PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO.
ART. 475, INCISO I, DO CPC.

SENTENÇA QUE EXTINGUE O PROCESSO SEM
JULGAMENTO DE MÉRITO E CONDENA A FAZENDA
NACIONAL AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS
ADVOCATÍCIOS.

INAPLICABILIDADE.

1. Não está sujeita ao reexame necessário (art.
475 do CPC) a sentença que extingue o processo
sem julgamento de mérito.

Precedentes.

2. A condenação da Fazenda Nacional ao
pagamento de honorários advocatícios em sentença
extintiva do processo, sem julgamento de mérito,
não tem o condão de impor a observância à remessa
necessária. O ônus sucumbencial decorre do
princípio da causalidade.

O duplo grau obrigatório é proteção que se
destina a conferir maior segurança aos julgamentos
de mérito desfavoráveis à Fazenda Pública.

REsp 640.651/RJ, Min. Castro Meira, Segunda
Turma, DJ 7.11.2005.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 335.868/CE, Rel. Ministro
HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em
05/11/2013, DJe 09/12/2013)

Haverá remessa necessária na ação popular e isto se aplica de
forma analógica para ACP[8], o que, por consequência lógica, é
estendido ao processo do trabalho, caso as ações desse gênero sejam
propostas na justiça especializada.

Já no mandado de segurança, por força de lei, sempre que a segurança for concedida deverá haver a remessa necessária[9]. Frisa-se que o STJ entende que aqueles limites de valores previsto no Art. 496 do NCPC não são aplicáveis, pois o MS possui regramento próprio. Didier critica tal fato[10].

No que se refere aos entes sujeitos ao instituto, de acordo com o inciso I do Art. 496 do NCPC, os seguintes entes submetem ao reexame de ofício: a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público.

Dessa forma, estão excluídas da remessa necessária tanto as empresas públicas, como as sociedades de economia mista. Ademais, de igual forma não se encontram na moldura legal os conselhos profissionais e entidades do terceiro setor.

Não se aplica a remessa necessária no caso do ente atuar como assistente simples[11], salvo, é claro, se o assistido também estiver sujeito a remessa necessária. Isso porque, o assistente simples não assume condição de parte e, de igual forma, não se sujeita à coisa julgada.

Na execução fiscal a decisão que acolher, ainda que parcialmente, está sujeita a remessa necessária, no mesmo sentido a que acolher a exceção de pré-executividade, salvo se o poder público concordar com a manifestação apresentada na defesa.

É na sentença que se calcula o montante para averiguar se deve ou não ser sujeita a remessa necessária, por isso, caso a sentença seja ilíquida, ela deve, necessariamente, ser objeto do reexame necessário, não se aplicando a dispensa inserta no §3º do art. 496 do NCPC[12].

Caso haja reunião de várias execuções por conexão, há de se considerar o valor de cada dívida individualmente.

Nunca é demais lembrar que não haverá remessa necessária de decisão de tribunal. Isso porque, a decisão de tribunal não se amolda no conceito de sentença.

A remessa necessária também será dispensada nos casos de:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa^[13].

A remessa necessária decorre da lei, e por tal motivo não pode ser objeto de negócio processual^[14].

A dispensa da remessa deve ser fundamentada, não interpretando se omissão como não causa de remessa. Neste sentido, caso o juiz não remeta a processo, ou caso dispense indevidamente não cabe recurso da decisão, mas sim petição ao tribunal que deverá avocar o processo. No caso de indeferimento da remessa pelo presidente cabe agravo interno e do julgamento do agravo interno pode vir a caber recurso especial da decisão^[15].

NCPC revogou o dispositivo que previa que das sentenças que julgava liquidação de sentença por arbitramento ou artigos em desfavor da fazenda ficaria sujeito a remessa. Resumindo, não há mais remessa nestes casos.

Situação jocosa é na ação popular que o ente público configure no pólo passivo, pois neste caso, qualquer decisão haverá remessa.

Marcelo Zenkner preceitua que a lei que deve ser analisada para averiguar qual CPC deve adotar na remessa é a data de decisão, pouco importando quando ela foi publicada[16]. Mas este entendimento vai de encontro às súmulas administrativas do STJ, vejamos:

Enunciado administrativo n. 3 - Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a **decisões publicadas** a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC[17]. (grifo nosso).

Em síntese, para o STJ é a data de publicação que deve ser observada.

Eis, em apertada síntese, as principais lições relativas ao remessa necessárias, no tópico seguinte, passaremos à análise do instituto na seara trabalhista.

3. A REMESSA NECESSÁRIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Primeiramente, é importante destacar, que, de acordo com a doutrina e a jurisprudência, as regras sobre remessa necessária do processo do trabalho estão insertas do Decreto Lei 779/69, vejamos:

Art. 1º Nos processos perante a Justiça do Trabalho, constituem privilégio da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das autarquias ou fundações de direito público federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica:

V - o recurso ordinário "ex officio" das decisões que lhe sejam total ou parcialmente contrárias[18];

De início, conforme lição de Rogério Neiva, o presente instituto somente seria admissível às decisões que desafiassem recurso ordinário, ou seja, decisões que põem fim ao processo, no exercício da

competência funcional originária, em processo de conhecimento, o que corresponde às sentenças proferidas por juiz do trabalho ou acórdãos proferidos por TRT, no exercício de sua competência originária[19].

A bem da verdade, o posicionamento do ilustre autor deve ser reinterpretado à luz do NCPC. Isso porque, o professor escreveu o livro sob a égide do CPC/73, no entanto, de acordo com o art. 5º da Resolução 203/2016 do TST[20], aplica-se ao Processo do Trabalho as normas do art. 356, §§ 1º a 4º, do CPC que regem o julgamento antecipado parcial do mérito, cabendo recurso ordinário de imediato da sentença, ou seja, não é somente de decisões que põem fim ao processo que caberá a remessa necessária, mas também, das decisões que julgar parcialmente o mérito.

Cabe ainda dizer que muito embora o DL 779/69 utilize a expressão recurso de ofício, a remessa necessária na justiça do trabalho possui natureza jurídica de condição de eficácia da sentença[21].

Importante destacar, que uma leitura mais apressada do dispositivo trabalhista que disciplina o instituto, pode levar o leitor à uma conclusão errônea de que não existem hipóteses de dispensa de remessa necessária no processo do trabalho. Mas, embora a o DL 779/69 não estabelecer nenhuma causa de dispensa, é pacífico o entendimento que o NCPC é aplicado subsidiariamente, isso pode ser observado através do entendimento do TST exarado através da súmula de nº. 303. Vejamos:

Súmula nº 303 do TST[22]

FAZENDA PÚBLICA. REEXAME NECESSÁRIO (nova redação em decorrência do CPC de 2015) - Res. 211/2016, DEJT divulgado em 24, 25 e 26.08.2016

I - Em dissídio individual, está sujeita ao reexame necessário, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988, decisão contrária à Fazenda Pública, salvo quando a condenação não ultrapassar o valor correspondente a: a) 1.000 (mil)

salários mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; b) 500 (quinhentos) salários mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios

que constituam capitais dos Estados; c) 100 (cem) salários mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

II – Também não se sujeita ao duplo grau de jurisdição a decisão fundada em:

a) súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal Superior do Trabalho em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

d) entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

III - Em ação rescisória, a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório quando desfavorável ao ente público, exceto nas hipóteses dos incisos anteriores. (ex-OJ nº 71 da SBDI-1 - inserida em 03.06.1996)

IV - Em mandado de segurança, somente cabe reexame necessário se, na relação processual, figurar pessoa jurídica de direito público como parte

prejudicada pela concessão da ordem. Tal situação não ocorre na hipótese de figurar no feito como impetrante e terceiro interessado pessoa de direito privado, ressalvada a hipótese de matéria administrativa. (ex-OJs nºs 72 e 73 da SBDI-1 – inseridas, respectivamente, em 25.11.1996 e 03.06.1996).

Frisa-se, ainda, o cabimento da remessa em ação rescisória (item III da indigitada súmula) e no mandado de segurança (item IV da súmula). Aqui há dois grandes apontamentos a serem feitos. Diferente do processo civil, onde o instituto da remessa necessária somente tem vez no caso de sentença (ou decisão parcial de mérito como explicado anteriormente), a justiça especializada, através de entendimento jurisprudencial sumulado, entende que é cabível no caso de acórdão proferido em ação rescisória. Insta informar que o mesmo não ocorre no processo civil, pois não há hipótese de remessa de acórdão[23].

No que se refere ao mandado de segurança, sempre haverá remessa necessária quando o poder público for sucumbente, não se aplicando a dispensa relacionada com os valores[24]. Nesse sentido se orienta a jurisprudência do TST, conforme se extrai do informativo nº. 16 da corte.

MS impetrado por ente público. Segurança denegada. Reexame necessário. Cabimento. Existência de prejuízo ao erário. Não obstante o art. 13, parágrafo único, da Lei n.º 1.533/51, o art. 14, § 1º, da Lei n.º 12.016/09 e o item III da Súmula n.º 303 do TST estabelecerem que a sentença obrigatoriamente sujeita ao duplo grau de jurisdição é aquela que concede a segurança, o Órgão Especial, por maioria, conheceu do reexame necessário na hipótese em que denegada a segurança em mandamus impetrado por ente público. **Prevaleceu o entendimento de que toda decisão que cause prejuízo ao erário, seja a pessoa jurídica de direito**

público impetrante ou impetrado, somente tem eficácia depois de reexaminada pelo órgão superior. Vencidos os Ministros Renato de Lacerda Paiva, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Fernando Eizo Ono e Márcio Eurico Vitral Amaro. TST-ReeNec e RO 8275200-96.2009.5.02.0000, Órgão Especial, rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 6.8.2012[25]; (**grifo nosso**).

É de suma importância informar que este entendimento diverge do que encontramos majoritariamente no processo civil, pois, para a doutrina autorizada, apenas haverá remessa quando o poder público atua no pólo passivo no processo civil, e nas hipóteses legais[26].

Por outro lado, enquanto no processo civil o STJ entende pelo cabimento do Recurso Especial da decisão que aprecia a remessa necessária, o mesmo não se verifica na justiça especializada. Neste ponto, é importante trazer o entendimento das duas cortes:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL.
REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE.

RECURSO INTERPOSTO PELA FAZENDA PÚBLICA CONTRA ACÓRDÃO QUE NEGOU PROVIMENTO A REEXAME NECESSÁRIO. PRELIMINAR DE PRECLUSÃO LÓGICA (POR QUIESCÊNCIA TÁCITA) CONTRA A RECORRENTE, QUE NÃO APELOU DA SENTENÇA: IMPROCEDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. NO CASO, ADEMAIS, ALÉM DE ERROR IN JUDICANDO, RELATIVAMENTE À MATÉRIA PRÓPRIA DO REEXAME NECESSÁRIO, O RECURSO ESPECIAL ALEGA VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL POR ERROR IN PROCEDENDO, OCORRIDO NO PRÓPRIO JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU, MATÉRIA A CUJO RESPEITO A FALTA DE ANTERIOR APELAÇÃO

NÃO OPEROU, NEM PODERIA OPERAR, QUALQUER EFEITO PRECLUSIVO.

PRELIMINAR DE PRECLUSÃO AFASTADA, COM RETORNO DOS AUTOS À 1ª. TURMA, PARA PROSSEGUIR NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

(REsp 905.771/CE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/06/2010, DJe 19/08/2010). (**grifo nosso**)[\[27\]](#).

OJ nº. 334 da SDI-I. REMESSA "EX OFFICIO". RECURSO DE REVISTA. INEXISTÊNCIA DE RECURSO ORDINÁRIO VOLUNTÁRIO DE ENTE PÚBLICO. INCABÍVEL (DJ 09.12.2003)

Incabível recurso de revista de ente público que não interpôs recurso ordinário voluntário da decisão de primeira instância, ressalvada a hipótese de ter sido agravada, na segunda instância, a condenação imposta. (**grifo nosso**)

Dessa maneira, exige-se diligência do procurador que deseja acionar as instâncias extraordinárias para que interponha o recurso ordinário, pois, caso não o faça, o recurso de revista somente poderá ser manejado se houver agravação da condenação imposta, conforme se extrai da orientação jurisprudencial acima indicada.

4. CONCLUSÃO

Por tudo que foi exposto, verificamos que as premissas da remessa necessária são aplicáveis ao processo do trabalho, mas não se pode se descuidar das peculiaridades inerentes da justiça especializada.

Dentre as diferenças destacadas no presente estudo, apresentamos a remessa obrigatória sempre que o poder público for sucumbente, independentemente da posição ocupada na lide; a aplicação do instituto no caso de ação rescisória, e; a impossibilidade do

manejo do recurso de revista da decisão que aprecia a remessa necessária.

REFERÊNCIAS

CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 9ªed. Dialética.

DIDIER, Fredie Jr; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Coleção Repercussões do Novo CPC, V.3**. Fazenda Pública. 2ªed. JusPodivm. 2016

FREIRE, Guilherme de Melo Barros, **Poder Público em Juízo**. 5ªed. Juspodivm. 2015

MARINONI, Luis; ARENHART, Sergio, e; MITIDEIRO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**, 1ª.ed. Revista dos Tribunais. 2016

NEIVA, Rogério. **Direito e Processo do Trabalho aplicados à Administração Pública e Fazenda Pública**. Método. 2015

ZENKNER, Marcelo. **Coleção Repercussões do Novo CPC, V.3**. Fazenda Pública. 2ªed. JusPodivm. 2016

NOTAS:

[1] DIDIER, Fredie Jr; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Coleção Repercussões do Novo CPC, V.3**. Fazenda Pública. 2ªed. JusPodivm. 2016. Pág. 170.

[2] DIDIER, Fredie Jr; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Coleção Repercussões do Novo CPC, V.3**. Fazenda Pública. 2ªed. JusPodivm. 2016. Pág. 170.

[3] DIDIER, Fredie Jr; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Coleção Repercussões do Novo CPC, V.3**. Fazenda Pública. 2ªed. JusPodivm. 2016. Pág. 175.

[4] MARINONI, Luis; ARENHART, Sergio, e; MITIDEIRO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**, 1ª.ed. Revista dos Tribunais. 2016. Pág. 501.

[5] Disponível

em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500 Consulta em 01/07/2017.

[6] MARINONI, Luis; ARENHART, Sergio, e; MITIDEIRO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**, 1ª.ed. Revista dos Tribunais. 2016. Pág. 501.

[7] FREIRE, Guilherme de Melo Barros, **Poder Público em Juízo**. 5ªed. Juspodivm. 2015. Pág. 164.

[8] [8] DIDIER, Fredie Jr; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Coleção Repercussões do Novo CPC, V.3. Fazenda Pública**. 2ªed. JusPodivm. 2016. Pág. 179.

[9] Art. 14, §1º da Lei 12.016/09.

[10] DIDIER, Fredie Jr; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Coleção Repercussões do Novo CPC, V.3. Fazenda Pública**. 2ªed. JusPodivm. 2016. Pág. 180.

[11] DIDIER, Fredie Jr; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Coleção Repercussões do Novo CPC, V.3. Fazenda Pública**. 2ªed. JusPodivm. 2016. Pág. 187.

[12] Art. 496, § 3º, do NCPC Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;

III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

[13] §4º do art. 496 do NCPC.

[14] DIDIER, Fredie Jr; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Coleção Repercussões do Novo CPC, V.3. Fazenda Pública. 2ªed.** JusPodivm. 2016. Pág. 188.

[15] DIDIER, Fredie Jr; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Coleção Repercussões do Novo CPC, V.3. Fazenda Pública. 2ªed.** JusPodivm. 2016. Pág. 189.

[16] ZENKNER, Marcelo. . **Coleção Repercussões do Novo CPC, V.3. Fazenda Pública. 2ªed.** JusPodivm. 2016. Pág. 452.

[17] Disponível
em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Enunciados-administrativos. Acesso em 01/07/2017.

[18] BRASIL. **Decreto-lei nº. 779, de 21 de agosto de 1969.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0779.htm. Consulta em: 30/06/2017

[19] NEIVA, Rogério. **Direito e Processo do Trabalho aplicados à Administração Pública e Fazenda Pública.** Método. 2015. Pág. 124.

[20] Disponível
em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>. Acesso: 01/07/2017.

[21] NEIVA, Rogério. **Direito e Processo do Trabalho aplicados à Administração Pública e Fazenda Pública.** Método. 2015. Pág. 124.

[22] Disponível
em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-303. Acesso: 01/07/2017.

[23] FREIRE, Guilherme de Melo Barros, **Poder Público em Juízo.** 5ªed. Juspodivm. 2015.

[24] NEIVA, Rogério. **Direito e Processo do Trabalho aplicados à Administração Pública e Fazenda Pública.** Método. 2015. Pág. 125.

[25] Disponível

em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/1204330/Informativo+TST+n%C2%BA+016/c646ee6f-ada7-4845-a017-74eab918f9e4> Acesso em: 01/07/2017.

[26] CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 9ªed. Dialética. Pág.210

[27] Disponível

em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=905771&b=ACOR&p=true&l=10&i=29> Consultado em: 01/07/2017.

Disponível

em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_321.htm#TEMA334 Consultado em: 01/07/2017.

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS ENTIDADES RELIGIOSAS: BREVE ANÁLISE

BRUNO EDUARDO PEREIRA DE SOUZA: Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros - MG (UNIMONTES). Advogado

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 IMUNIDADE TRIBUTÁRIA: BREVE ANÁLISE. 2.1 Conceito e Evolução. 3 A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS TEMPLOS DE QUALQUER CULTO. 3.1 A Aplicabilidade da Imunidade aos Templos de Qualquer Culto. 3.2 A Amplitude da Imunidade aos Templos de Qualquer Culto. 4 A VEDAÇÃO DE INSTITUIÇÃO DE IMPOSTOS SOB O PATRIMÔNIO, RENDA, E SERVIÇOS RELACIONADOS COM AS FINALIDADES ESSENCIAIS DAS ENTIDADES... 5 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 6 CONCLUSÃO. 7 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

As imunidades tributárias, nos dias hodiernos, se revelam cada vez mais relevantes, haja vista que depois do advento da Constituição de República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) houve em aumento significativo das atividades desenvolvidas pelo chamado Terceiro Setor, que buscam de sobremaneira a melhoria de vida do ser humano com o exercício de atividades fundamentais, como a propagação da religião, a liberdade e igualdade de todos os homens.

A imunidade aos Templos de Qualquer Culto está inserida no art. 150, VI, “b” da CF/88. O Código Civil de 2002 se refere a essas como Organizações Religiosas, que na atualidade, executam atividades de alcance amplo, notadamente na promoção social e na propagação da fé, contribuindo, assim, na diminuição de graves problemas que ainda assolam o país.

Diante deste contexto, é imprescindível a observância, pelos Poderes Constituídos, da garantia constitucional da imunidade outorgada pela CF/88 aos

Templos de Qualquer Culto, como forma de respeito à liberdade de crença e de culto e também pela importante colaboração das organizações religiosas na atenuação dos problemas pelos quais sempre passaram e ainda passam as classes menos favorecidas em uma sociedade tão desigual.

Nesse diapasão, o problema primordial que impulsiona o presente artigo é o seguinte:

A imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “b”, da Constituição Federal de 1988, aos Templos de Qualquer Culto, deve ser interpretada restritiva ou extensivamente, no que se refere à vedação expressa do §4º do mesmo dispositivo legal?

Desse modo, em decorrência ao problema levantado, têm-se as seguintes hipóteses:

- a) Os motivos que levam os legisladores a concederem imunidades tributárias são os de que as pessoas jurídicas beneficiárias de tais renúncias fiscais estarão promovendo atividades de interesse da sociedade como um todo;
- b) A imunidade dos templos de qualquer culto, não pode alcançar somente o templo propriamente dito, mas também a entidade religiosa mantenedora do templo, ou seja, a Igreja;
- c) A imunidade tributária deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas também o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com a finalidade essencial da entidade religiosa, segundo o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal;
- d) A instituição e arrecadação de impostos tendo como sujeitos passivos as entidades religiosas poderiam coibir a prática de determinadas religiões.

Por fim, neste presente artigo irá se discutir o posicionamento dominante do Supremo Tribunal Federal em relação à interpretação dada sobre as

imunidades aos templos religiosos e, ainda, a exegese da extensão de tal imunidade em virtude do que dispõe o §4º do art. 150 da CF/88.

PALAVRAS – CHAVES: Imunidades; Templo; Culto; Constituição; Limitação: Renda, Serviços e Finalidades, STF.

2 IMUNIDADE TRIBUTÁRIA: BREVE ANÁLISE

2.1 Conceito e Evolução

Em seu artigo 145, a CF/88 atribuiu aos entes políticos, ou seja, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, o poder de tributar. No entanto, esse exercício não se faz de modo absoluto. O constituinte originário atribui a cada uma das pessoas jurídicas de direito público, uma parcela de competência para dispor sobre determinadas matérias. A essas restrições chamam-se de limitações do poder de tributar.

A imunidade, por seus efeitos, configura-se como uma limitação constitucional ao poder de tributar. Há, ainda, no texto constitucional, outras limitações, como: o princípio da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da vedação do confisco, etc.

Segundo IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,

A imunidade, portanto, descortina fenômeno de natureza constitucional que retira do poder tributante o poder de tributar sendo, pois, instrumento de política nacional que transcende os limites fenomênicos da tributação ordinária. Nas demais hipóteses desonerativas, sua formulação decorre de mera política tributária de poder público, utilizando-se de mecanismo ofertados pelo Direito. Na imunidade, portanto, há um interesse nacional superior a retirar, do campo de tributação, pessoas, situações, fatos considerados de relevo, enquanto nas demais formas desonerativas há apenas a veiculação de uma política

transitória, de índole tributária definida pelo próprio Poder Público, em sua esfera de atuação (1998, p. 32).

A imunidade, nas hipóteses constitucionais, constitui o instrumento que o constituinte considerou fundamental para, de um lado, manter a democracia, a liberdade de expressão e ação dos cidadãos e, por outro lado, de atrair os cidadãos a colaborarem com o Estado, nas suas atividades essenciais, em que, muitas vezes, o próprio Estado atua mal ou insuficientemente, como na educação, na assistência social etc.

Assim, é imprescindível destacar que as imunidades não objetivam prestigiar qualquer ente ou órgão, mas sim proteger e promover, através de fomentos específicos, determinados valores constitucionais elencados em diferentes trechos da Constituição, o que significa dizer que não há privilégio para específicas pessoas físicas ou jurídicas, mas sim, a proteção e a promoção de valores considerados essenciais para a sociedade em geral, a partir de uma visão histórica.

Segundo HUGO DE BRITO MACHADO, a “imunidade é o obstáculo decorrente de regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado” (2002, p. 241).

Importante análise faz GUSTAVO TEPEDINO, que afirma:

ao conceder uma imunidade, a Constituição não está concedendo um benefício, mas tutelando um valor jurídico tido como fundamental para o Estado. Daí porque a interpretação das alíneas do art. 150, VI, da Constituição Federal de 1988 deve ser ampla e teleológica, nunca restritiva e literal (1994, p. 12).

Desse modo, em virtude dos pontos acima expostos, de acordo RICARDO SILVA, pode-se considerar que a imunidade tributária configura-se como uma competência tributária em sentido negativo, prevista na Constituição Federal, como direito subjetivo público concedido a certas instituições, em razão de sua ligação a uma atividade de relevante interesse social para a coletividade e que,

por isso, mereceram a proteção e o incentivo do Legislador Constituinte, através do afastamento do poder de tributar do Estado, nos termos e condições que a Constituição estabelece (2006, p. 10).

Desta conceituação de SILVA podem-se retirar duas premissas: as regras da imunidade tributária decorrem, explícita ou implicitamente, da Constituição Federal, e atuam diretamente na esfera de competência dos entes políticos.

Com a Proclamação da República e com a instauração do Regime Federativo do Brasil se fixaram as regras e princípios jurídicos do Estado de Direito que passariam a estruturar a ordem tributária, incluindo as hipóteses da imunidade. Foi através da primeira Constituição Republicana de 1891 que foram instituídas as primeiras imunidades tributárias no Brasil, se desenvolvendo tal instituto nas outras constituições que se seguiram até o advento da CF/88.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, em pleno Estado Democrático de Direito, as imunidades tributárias passaram a ter a natureza de limitação do poder de tributar.

Percebe-se que ao longo da história houve uma grande evolução do conceito e da garantia da imunidade, haja vista que se transforma o Estado, desde o Estado Feudal, onde a imunidade era considerada como autêntico privilégio, até o Estado Democrático, onde a imunidade é considerada uma garantia constitucional, na qual algumas espécies são tidas como núcleos intangíveis da Constituição, ou seja, verdadeiras cláusulas pétreas.

Finalmente, dispõe SILVA que

a imunidade tributária é hoje o corolário da evolução histórica de um privilégio, oriundo do Estado Feudal, que, em decorrência das espantosas lutas sociais travadas especialmente nos séculos XVIII e XIX, transformou-se

numa garantia constitucional, destinada a preservar e a incentivar a atividade de relevante interesse coletivo de certas pessoas discriminadas no Texto Constitucional (2006, p.14/15).

3 A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS TEMPLOS DE QUALQUER CULTO

A Constituição Federal de 1988 busca garantir vários direitos e valores fundamentais inerentes ao ser humano. Dentre os inúmeros valores assegurados pela CF/88, destaca-se, entre os quais, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, prevista no inciso VI do artigo 5º da Lei Suprema, no qual fica assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias. Em contrapartida, o art. 19, I, da CF/88, com o fim de se preservar o caráter laico do Estado, preconiza a neutralidade do mesmo perante as igrejas e cultos religiosos, proibindo que os entes públicos lhes embarquem o funcionamento ou os subvençionem, ressalvada, nos limites da lei, a colaboração de interesse público.

Dessa maneira, mesmo o Brasil sendo um Estado laico, não existindo religião oficial, o constituinte de 1988 buscou assegurar a liberdade de culto a todas as religiões, inovando em relação às outras constituições passadas que condicionavam o exercício dos cultos religiosos de acordo as suas próprias conveniências políticas e sociais.

Assevera ALEXANDRE DE MORAES que:

A Constituição Federal assegura o livre exercício do culto religioso, enquanto não for contrário à ordem, tranqüilidade e sossego público, bem como compatível com os bons costumes.

Desta forma, a questão das pregações e curas religiosas deve ser analisada de modo que não obstaculize a liberdade religiosa garantida constitucionalmente, nem tampouco acoberte práticas ilícitas (2007, p. 77).

A CF/88, em seu artigo 150, inciso VI, alínea “b” dispõe que é vedado aos entes tributantes, ou seja, a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre os templos de qualquer culto. De acordo com o dispositivo constitucional supramencionado, os entes políticos tributantes não podem exigir das entidades religiosas qualquer imposto que onere o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com suas finalidades essenciais. Neste contexto, percebe-se que a alínea “b” do art. 150, VI, visa assegurar a todos a livre manifestação de religiosidade, isto é, a fé que todos têm em certos valores espirituais e morais.

Especificamente, quanto a imunidades aos tempos religiosos, dispõe brilhantemente CARRAZZA:

São igualmente imunes à tributação por meio de impostos os templos de qualquer culto, conforme estipula o art. 150, VI, “b”, da CF. Esta imunidade, em rigor, não alcança o templo propriamente dito, isto é, o local destinado a cerimônias religiosas, mas, sim, a entidade mantenedora do templo, a igreja. Em razão disso, é o caso de, aqui, perguntarmos: que impostos poderiam alcançar os templos de qualquer culto se inexistisse este dispositivo constitucional? Vários impostos, apressamo-nos em responder.

Sobre o imóvel onde o culto se realiza incidiria o imposto predial e territorial urbano (IPTU); sobre o serviço religioso, o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS); sobre as esmolas (dízimos, espórtulas, doações em dinheiro etc.), o imposto sobre a transmissão “inter vivos”, por ato oneroso, de bens imóveis (ITBI); e assim avante.

Nenhum destes impostos - nem qualquer outro – pode incidir sobre os templos de qualquer culto, em consequência da regra imunizante agora em estudo. É fácil percebermos que esta alínea “b” visa a assegurar a livre manifestação da religiosidade das pessoas, isto é, a fé que elas têm em certos valores transcendentais. As entidades tributantes não podem, nem mesmo por meio de

impostos, embaraçar o exercício de cultos religiosos. A Constituição garante, pois, a liberdade de crença e a igualdade entre as crenças (Sacha Calmon Navarro Coelho). Uma das fórmulas encontradas para isto foi justamente esta: vedar a cobrança de qualquer imposto sobre os templos de qualquer culto (2001, p. 618).

Desse modo, fazendo um exame interpretativo do texto constitucional, pode-se constatar que tanto a intenção do legislador constituinte originário, quanto o objetivo da própria Constituição Federal foi, principalmente, assegurar que os impostos, em razão de seus efeitos econômicos, não desfalquem o patrimônio, nem contribua a diminuir a eficácia dos serviços das organizações religiosas, não instituindo impostos, assim, aos templos de qualquer culto.

Porém, é interessante frisar, segundo o próprio texto do art. 150, VI, da CF/88, que a imunidade contemplada aos templos de qualquer culto é restrita somente aos impostos, não incluindo assim, outras espécies de tributos como a cobrança de taxas e de contribuições. Desta maneira os templos de qualquer culto ou as organizações religiosas estão obrigados a pagar as taxas (iluminação, água, bombeiros) bem como as contribuições de qualquer natureza (sociais melhorias).

3.1 A Aplicabilidade da Imunidade aos Templos de Qualquer Culto

Um ponto bastante discutido pela doutrina refere-se à eficácia da norma contida no art. 150, VI, “b”, da CF/88, que preconiza, como já exposto, a imunidade aos templos de qualquer culto. Divergem os estudiosos do direito no seguinte ponto: se tal norma imunizante seria auto-aplicável, ou, ao contrário, haveria a necessidade de uma regulamentação por um ato normativo, para que a imunidade aos templos religiosos tivesse aplicabilidade.

De acordo o posicionamento de SILVA,

A imunidade dos templos de qualquer culto é norma auto-aplicável, por uma questão de lógica constitucional, já que,

(...), na imunidade o ente estatal não tem poderes para instituir tributos, descabendo, assim, defender que este mesmo ente detenha poderes para estabelecer requisitos em torno do exercício da norma imunizante. Em resumo, se o legislador não tem poder de tributar, sequer pode estabelecer condições para que as organizações religiosas gozem deste benefício (2006, p.15).

Porém, será razoável que o Poder Público diante das situações fáticas estabeleça alguns procedimentos administrativos, com o intuito que conhecer, diante de cada caso concreto, a situação de direito que ensejará a incidência da imunidade constitucional garantida. Um exemplo disso seria o cadastramento da instituição religiosa perante o Poder Público para a análise dos seus principais documentos com o intuito de comprovar a situação que lhe garanta a imunidade, evitando, assim, os abusos que são cometidos por certas instituições em decorrência da sua posição privilegiada.

3.2 A Amplitude da Imunidade aos Templos de Qualquer Culto

Como já discutido acima, a atual Constituição Federal, na esteira da tradição iniciada pela Constituição de 1946, estabelece que é vedada a exigência de impostos sobre os templos de qualquer culto (art. 150, VI, "b"). Destarte, tal dispositivo traz consigo o debate acerca do sentido e também da interpretação da expressão "templos". Assim, estaria a imunidade constitucional limitada apenas aos impostos que incidem sobre os imóveis nos quais se situam os templos, em uma interpretação restritiva do dispositivo, como por exemplo, o Imposto Predial Territorial Urbano, ou como templo, deve ser entendida a Igreja, enquanto entidade mantenedora religiosa, de modo a se proteger da tributação todo o patrimônio, rendas e serviços relacionados com as suas finalidades essenciais, segundo uma interpretação mais liberal ou extensiva. Desse modo, qual seria a amplitude que a CF/88 conferiu aos templos de qualquer culto?

Esta é uma questão que há muito divide a doutrina pátria. Segundo os ensinamentos de SILVA

O conceito de templo traz muitas divergências, podendo-se concluir pela existência de duas correntes: a) a restritiva, que somente admite que a imunidade alcança o local dedicado específica e exclusivamente ao culto religioso; e b) a liberal, que sustenta que a imunidade se estenderia aos 'anexos' do templo, isto é, a todos os bens vinculados à atividade religiosa, como os conventos, as casas paroquiais, as residências dos religiosos etc., bem como os serviços religiosos em si, isto é, ao atos próprios de culto (2006, p. 16).

O ilustre tributarista SACHA CALMON NAVARRO COELHO, posiciona-se numa linha conceitual mais restritiva. Segundo o mencionado professor,

o templo é o lugar destinado ao culto e hoje os templos e todas as religiões são comumente edifícios. Nada impede, porém, que o templo ande sobre barcos, caminhões e vagonetes, ou seja, em terreno não edificado. Onde que se oficie um culto, aí é o templo. Como no Brasil o Estado é laico, vale dizer, não tem religião oficial, todas as religiões devem ser respeitadas e protegidas, salvo para evitar abusos. Quando ocorre a tributação objetiva-se evitar que sob a capa da fé se pratiquem atos de comércio ou se tenha o objetivo de lucro, sem qualquer finalidade benemérita (2002, p. 151).

Portanto, a imunidade corresponderia ao templo, ou seja, ao lugar onde se realiza o culto ou o ritual religioso e não, necessariamente, a ordem religiosa como um todo.

Por sua vez, o ilustre jurista ALIOMAR BALEEIRO, seguindo a linha mais liberal e a uma interpretação mais extensiva, identifica aos templos de qualquer culto como todo um conjunto de bens e atividades organizadas para o exercício do culto religioso, ou a ele vinculadas. Segundo o renomado tributarista,

o templo não deve ser apenas a igreja, sinagoga ou edifício principal, onde se celebra a cerimônia pública, mas também a dependência acaso contígua, o convento, os anexos por força de compreensão, inclusive a casa ou residência especial, do pároco ou pastor, pertencente à comunidade religiosa, desde que não empregados em fins econômicos (1998, p. 136).

Dessa forma, o templo de qualquer culto não é apenas a materialidade do edifício. Porém, para gozar da imunidade tributária, o edifício somente será considerado templo se complementado pelas instalações ou pertenças adequadas àquele fim ou se utilizado aquele espaço efetivamente no culto ou prática da atividade religiosa.

Desse modo, o vocábulo “templo” na visão de BALEEIRO deve compreender o próprio culto e tudo quanto vincula o órgão à função, haja vista que a imunidade dos “templos de qualquer culto” somente produzirá os efeitos almejados pelo legislador constitucional se for interpretada de maneira ampla e generosa, em relação às atividades ligadas as finalidades essenciais dos mesmos.

O professor PAULO DE BARROS CARVALHO, seguindo uma postura parecida com BALEEIRO diz que

as edificações onde se efetuam as atividades de cunho religioso devem ser consideradas *templos*, não sendo demais afirmar que o interesse da sociedade e todos os valores fundamentais tutelados pelo ordenamento jurídico concorrem para estabelecer as fronteiras do proselitismo religioso e a adequada utilização dos templos onde se realizem os ofícios (2000, p. 185).

Destaca, portanto, tal jurista que deve ser adotada uma exegese bem larga em relação ao conceito de templos de qualquer culto.

Desse modo, de acordo a sistemática e lógica da CF/88, no Estado Democrático de Direito, deve-se adotar uma corrente mais liberal, ou seja, que

busque uma interpretação mais extensiva, que disponha no templo todo um conjunto de bens e atividades organizadas para o exercício do culto religioso, ou a ele vinculadas, pois analisada a questão do ponto de vista pragmático não há como afastar a idéia, numa visão histórica, de que toda a estrutura de qualquer organização religiosa visa, ao fim e ao cabo, propiciar a manifestação da crença professada.

4 A VEDAÇÃO DE INSTITUIÇÃO DE IMPOSTOS SOB O PATRIMÔNIO, RENDA, E SERVIÇOS RELACIONADOS COM AS FINALIDADES ESSENCIAIS DAS ENTIDADES

Dispõe o §4º do art. 150 da CF/88 “As vedações expressas no VI, alíneas *b* e *c*, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas”. Em decorrência de tal dispositivo, faz-se relevante discutir o que seria o significado das finalidades essenciais dos templos de qualquer culto, com o intuito de compreender o alcance da imunidade nas atividades desenvolvidas pelas organizações religiosas, a fim de que não reste contrariado o comando do parágrafo 4º do artigo 150 do texto legal.

Segundo SILVA, a finalidade essencial

representa um elo entre o culto e o patrimônio bem como com as rendas da instituição religiosa, consubstanciando-se nas atividades que propiciam tanto a manutenção do templo como a prática do culto, tendo como fundamento de validade o princípio maior da liberdade de culto, previsto na Constituição Federal como cláusula pétrea.

É premissa básica que o sistema jurídico é um todo harmonioso, de forma que as normas que o compõem não são dispostas aleatoriamente, mas sim de forma organizada e concatenada, harmônica, inteligente, formando um sistema coerente e bem estruturado, segundo regras próprias, em decorrência de princípios que facultam ao jurista a resolução de todos os desafios que lhe são apresentados.

O sentido da norma decorre principalmente dos seus elementos e da forma pelo qual foram organizados, isto é, pela sua estrutura, que sempre circunda os valores adotados como princípios. Assim sendo, é impraticável a interpretação isolada do parágrafo 4º do artigo 150 da Constituição Federal, pois sua melhor exegese decorre exatamente da sua relação com todo o sistema que consubstancia a Carta Política (2006, p. 22).

Desse modo, a vedação tratada no dispositivo supracitado deve ser interpretada dentro de um critério sistêmico e amplo, porém, dentro de um pertinente equilíbrio, haja vista que sempre poderá haver conflitos entre as instituições indicadas nas alíneas *b* e *c* do inciso VI, do artigo 150 da CF/88 e o Poder Público em sua “gana” de arrecadação, o que poderá atingir as entidades mencionadas e a consecução de suas atividades, atividades estas que mereceram o incentivo do constituinte originário, mediante a outorga da norma imunizante.

Pode-se verificar, assim, que de acordo com o parágrafo 4º do artigo 150 da CF/88, que a imunidade aos templos de qualquer culto deve alcançar somente o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais dos mesmos, aquelas inerentes à própria natureza da entidade, ou seja, os propósitos que conduziram à sua instituição.

Contudo, ainda assim, na prática, ocorre uma grande dificuldade em se identificar, nas atividades executadas pelas organizações religiosas, quais seriam ou não relacionadas com suas finalidades essenciais, com o fim de usufruírem a garantia imunizante prevista no texto constitucional.

Na doutrina pátria existem duas correntes dominantes que buscam uma melhor interpretação a cerca da relação das atividades dos templos de qualquer culto com suas finalidades essenciais.

Para a primeira corrente, denominada restritiva, há a exigência que o patrimônio, as rendas e os serviços em questão tenham origem nas atividades

essenciais da entidade e se destinem à sua manutenção. Em suma, esta corrente entende que é irrelevante, para os fins de demarcação da imunidade das organizações religiosas, a destinação dos recursos auferidos, importando, tão-somente, a sua origem.

Tal posicionamento é seguido por uma pequena parcela da doutrina e da jurisprudência. Assim, para seus seguidores estão fora da garantia constitucional em tela quaisquer atividades que não tenham relação direta com o culto religioso, com o ritual de adoração. Desse modo, por exemplo, descaberia a incidência da imunidade na receita auferida com a venda de produtos diversos, desvinculados do ato religioso, bem como sobre os valores recebidos a título de aluguel de imóveis ou móveis, de estacionamento de veículos, dentre outros exemplos.

Dentre os adeptos dessa corrente, cabe destacar o posicionamento de GUILHERME VON MÜLLER LESSA VERGUEIRO

Ao lado dessa posição condizer com nossas premissas, essa linha parece ser a mais sensata, vez que a demarcação da imunidade de uma receita não pode ficar condicionada a sua ulterior destinação. Isso porque a permissão ou a proibição da tributação se perfaz no momento da realização de determinado fato tributário e não na pertinência do emprego posterior desses recursos.

Professar em sentido contrário rompe com toda a teoria da fenomenologia da incidência tributária que sustenta que a hipótese tributária somente incide quando do relato lingüístico da ocorrência do fato tributário. Nessa situação, não bastaria que a receita derivasse da prática de alguma atividade litúrgica pelo templo, mas seria necessário que essa fosse empregada nos seus propósitos. Não é difícil constatar a sua improcedência.

Ademais, o aspecto subjetivo da pertinência ou não do emprego dos recursos em mister vinculado a sua finalidade essencial torna bastante nebuloso o universo da destinação para fins de demarcação da imunidade dessas

receitas, o que macula a sua eleição como critério delimitador da imunidade (2002, p. 177).

A segunda corrente preconiza que a melhor exegese ao art. 150, §4º, da CF/88 é a amplitude da expressão “patrimônio, serviços e rendas relacionadas com as atividades essenciais”, pois desde que as receitas sejam aplicadas na consecução dos ideais dos templos religiosos, devem elas receber o beneplácito da norma imunizante, desde que adquiridas licitamente.

As entidades do chamado Terceiro Setor, dentre as quais se inserem os templos de qualquer culto ou organizações religiosas, não têm por objetivo o lucro, uma vez que sua finalidade não é atuação no mercado, mas esforçam-se elas para obterem uma receita maior do que a despesa, receita esta que pode ser denominada superávit, imprescindível para sua sobrevivência. Contudo, as atividades ou operações que dão origem a estas rendas geralmente não estão relacionadas com suas finalidades essenciais, até porque o objetivo social das organizações religiosas, além do próprio exercício do culto, envolve muitas vezes atividades de assistência e promoção social, de maneira que as propostas estatutárias de tais entes geram, em verdade, na grande maioria de casos, despesas, custos, e não receitas.

Por isso se justifica uma interpretação extensiva do dispositivo legal, haja vista a relevância das atividades desenvolvidas pelas entidades religiosas que o Estado, na maioria das vezes, não consegue executar com a devida eficácia necessária.

Porém, deve-se verificar, em cada caso concreto, a amplitude que é dada a interpretação dessa imunidade, pois a execução das atividades com o fim econômico pelos templos de qualquer culto deverá verificar o princípio constitucional da livre concorrência. Seria, evidentemente, inconstitucional que as instituições imunes concorressem desigualmente com a iniciativa privada,

beneficiando-se da imunidade, sendo que o particular ficasse completamente sujeito à alta carga tributária de País.

Tal raciocínio também é defendido pelo ilustre tributarista IVES GANDRA MARTINS, que assevera

O § 4º, todavia, ao falar em atividades relacionadas, poderá ensejar a interpretação de que todas elas são relacionadas, na medida em que destinadas a obter receitas para a consecução das atividades essenciais.

Como na antiga ordem, considero não ser esta a interpretação melhor na medida em que poderia ensejar concorrência desleal proibida pelo art. 173, §4º da Lei Suprema.

Com efeito, se uma entidade imune explorasse atividade pertinente apenas ao setor privado, não haveria a barreira e ela teria condições de dominar mercados e eliminar a concorrência ou pelo menos obter lucros arbitrários, na medida em que adotasse idênticos preços de concorrência mas livre de impostos.

Ora, o Texto Constitucional atual objetivou, na minha opinião, eliminar, definitivamente, tal possibilidade, sendo que a junção do princípio estatuído nos arts. 173, §4º e 150, § 4º, impõe a exegese de que as atividades, mesmo que relacionadas indiretamente com aquelas essenciais das entidades imunes enunciados nos incs. b e c do art. 150, VI, se forem idênticas ou análogas às de outras empresas privadas, não gozariam de proteção imunitória.

Exemplificando: se uma entidade imune tem um imóvel e o aluga. Tal locação não constitui atividade econômica desrelacionada de seu objetivo nem fere o mercado ou representa uma concorrência desleal. Tal locação do imóvel não atrai, pois, a incidência do IPTU sobre gozar a entidade de imunidade para não pagar imposto de renda.

A mesma entidade, todavia, para obter recursos para suas finalidades decide montar uma fábrica de sapatos, porque o mercado da região está sendo explorado por outras fábricas de fins lucrativos, com sucesso. Nessa hipótese, a

nova atividade, embora indiretamente referenciada, não é imune, porque poderia ensejar a dominação de mercado ou eliminação de concorrência sobre gerar lucros não tributáveis exagerados se comparados com os de seu concorrente (1998, ps. 45/48).

Portanto, vale destacar que apenas se as atividades puderem gerar concorrência desleal ou as finalidades das entidades imunes não forem beneficiadas por tais resultados é que a tributação se justifica, visto que tais atividades fogem ao campo de proteção tributária que o legislador buscar assegurar as finalidades da sociedade. É certo que o texto constitucional circunscreve a imunidade tão somente, ao imposto. Dentro dessa perspectiva, é claro, está compreendido todo e qualquer imposto que recaia sobre o patrimônio, a renda ou serviços. Assim, os templos não se apresentam imunes às demais espécies fiscais, como já dito acima.

Por fim, pode-se verificar que a segunda corrente, conhecida como ampliativa ou de interpretação extensiva, é a que tem prevalecido hoje na doutrina e jurisprudência, que admite que as entidades imunes possam prestar serviços, auferir rendas e adquirir patrimônio através de outras atividades que não estejam diretamente relacionadas com as finalidades essenciais das instituições religiosas, desde que não ocorra, contudo, afronta ao princípio constitucional da livre concorrência e que os recursos obtidos sejam integralmente aplicados em sua manutenção.

5 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal (STF) vem dando uma interpretação mais extensiva ao instituto da imunidade. O STF vem defendendo uma teoria ampliativa quanto a extensão dos efeitos imunitórios em relação às atividades não essenciais dos templos religiosos. É necessário, como já discutido anteriormente, analisar a destinação dos recursos obtidos pelo templo, ou seja, havendo relação

entre a renda e as finalidades essenciais, deve-se aplicar o dispositivo constitucional.

Antes do advento da CF/88, a Suprema Corte brasileira chegou a adotar, sobre o tema em estudo, uma linha restritiva, que foi consagrada em antigo precedente daquela Corte, o Recurso Extraordinário 21.826, julgado na sessão de 02 de julho de 1953, onde se considerou imune somente o imóvel no qual estivesse instalado o templo e não toda extensão da atividade religiosa.

Contudo, desde aquele julgamento, ocorrido na década de 50 do século passado, o STF evolui no seu posicionamento, mitigando questão das imunidades em decorrência dos reflexos do grande progresso tecnológico que desencadeou severas mudanças nos contextos econômico, social e político de todo o planeta, de forma que a linha restritiva quanto à imunidade foi gradativamente abandonada, passando o Supremo Tribunal Federal a adotar postura mais liberal e ampliativa.

Assim, podem-se verificar mais recentemente julgados daquela Corte Excelsa que reconheciam o benefício da imunidade, com relação ao IPTU, ainda que sobre imóveis locados (RE 257.700, julgado em 13/06/2000), ou utilizados como escritório e residência de membros da entidade imune (RE 221.395, julgado em 08/02/2000).

Contudo, o caso atual mais emblemático, que ficou conhecido como o *leading case* da adoção de uma postura mais ampliativa quanto à imunidade dos templos de qualquer culto, é o julgamento do Recurso Extraordinário 325.822-2/SP, ocorrido em 18 de dezembro de 2002, onde havia, naquela época, uma natural ansiedade da comunidade jurídica em relação à postura que seria adotada pela mais alta Corte do País sobre tema tão relevante. Por isso, os detalhes fáticos que se pode extrair daquele julgamento são importantes para se chegar a uma melhor compreensão do entendimento da nossa Corte Superior.

No caso ora sob exame aduz SILVA

a Diocese de Jales e três paróquias insurgiram-se contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que restringiu a imunidade dos templos de qualquer culto aos imóveis em que são feitas as celebrações religiosas e às dependências que servem aos fiéis, excluindo, todavia, da garantia constitucional, os centros pastorais ou de formação humano-religiosa, os locais de reunião e administração, as residências dos padres e religiosos encarregados dos trabalhos da igreja, bem como os imóveis alugados para arrecadar fundos para o cumprimento dos objetivos estatutários da instituição (2006, p. 35).

Tal questão dividiu a Corte. Alguns ministros adoram a corrente restritiva, como o relator originário do RE, o Ministro Ilmar Galvão, que finalizou seu voto dizendo que os lotes vagos e prédios comerciais dados em locação e que não estão relacionados às finalidades do culto devem ser tributados, não merecendo a garantia imunizante. Já outros ministros adotaram uma postura mais liberal, posicionando no sentido de conferir uma interpretação mais extensiva em relação às imunidades aos templos de qualquer culto.

No entanto, prevaleceu o entendimento de que a imunidade tributária deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas também o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com a finalidade essencial da entidade religiosa.

Nesta mesma linha de raciocínio, ao proferir o seu voto no Recurso Extraordinário nº 325.822-2 SP, o eminente Ministro Marco Aurélio ao presidir o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, proferindo voto de minerva, já que a votação estava empatada, assim o fez:

Peço vênia também ao eminente relator para acompanhar a dissidência, pois acredito piamente no que previsto no

Código de Direito Canônico de 1983, editado quando do Papado de João Paulo II.

Os bens, no caso, são destinados à finalidade do próprio templo. Não vejo, na espécie, uma pertinência maior, considerada a necessidade de distinguirem-se institutos, do disposto no artigo 19 da Constituição Federal, porque esse artigo, ao vedar à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios subvencionar cultos, pressupõe um ato positivo, um aporte, uma vantagem que seja outorgada, e, no tocante à imunidade, não há esse aporte.

Ressaltou bem o ministro Moreira Alves que a Carta de 1988 trouxe a novidade do §4º do artigo 150, sobre as vedações expressas no inciso VI, e, aí, houve referência explícita à alínea “b”, que cogita da imunidade quanto aos templos de qualquer culto. De acordo com o citado §4º, tais vedações compreendem o patrimônio, a renda e os serviços relacionados de forma direta “com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas”. Havendo, portanto, o elo, a destinação, como versado nos autos, não se tem como afastar o instituto da imunidade.

Desse modo, com o voto de desempate, em análise ao RE nº 325.822-2/SP o STF, cujo relator final foi o Ministro Gilmar Mendes, ficou pacificado o entendimento mais benéfico aos templos de qualquer culto, adotando-se uma corrente mais extensiva, assim se decidiu:

EMENTA: Recurso Extraordinário. 2. Imunidade tributária de templos de qualquer culto. Vedação de instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades. Artigo 150, VI, “b” e §4º, da Constituição. 3. Instituição religiosa. IPTU sobre imóvel de sua propriedade que se encontram alugados. 4. A imunidade prevista no art. 150, VI, “b”, CF deve abranger não somente os prédios destinados aos cultos, mas, também o patrimônio, a renda e os serviços “relacionados as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas”. 5. O §4º do dispositivo constitucional serve de vetor interpretativo das alíneas “b”

e “c” do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. Equiparação entre as hipóteses das alíneas referidas. 6. Recurso extraordinário provido.

Portanto, os imóveis de propriedade de entidade religiosa, embora alugados, isto é, não aplicados diretamente na prática do culto religioso, estarão alcançados pela imunidade tributária se os rendimentos dos aluguéis forem destinados às finalidades essenciais da entidade religiosa.

Ao invés de interpretar a imunidade tributária religiosa sob uma visão estrutural (onde o importante é natureza do bem, do rendimento ou manifestação de capacidade contributiva), adotou o Supremo Tribunal Federal uma interpretação funcional da norma constitucional imunizante, onde o ponto central reside na destinação da renda ou do bem às finalidades essenciais da entidade religiosa.

Por fim, cabe destacar que nos últimos cinco anos houve uma ampla renovação pela qual passou a composição do STF. Por isso é interessante se verificar se o posicionamento da Suprema Corte será ou não modificado em consonância aos novos integrantes da mesma, haja vista ser uma questão de grande interesse social, pela relevância que as entidades religiosas assumiram, hodiernamente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A imunidade é uma limitação constitucional ao poder de tributar, vez que está contida de forma expressa pela CF/88. Logo, a pessoa ou a instituição contemplada não podem sofrer tributação, haja vista ser um direito público subjetivo concedido as mesmas.

Nesse íterim, a imunidade conferida aos templos de qualquer culto, também denominados de organizações religiosas, faz se necessária, haja vista a relevância das atividades que as mesmas atuam em face do interesse coletivo,

merecendo, assim, a proteção e o incentivo por parte do Estado que a CF/88 lhes conferiu. Por isso, deve ser uma norma de aplicação imediata, por uma questão de lógica constitucional, pois na imunidade o ente estatal não tem poderes para instituir impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços dessas instituições

A imunidade tributária que se encontra no artigo 150, IV, “b” da Constituição, abrange apenas os impostos, não alcançando as taxas, contribuições de melhoria e contribuições sociais ou para-fiscais. Está tal imunidade adstrita ao patrimônio, renda e serviços ligados à atividade fim das entidades, perdendo a imunidade sempre que houver desvirtuamento da atividade fim.

É importante ressaltar que o STF mudou seu posicionamento ao longo das décadas passadas e vem dando uma interpretação mais ampla ao instituto da imunidade. Desse modo, a Corte Suprema defende, atualmente, uma teoria ampliativa quanto à extensão dos efeitos imunitários a atividades essenciais da Igreja. Fica evidente, assim, que a melhor exegese neste tema é aquela que preconiza a amplitude da expressão “rendas relacionadas com as atividades essenciais”, disposta no §4º do art. 150 da CF/88, pois desde que as receitas sejam aplicadas na consecução dos ideais estatutários dos templos religiosos, devem elas receber a garantia da norma imunizante, desde que adquiridas licitamente.

Percebe-se, que tal instituto surgiu com o fito de proteger valores maiores contidos em princípios constitucionais, como o da livre divulgação de idéias, de conhecimentos, da proteção da cultura e da propagação da religião.

Importante foi o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário 325.822-2/SP, julgado em 18 de dezembro de 2002, pois serviu como um paradigma para algumas decisões que estão sendo deliberadas nos juízos e tribunais no Brasil.

O presente trabalho propôs discutir o tema a partir da problemática da vedação de instituição de impostos sob o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades religiosas face ao disposto no §4º do art. 150 da CF/88, e, posteriormente, se analisou a amplitude interpretativa que se tem dado a esta regra.

Por fim, é necessário ressaltar que outros estudos devem ser feitos com relação a tal assunto, com o intuito de melhor se debater e aperfeiçoar o assunto face ao constante desenvolvimento que a sociedade sempre passa face a mudança e reestruturação de certos valores. A nova composição do Supremo pode contribuir perfeitamente para uma maior discursividade e melhor exegese do tema, haja vista a importância das entidades religiosas na sociedade brasileira frente as suas atividades essenciais.

7 REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Tributário. **Recurso Extraordinário**. Imunidade tributária dos Templos de Qualquer Culto. N. 325.822-2, da Câmara Cível do tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Brasília-DF, 18 de dezembro de 2002. [Http:// www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Manual de Direito Tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Imunidades Tributárias**. São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Descomplicado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, Ricardo. **A Imunidade Dos Templos De Qualquer Culto**. Disponível em: [http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16922/Imunidade Templos Qualquer Ricardo Silva.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16922/Imunidade_Templos_Qualquer_Ricardo_Silva.pdf?sequence=1), acesso em 22/06/10 às 17:00 hs.

TEPEDINO, Gustavo. Aspectos Polêmicos do Tratamento Fiscal Conferido aos Templos e às Entidades de Fins Religiosos. *In*: **Revista da Procuradoria-Geral da República**. N. 5,1994.

VERGUEIRO, Guilherme Von Muller Lessa. **IMUNIDADE TRIBUTÁRIA**. São Paulo: MP, 2005.

COMO TORNAR EFETIVA A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO "MOHAMED X ARGENTINA" SEM A NECESSIDADE DE CONDENAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO

PEDRO RAMOS LYRA DA SILVA: Advogado e Técnico Superior Jurídico da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

O presente estudo tem por objetivo analisar como o Brasil pode adequar sua realidade legislativa e jurisprudencial à decisão tomada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no famoso caso “Mohamed x Argentina”, sem que, para tanto, sejam necessárias reformas no ordenamento jurídico pátrio, ou mesmo alterações de entendimentos jurisprudenciais já consolidados de há muito.

De início, parece necessário que se proceda a uma pequena incursão no supramencionado caso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Oscar Alberto Mohammed, motorista profissional, foi denunciado pelo Ministério Público argentino por supostamente ter cometido um homicídio culposo, em situação de trânsito. Em primeiro grau, o réu restou absolvido pela Justiça portenha. Insatisfeito com a decisão, o *Parquet* argentino apresentou recurso à Corte de Apelação que, julgando o caso, condenou Mohamed nos termos em que requerido na exordial acusatória.

Diante desta condenação, proferida por um tribunal local, a Defesa Técnica de Mohamed se encontrou em situação muito semelhante à que se verifica em casos análogos no Brasil: vindo o réu absolvido de primeiro grau e condenado em grau de apelação, não se oportunizou à Defesa Técnica, em razão da ausência de previsão legal, a possibilidade de se interpor um recurso ordinário, ou seja, um recurso que pudesse rediscutir e reapreciar plenamente os fatos e as provas.

Restou à Defesa de Mohamed a interposição do chamado “recurso extraordinário”, muito semelhante ao recurso especial pátrio. Uma vez

interposto o referido recurso pela Defesa Técnica, contudo, o mesmo restou infrutífero “sob o argumento de que o recorrente se referia a questões de fato, de prova e de direito comum, as quais não poderiam ser debatidas na instância extraordinária, ou esta se transformaria numa ‘terceira instância ordinária’”^[1].

Desta forma, a condenação transitou em julgado perante o Poder Judiciário argentino e Mohamed perdeu o emprego de motorista, em razão da pena acessória de perda a habilitação para dirigir.

Diante desta nítida violação ao direito convencional do duplo grau de jurisdição (previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8, item 2, alínea “h”) – já que o ordenamento jurídico da Argentina não conferiu ao réu o direito a um recurso ordinário e amplo que pudesse discutir os fatos e provas que embasaram sua condenação – a Defesa Técnica de Mohamed fez uma denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão, após o regular trâmite interno da demanda, houve por bem levar o caso à Corte Interamericana. Já em sede jurisdicional, o caso passou por todo o procedimento da Corte, chegando, por fim, à sentença que, em resumo, condenou o Estado argentino a: (a) adotar todas as medidas necessárias para garantir que Mohamed tenha o efetivo direito de recorrer da sentença condenatória, na forma preconizada pelo art. 8.2.h, da Convenção Americana de Direitos Humanos; (b) suspender os efeitos da condenação até o julgamento do recurso a ser interposto por Mohamed; (c) pagar as indenizações fixadas.

O grande fundamento utilizado pela Corte Interamericana foi o cotejo do supramencionado art. 8.2.h, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que expressamente garante o direito ao duplo grau de jurisdição, com o art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que:

“(...) contém um redação que não deixa margem para dúvidas sobre o acerto da conclusão obtida no Caso

Mohamed, já que expressamente estabelece que ‘Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei’. Logo, se a pessoa é declarada culpada somente a partir do julgamento de uma apelação, pelo órgão jurisdicional de segundo grau, nasce daí o seu direito ao recurso” [2].

E não pode ser qualquer recurso para que sejam satisfeitos os dispositivos já mencionados de ambos os documentos internacionais. Este recurso precisa ser ordinário, ou seja, que possa analisar questões de fato, de prova e de direito nas quais se fundamentam a condenação.

Como se pode perceber, as molduras jurídicas argentina e brasileira, para fatos análogos ao de Mohamed, são bem parecidas: réu absolvido em primeira instância e condenado em segunda instância não possui direito a exercer, de maneira efetiva, o seu direito convencional ao duplo grau de jurisdição, uma vez que os recursos disponíveis em ambos os ordenamentos jurídicos não podem ser considerados “ordinários”.

Partindo agora para uma análise mais profunda da situação brasileira, fato é que do julgamento de uma apelação criminal, por uma corte local, cabem dois recursos (além dos embargos de declaração e dos embargos infringentes e de nulidade, que possuem hipóteses restritas e específicas de cabimento): o recurso especial, dirigido do Superior Tribunal de Justiça, e o recurso extraordinário, dirigido ao Supremo Tribunal Federal.

E, como é de sãbença geral, tanto a jurisprudência do STF, quanto a do STJ, são assentes no sentido de ser impossível a rediscussão de fatos e provas pelas vias dos recursos excepcionais. Tanto é assim que o STF houve por bem sumular a questão, por meio do verbete nº 279 (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”). E assim

também o STJ o fez, por meio do verbete sumular nº 7 (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”).

Desta forma, uma vez absolvido em primeira instância e condenado em segunda, ao réu não será garantido – ao menos da forma como o ordenamento jurídico pátrio vem sendo interpretado – o direito convencional ao duplo grau de jurisdição, que, como bem assentou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, inclui o direito a um recurso ordinário, de espectro amplo.

Porém, existe uma saída para que o direito positivo nacional seja relido e o Brasil se adeque à jurisprudência da Corte Interamericana, se antecipando a uma futura eventual condenação em caso análogo ao “Mohamed x Argentina”, evitando injustiças e todas os consectários lógicos advindos de uma condenação internacional.

Esta é exatamente a proposta que as presentes linhas visam trazer. E, salvo melhor juízo, trata-se de uma proposta extremamente simples e muito pouco traumática, qual seja: a releitura das súmulas nº 279 do STF e nº 7 do STJ.

Explica-se.

Não existe a necessidade de se criar um recurso próprio para o caso do réu absolvido em primeira e condenado em segunda instância. Os recursos já existem e são exatamente o recurso especial e o recurso extraordinário.

Isso porque na regulamentação de ambos os recursos – seja em sede constitucional, seja em sede legal – inexistente o óbice de se rediscutir fatos e provas. Tal vedação é uma verdadeira construção jurisprudencial dos Tribunais Superiores, dentro de um fenômeno que alguns estudiosos do direito entenderam por bem denominar “jurisprudência defensiva”.

A “jurisprudência defensiva” pode ser entendida, em poucas palavras e em linguagem simplificada, como o posicionamento consolidado dos tribunais – em especial, os tribunais superiores – que

coloca aspectos essencialmente técnicos ou de filigranas formais como obstáculos para a análise da questão meritória dos recursos.

Referido fenômeno tem origem na estrutura piramidal do Poder Judiciário nacional, em que os processos surgem em órgãos jurisdicionais capilarizados e, à medida que vão se desenvolvendo – em especial, na fase recursal – vão sendo transferidos para órgãos cada vez mais concentrados, sem que haja magistrados em quantidade suficiente para dar conta de tamanha demanda pela tutela jurisdicional.

Como forma de racionalizar – mais no sentido de “racionamento”, do que no sentido de “racional” – essa situação, a jurisprudência vem, de há muito, criando diversos filtros para dificultar a chegada de processos às instâncias superiores. É neste contexto que surgem as referidas súmulas supramencionadas.

Assim, o que se propõe é um abrandamento dos referidos entendimentos sumulados, para que se passe a entender que, no caso específico de réu em ação penal que seja absolvido em primeira instância e condenado em sede de apelação, seja garantido ao mesmo o direito ao efetivo duplo grau de jurisdição, por meio da possibilidade de interposição de recurso especial e/ou recurso extraordinário com direito à rediscussão da condenação, por meio da viabilidade da reanálise dos fatos e das provas constantes do processo.

Dessa forma, o Estado brasileiro se adequaria à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sem a necessidade de uma condenação internacional e de suas consequências lógicas, em razão de todos os motivos já expostos, além de poder fazê-lo sem a necessidade de reformar a legislação hoje em vigor. A mera criação de uma exceção aos verbetes sumulares nº 279 do STF e nº 7 do STJ, nos termos aqui propostos seria suficiente e tornaria efetivo o direito convencional ao duplo grau de jurisdição.

NOTAS:

[1] PAIVA, Caio Cezar e HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017. p. 491

[2] *Idem*. p. 493.

A INFLUÊNCIA MIDIÁTICA NO CONSELHO DE SENTENÇA DO TRIBUNAL DO JÚRI

MYKAELA

MAURÍCIO

MACEDO: Bacharelanda do curso de Direito na Faculdade Serra do Carmo (Fasec)

RESUMO: O presente artigo buscou-se analisar a influência que a mídia exerce nas decisões do Tribunal do Júri, mediante o consumo direto sob formas de comunicação, manifestações sociais de intolerância gerados pelos excessos de informações, noticiários delitivos, como também, os desequilíbrios na publicidade dos processos penais e prematuras resoluções nos tribunais. Considerando a origem do Tribunal do Júri no ordenamento jurídico brasileiro, sua organização, os jurados e suas funções, este trabalho defende a ideia da pressão que é exercida pela interferência mediática nos conflitos inerentes ao direito do acusado perante o imparcial julgamento do Conselho de Sentença.

PALAVRAS-CHAVE: Mídia. Tribunal do Júri. Processos Penais. Conselho de Sentença.

ABSTRACT; The present article sought to analyze the influence of the media in the decisions of the Jury's Court, through direct consumption under forms of communication, social manifestations of intolerance generated by excessive information, delinquent news, as well as imbalances in advertising of Criminal proceedings and premature rulings in court. Considering the origin of the Jury Tribunal in the Brazilian legal system, its organization, jurors and their functions, this work defends the idea of the pressure that is exerted by the media interference in the conflicts inherent to the right of the accused before the impartial judgment of the Sentence Council.

KEYWORDS: Media. Jury court. Criminal proceedings. Judgment council.

1. INTRODUÇÃO

O Tribunal do Júri esteve presente em diversos momentos históricos da sociedade, sempre como forma de representar a participação popular na manifestação do poder estatal de julgar. No

sistema processual penal brasileiro a norma de escolha dos cidadãos que será responsável pelo julgamento de seus pares está prevista no art. 447 do Código de Processo Penal – CPP, que em tese teria o condão de escolher pessoas imparciais, bem como o próprio juiz presidente, para poderem proferir uma sentença justa e isenta de preconceitos pessoais.

A constante evolução da mídia em especial os chamados veículos de comunicação em massa, exercem um controle cada vez mais forte sobre a opinião popular, dado o seu alcance e facilidade de propagação. No contexto dos julgamentos realizados no Tribunal do Júri, esta exposição em demasia de acusados nestes meios de comunicação, bem como a espetacularização e ênfase de versões sobre os casos penais, sem o devido processo legal, podem, inequivocamente, afetar aos julgamentos pelo Conselho de Sentença, que como parte da sociedade pode ser influenciada diretamente por este julgamento paralelo.

Nesse passo, as atuações de forma desenfreada pelos veículos de comunicação podem estar trazendo uma indevida influência nos julgamentos que deveriam ocorrer de forma imparcial, onde o jurado deve formar suas ideias com base nos fatos ocorridos no delito e demonstrados nos debates ocorridos dentro do processo, no contraditório judicial, e de acordo com a sua íntima convicção. Contudo, a população tem sido cada vez mais conduzida, em casos de grandes relevâncias e espetacularizações por julgamentos de opiniões que se desenvolvem alheios às regras essenciais que revestem o devido processo legal, gerando dúvidas, inseguranças e interferências para tomar decisões isentam perante o Tribunal do Júri, quando não causam, efetivamente, uma inculcação de ideias nos julgadores.

Não por acaso, foi escrito por Oliveira Filho (2017, on line):

Segundo J. B. Pinho despontam os telejornais como grandes formadores de opinião, em grande parte pelo mito da imparcialidade jornalística, que figura no imaginário popular, induzindo a crença de que jornais não divulgam opiniões e sim fatos.

Some-se a isso o fato de que mais de 95% dos lares no Brasil contam com aparelho televisivo e tem-se uma ótima fonte usada para construção ou destruição de imagens, se utilizada com o fim diverso do de informar.

Nessa perspectiva, foi feito uma análise do conflito existente entre a liberdade de expressão, corolário de nosso sistema democrático de direito, bem como base fundamental dos Tratados dos quais o Brasil é signatário, em especial o Pacto de San Jose da Costa Rica, bem como o princípio da publicidade do processo penal, e a necessária imparcialidade do judiciário – verificaremos a possível colisão entre o direito à informação e à privacidade e intimidade no âmbito destes julgamentos.

A relevância do tema justifica o reflexo da participação que a mídia tem, mesmo que de modo indireto no Conselho de Sentença na criação de uma pré-cognição sobre o caso penal que devem julgar.

Desse modo, para a elaboração deste trabalho foram realizadas pesquisas em livros, periódicos acadêmicos e artigos disponibilizados em sites da internet.

2. FORMAÇÃO ATUAL DO TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL

O julgamento popular no Brasil, como segunda fase do rito do Tribunal do Júri, é autorizado a partir da pronúncia realizada por juiz togado em fase anterior, onde resguarda-se um procedimento de instrução e julgamento com todas as regras atinentes ao processo penal. Neste procedimento o juiz verifica e reconhece indícios de autoria e materialidade do crime, e que o acusado tenha submetido a crime doloso (com intenção) contra a vida de outrem em um juízo de cognição superficial, que apenas admite a acusação como justa, sem o reconhecimento de culpa, mas sim de sua probabilidade.

Fernando da Costa Tourinho Filho preleciona que:

Se o Juiz, todavia, se convencer da existência do crime e indícios de que o réu seja seu autor, proferirá sentença de pronúncia. Não se trata de

sentença de mérito, pois, mesmo reconhecendo seja o réu o autor do crime, não aplica nenhuma *sanctio juris*. A sentença aí tem, por evidente, caráter nitidamente processual. Por meio dela se encerra a primeira etapa do procedimento escalonado do processo da competência do júri. (...) Com a pronúncia, o juiz julga, apenas, admissível o *jus accusationis*. Tratando-se de sentença de natureza processual, não há que falar-se em *res judicata*, e sim em preclusão *pro judicato*, ou consumativa, podendo o Tribunal do Júri decidir contra aquilo que ficou assentado na pronúncia (TOURINHO FILHO, 2001, p. 576-577).

Essa decisão tem caráter apenas procedimental, a qual será admitida a denúncia proferida pelo Ministério Público ou pela vítima, dando ênfase no julgamento do acusado pelo povo.

Paulo Rangel destaca:

A pronúncia é prolatada no curso do processo, no final da primeira fase do rito que, como já vimos, é bifásico, obrigando o juiz a resolver uma questão incidental, qual seja: é admissível ou não a acusação. Assim, a decisão pela qual o magistrado resolve, no curso do processo, uma questão incidente é chamada de interlocutória. Esta é a natureza jurídica da decisão de pronúncia: decisão interlocutória mista não terminativa, pois o que se encerra não é o processo, mas sim uma fase do procedimento (RANGEL, 2004, p. 518).

Fase esta, em que o juiz dará aos juízes leigos, ou seja, aos jurados escolhidos, autonomia para decidir o futuro do acusado.

De acordo com o art. 5º., inciso XXXVIII, da Constituição Federal de 1988, fica assegurado a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a

soberania dos veredictos, as garantias e o reconhecimento da instituição do júri como a organização em que terá competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, tecnicamente falando são crimes hediondos, que caracteriza aqueles elencados nos artigos 121 ao 126 do Código Penal.

1. *Homicídio*, onde uma pessoa mata ou tenta matar com intenção.

2. *Induzimento*, instigação ou auxílio por terceiro a suicídio de outra pessoa.

3. *Aborto provocado*, realizado pela gestante com seu consentimento ou através de vontade própria de terceiros.

4. *Infanticídio*, onde a mãe mata ou tenta matar seu próprio filho logo após o parto.

Tais crimes estão previstos na Parte Especial do Código Penal: homicídio simples, privilegiado ou qualificado (art. 121 §§ 1º e 2º); induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122); infanticídio (art. 123); e o aborto natural, acidental, criminoso e legal (arts. 124, 125, 126 e 127). Vale lembrar, que o aborto criminoso é dividido em 4 formas: autoaborto (art. 124), consentimento para o aborto (art. 124), provocação de aborto com consentimento da gestante (art. 126) e provocação de aborto sem o consentimento da gestante (art. 125).

Diante de tais circunstâncias, a composição do Tribunal do Júri vem a ser formada por 1 (um) juiz togado, seu presidente e por 25 (vinte e cinco) jurados em que serão selecionados a partir de sorteio em que listarão apenas 7 (sete), que comporão o Conselho de Sentença (art.447, CPP).

Assim, para a composição de seleção dos jurados não é necessário que detenha o conhecimento jurídico, porém, deve-se ter bons antecedentes, estando proibida a objeção em sua idoneidade moral.

Dessa forma, a incomunicabilidade entre os jurados é obrigatória, a partir da seleção em que são escolhidos para a formação do conselho de sentença, no qual terão que ser imparciais - não havendo manifestação em relação ao processo a ser julgado, sob o risco de sofrer pena de exclusão do conselho e multa.

2.1 CONSELHOS DE SENTENÇA

O Procedimento do Conselho de Sentença no Brasil é de índole Constitucional e de direito fundamental, refletindo no texto Constitucional o direito do acusado a ser julgado pelos seus pares, pela sociedade aonde vive. Bem por isso, a legitimidade para ser jurado é de presunção, preenchendo os requisitos legais exigidos atualmente pela legislação penal e processual, de que o cidadão escolhido possui capacidade, sentimento, moral, experiência de vida e equidade suficientes para julgar o indivíduo que cometeu o crime doloso contra a vida.

O conselho de sentença realiza o julgamento ao responder os quesitos, que são as perguntas que o presidente do júri faz aos jurados sobre o fato criminoso e demais circunstâncias essencial ao julgamento. Os jurados decidem sobre a matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido ou não.

(TJDFT. *Conselho de Sentença*. 04/11/2016.
Em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil/conselho-de-sentenca>).

O serviço do Júri é obrigatório, de modo que a recusa injustificada em servir-lhe constituirá crime de desobediência, no entanto, a escusa de consciência por motivos de crença religiosa, de convicção filosófica ou política, sujeita o autor da recusa ao cumprimento de prestação alternativa a qual vir a ser prevista em lei, e, no caso também haverá a perda dos direitos políticos, de acordo com o disposto nos artigos 5º., VIII e 15, IV, da CF/88.

Assim, havendo a recusa injustificada, acarretará em multa no valor de 01 a 10 salários mínimos a ser estabelecido de acordo com a lei, como também será imposta multa ao jurado que deixar de comparecer a sessão do júri ou retirar-se antes de ser dispensado pelo presidente, conforme disposto no artigo [422](#) do [CPP](#).

O Art. 452, da Lei nº 11.689/2008 menciona que:

O mesmo Conselho de Sentença poderá conhecer mais de um processo, no mesmo dia, se as partes o aceitarem, hipótese em que seus integrantes deverão prestar novo compromisso.

Partindo dessa premissa, o cidadão deverá possuir requisitos para ser jurado, sendo eles: notória idoneidade; ser brasileiro, alfabetizado; maior de 18 anos e estar em pleno gozo dos direitos políticos. Assim, inscrito ou indicado para função de jurado passa a constar numa lista elaborada pelo juiz presidente da Comarca. Visto que, é uma lista proporcional ao número de habitantes das cidades. Nessa mesma esteira, o cidadão não poderá ser excluído dos trabalhos do júri ou deixar de ser alistado em razão de cor ou etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social ou econômica, origem ou grau de instrução.

Para Aquino e Nalini (2009), “participar efetivamente do Tribunal do Júri é considerado serviço público relevante, exprimindo conceito de uma atividade útil e benfezeira em relação à sociedade”.

A existência do *juízo por seus pares* surgiu com a Revolução Francesa de 1789, como modo de oposição ao pensamento e às práticas dos magistrados do regime monárquico, mas não havia independência no Poder Judiciário. Sendo assim, a confiança nos juízes de carreira não existia, e por esta razão, colocou-se o próprio povo para julgar, a fim de combater as injustiças ocorridas. Dessa maneira, atuava como jurado quem estivesse na qualidade de eleitor, fazendo com que o Júri obtivesse um viés político e não judicial, aliás, havia

obrigatoriedade de ser jurado, mas não havia de ser eleitor, adotando-se o modelo de jurado puro.

Esse modelo, composto por um juiz togado e sete ou doze juízes leigos, entende-se que seja o mesmo sistema adotado pelo Brasil.

Atualmente, *Cours d'Assises* como é chamado o Tribunal do Júri na França, se dá na formação do escabinato, ou seja, três magistrados e nove jurados, sendo um juiz na função de presidente e outros dois como assessores. O acusado só será declarado culpado se, entre os 12 (doze) integrantes do Júri, pelo menos 8 (oito) assim decidirem (RANGEL, 2004, p. 48).

Nos Estados Unidos, a escolha dos jurados é feita aleatoriamente por escriturários dos sistemas dos tribunais por meio da compilação de listas a partir do cadastro de eleitores, carteiras de motoristas ou mesmo cadastro de licenciamentos de veículos. Devendo-se possuir perfeito gozo dos direitos de cidadania, idade entre 21 (vinte e um) e 70 (setenta) anos, ser alfabetizado e não ter sido condenado por crime.

Convém ressaltar, que durante o procedimento de escolha dos jurados que irão efetivamente compor o grupo que julgará a causa, é possível a recusa de alguns indivíduos antes de chegar à sessão plenária, isso ocorre porque a seleção passará sempre pelo crivo do juiz presidente, que inquirirá o candidato a respeito de sua disposição, capacidade para atuar no julgamento e se é moralmente idôneo para decidir de modo justo.

Entretanto, pessoas tendenciosas e com juízo pré-formado serão de pronto rejeitadas. Aqueles que são convocados para tal tarefa recebem uma remuneração, e a formação do corpo de jurados varia entre 6 (seis) e 12 (doze) membros, porém, em se tratando do Júri federal, o corpo de jurados será composto por 12 (doze) pessoas. Embora, a Constituição Americana não prevê um número determinado de jurados, no âmbito estadual, tal matéria foi disciplinada pelo Tribunal Supremo Federal.

Dessa forma, a VI Emenda Constitucional Americana, estabelece que todos os acusados têm direito a um julgamento público e rápido, por jurado imparcial e selecionado no Estado e Distrito no qual foi cometido o delito.

2.1.1.1 O CONSELHO DE SENTENÇA NOS ESTADOS UNIDOS

Com base na Constituição Americana, o artigo 3º., seção 2, parte final, esclarece que:

(...) O julgamento de todos os crimes, exceto em casos de impeachment, será feito por júri, tendo lugar o julgamento no mesmo Estado em que houverem ocorrido os crimes; e, se não houverem ocorrido em nenhum dos Estados, o julgamento terá lugar na localidade que o Congresso designar por lei (CEUA/1787).

Desse modo, é possível perceber que nos Estados Unidos o Tribunal do Júri tem uma especial importância, pois, o cidadão americano acredita que a participação do povo nos julgamentos é uma forma de fazer valer o seu Estado Democrático de Direito. Visto que, os cidadãos norte-americanos se preocupam muito com a função de jurado, cujo demonstram sentimento, visão de bom senso e desempenho na maneira de interagir no Júri. Para Paulo Rangel:

A pedra angular da justiça nos EUA é o processo perante o Tribunal do Júri, pois o cidadão americano tem plena consciência de que sua participação na vida pública não apenas se efetua a partir do direito ao voto, mas, sim, em especial, de sua integração ao corpo de jurados. A cidadania também é exercida no Tribunal do Júri, pois o poder emana do povo e, por intermédio dele, se evitam decisões arbitrárias na aplicação da lei (RANGEL, 2004, p. 45).

Há ainda, previsto na V Emenda Americana, que o acusado tem direito de ser submetido ao “*Grand Jury*” de sua acusação,

para ser julgado ou não, geralmente nos crimes graves que são punidos com a pena de morte (NUCCI, 1999, p. 72).

No que diz respeito à função do grande júri, é habilitado para investigações e determinações de acusações criminais, este é, um órgão jurídico separado dos tribunais. Atualmente somente os Estados Unidos e Libéria que mantêm tal procedimento. Nos EUA a composição desse júri prevalece entre 16 a 23 cidadãos, já na Libéria o número é menor.

No que tange as apelações, torna-se praticamente raro, pois não é expresso na Constituição sobre o tema. Porém, quando possível à apelação, os erros ou vícios não serão corrigidos pelo Tribunal *ad quem*, mas, será anulado o julgamento e submetido a um novo. Ademais, desse enfoque, é admissível revisão criminal, recurso que presume um novo julgamento em virtude de novas provas.

Nas palavras de Paulo Rangel:

Toda a regulamentação do processo perante o júri, no plano processual, está submetida à conformidade com o direito fundamental estabelecido na Constituição, logo há um limite à vontade normativa ordinária que, se ultrapassada, será inconstitucional (RANGEL, 2004, p.45).

É de se notar que, nos Estados Unidos as decisões dos jurados possuem amplo controle, fazendo com que não se tornem arbitrários os princípios fundados sob a soberania dos veredictos, assim, possibilitando mecanismos de revisão nas decisões sem escusar da participação popular, conservando o direito democrático.

Portanto, a diferença que envolve o tribunal do júri brasileiro e americano está relacionada aos casos concretos que serão julgados pelo Júri Popular.

2.1.2 O CONSELHO DE SENTENÇA NA FRANÇA

A princípio, foi criado o “juizado puro” pela população Francesa em 1789 para combater o crime, porém, houve

modificações através da *Cour D'Assise* (Tribunal Criminal) em 1808, passou-se a ser feito o julgamento dos crimes considerados mais graves como: homicídio, assassinato, envenenamento, sequestro, estupro e assalto com arma. Estes crimes são puníveis, com pena de prisão ou detenção criminal de 10 anos à prisão perpétua. Desse modo, Aansanelli Júnior, destaca a existência da pronúncia de veredicto, vejamos:

Após diversas mudanças, em 1958 o número de jurados leigos ficou definido em nove membros e três juízes profissionais, o que permaneceu até hoje. A Corte poderá pronunciar três tipos de veredicto, sendo: o *L'arrêt d'acquittement*, *L'arrêt d'absolution* e *L'arrêt de condamnation* (AANSANELLI JÚNIOR, 2005, p. 174).

Na justa observação, o veredicto *L'arrêt d'acquittement* ocorre quando as indagações formuladas sobre a culpabilidade do réu são negativas, ou seja, o réu é considerado absolvido; já o *L'arrêt d'absolution* - apesar de considerar culpado o réu, este é beneficiado por uma escusa absolutória, não lhe aplicando a pena; o que difere do *L'arrêt de condamnation* - quando constatada a culpabilidade do réu, aplica-se a pena fixada pela Corte.

Vale acrescentar, que durante as alterações da Lei da Corte Francesa não submetia ao duplo grau de jurisdição, por esta razão, era incabível o recurso de apelação. Entretanto, no ano 2000 o recurso de apelação passou a ser admitido nas decisões condenatórias, logo, em 2002 permitiu-se ao Procurador-Geral interpor recurso de apelação de todas as decisões absolutórias.

Em síntese, a França criou a Câmara da Corte de Cassação para julgar essas apelações, no qual se responsabiliza por analisar os recursos interpostos, garantindo o envio para um novo julgamento, ou, para dar Sentença à própria Corte.

2.2 TRIBUNAL DO JÚRI NO DIREITO COMPARADO

As instituições do Júri de cada país possuem um ponto de vista muito valioso, assim como momentos viciosos, onde faz junção do que é bom facilitando alcançar à tão aclamada e verdadeira justiça.

Em virtude do julgamento nos Estados Unidos, é permitido realizá-lo nas causas cíveis e penais. Sendo o Júri responsável por apenas 1 a 2% dos casos criminais, em relação às causas cíveis, a VI Emenda Americana, in verbis, estabelece que:

Nos processos de direito consuetudinário, quando o valor da causa exceder vinte dólares, será garantido o direito de julgamento por júri, cuja decisão não poderá ser revista por qualquer tribunal dos Estados Unidos senão de acordo com as regras do direito costumeiro. (Emenda VI).

Comparado ao Brasil, não são todos os casos que serão julgados pelo Tribunal do Júri, pois, em razão de ser um direito fundamental expresso na Constituição, o legislador menciona que, "somente serão julgados pelo Júri Popular os crimes dolosos contra a vida" (art. 5º., inciso XXXVIII, "d", CF/88).

Na França, a decisão é feita pelo escabinato que ocorre através de sessão individual e secreta, sendo apresentados quesitos sucessivos e distintos a respeito do fato típico penal, e depois, sobre as agravantes, questões subsidiárias e sobre cada um dos fatos que podem ensejar uma eventual diminuição de pena (RANGEL, p.449).

Assim, o acusado será declarado culpado se 8 dos 12 jurados decidirem, como também a avaliação da pena. Com isso, manter o sistema escabinado no julgamento de 2ª instância por juízes leigos é o mesmo que aumentar a participação popular na administração da justiça, respeitando o veredicto da soberania.

3 SOCIEDADE DO ESPETÁCULO E O PROCESSO PENAL

A revolução tecnológica e a globalização são fenômenos que ao longo dos anos tem aprofundado nas interações culturais, econômicas e sociais. É certo que, esse avanço tornou-se os contatos superficiais.

As notícias sobre a criminalidade são abordadas de forma sensacionalista e, por isso, além de não transmitirem a realidade, passam a emocionar, a estimular a curiosidade, a intolerância e, por fim, o próprio medo (PASTANA, 2003).

Por essa razão, o crime passou a ser visto e a ser julgado como uma mercadoria mediática rentável, sendo também comparado a um processo industrial feito pela comunicação, cujo é oferecida ao público como espetáculo.

Segundo Oliveira Filho (2017, on line):

[...] o que é noticiado, e a forma como é noticiado determinado evento (seleção de notícia e edição da notícia) interferem na própria construção do imaginário popular acerca de situações e pessoas. É exatamente esta a mágica da publicidade, lançar mão da realidade reduzida e modificada da tela da televisão para criar uma ilusão da realidade, que após repetida incessantemente torna-se tal e qual a própria realidade no imaginário coletivo, exatamente como no mito da caverna de Platão, pessoas tomam as imagens vendidas, aspectos da realidade, como se fosse ela própria.

Para Gomes (2015, p. 62), “ A influência da mídia define, muitas vezes, a própria visão de mundo da maioria das pessoas, determinando atitudes e comportamentos”.

Ou seja, acontece que as pessoas para evitar o isolamento buscam interagir socialmente, assim, transformam pontos de vista difundidos e confusos - em reafirmações. Debord (1988, p. 23) conclui que, “no mundo realmente reinvertido, o verdadeiro é um momento do falso”.

Por isto, está cada vez mais difícil compreender a veracidade das informações.

É notório que, consoante a crença de Lippmann[vi] que a imprensa tem sim a capacidade de criar ilusões que são tomadas como o conhecimento da realidade que modelam o comportamento das pessoas sugestionadas por estes meios, que no Brasil chegam a 95% da população. A imagem de alguém, ou de alguma coisa, que esteja em frequente destaque nos meios de comunicação sofrem, como inequívoco, a influência pela forma como a imagem é vendida nestes meios de comunicação, em especial na televisão. (OLIVEIRA FILHO, 2017, on line).

Como se demonstra, há uma criação de realidade, de fatos que são tidos como verdade, como incontestes pela mídia, que lança mão de dramas reais para criar um espetáculo que desvia a sociedade de problemas estruturais macros, no debate individual, na construção de pessoas boas ou más no imaginário da população. Fácil constatar como é tentador para os meios de comunicação transformar os julgamentos públicos de casos que envolvam a vida em espetáculos reducionistas, uma luta do bem contra o mal.

Dessa forma, para este sistema utilizado pela mídia há um fim maior: desviar a atenção do público de outros problemas sociais, facilitando as campanhas promovidas pela imprensa de cunho autoritário e repressivista (LIVTIN, 2007). Sendo o drama indispensável para o repasse das mensagens sensacionalistas.

Portanto, o espetáculo representa a própria sociedade olhada distantemente por uma falsa ilusão de consciência. O pré-julgamento realizado pela imprensa e o discurso midiático no seu infinito alcance, faz com que a população exija penalização. Onde impõe a criminalização de condutas, inclusive, levando a grandes erros judiciários.

4 O PROCESSO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal (1988) assentou o princípio da liberdade de informação (art. 220, §1º, CF/88), dando oportunidade ao cidadão a receber informações completas dos fatos de interesse público a partir do direito do acesso à informação (art. 5º., XIV, CF/88), como também, a presunção de inocência, resguardando o direito do acusado a ser considerado culpado somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º., LVII, CF/88).

Seguindo essa premissa, por meio da tecnologia passou a expandir a *comunicação de massa*, através de imagens/vídeos, jornais televisivos e impressos. No Brasil, vige um sistema que não permite a censura prévia de informações, e nenhum embaraço à sua manifestação. Permite, no entanto, uma série de ações repressivas, posteriores ao dano, com relação ao veículo que violou a imagem ou lançou mão de forma abusiva de algum veículo de comunicação.

A legislação civil permite a utilização de instrumentos de reparação de danos morais ou deles decorrentes. Também, foi editada a Lei n. 13.188, de 11 de novembro de 2015, que permite o direito à resposta e retificação de notícias do ofendido que tenha sido publicada em veículo de comunicação social, com as devidas sanções à posterior.

Essa exposição rápida entre compartilhamentos sociais agravou-se no tempo, de modo, a desrespeitar a garantia do direito de imagem (art. 5º., V, X, CF/88 e art. 12 e 20 e 21 Código Civil) feito sem autorização e controle das vítimas ou suspeitos criminais.

Além disso, em nossa Constituição, art. 220 a 224, que determinam os fins e objetivos dos veículos de Comunicação Social, em que muitas vezes utilizam na forma de concessões, de um bem público com fins desviados, atendendo apenas a interesses próprios. Dispõe a nossa Constituição, por exemplo, sobre os objetivos dos veículos de comunicação, como forma de promoção da: educação, cultura, valores éticos e sociais, produções jornalísticas, fins que sejam de interesse público e sempre relacionado à construção da cidadania, e não a desinformação e ao espetáculo como vê no cotidiano de nossos veículos televisivos.

Nesse sentido, a imprensa deveria ter o cuidado de resguardar bens jurídicos que pudessem ser, eventualmente, atingidos com a publicação de uma notícia criminal, tais como a presunção de inocência, a intimidade, o devido processo legal e a plenitude de defesa (LIVTIN, 2007).

É notável, que os meios de comunicação não se preocupam mais em respeitar a íntegra desse direito constitucional, uma vez que expõem de forma abusiva o suposto acusado e ainda, projetam efeitos sobre o julgamento deste (MELLO, 2010).

É certo que, é assegurada a manifestação de pensamento, a criação, expressão e informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, sem censura prévia, observado o texto constitucional. Porém, a mesma Magna Carta impôs limites para o exercício desses direitos fundamentais, como: o direito à privacidade, à intimidade, à imagem e a honra (art. 5º., X, CF/88), para garantir o respeito de cada esfera, não violando o espaço do outro.

Nota-se, que a Justiça vem sendo alvo e objetivo preferido da mídia. Diariamente são publicadas notícias sobre processos transitórios da política, corrupções, investigações e punições. E, não é errado a mídia exercer sua função de servir de canal colaborativo, amenizando a distância do Poder Judiciário e o público, levando informação de fato, e não atendendo ao desejo fetichioso pelo espetáculo da degradação pública. “[...] repensar a comunicação social como fonte de informação e não de deturpação da realidade é essencial para o fortalecimento da nossa combalida democracia, e é também a demonstração de mais um aspecto que vem ruindo em nosso atual Brasil.” (OLIVEIRA FILHO, 2017, on line)

Diante da importância do princípio da publicidade nos atos judiciais, e consoante aos princípios elencados em nossa Constituição com relação à Comunicação Social, é relevante a divulgação, com cuidado e informação, dos atos processuais, a forma como a justiça deve ser conduzida no Devido Processo Legal, e ainda principalmente o

necessário respeito aos direitos fundamentais que temos em nossa República.

A lei processual não apenas persegue os acusados da prática de infrações penais, visando à aplicação da pena, mas também os protege do arbítrio da autoridade judiciária. Sob esse aspecto, o processo é garantia do réu, de sua liberdade, diante da pretensão punitiva estatal (VIEIRA, 2003, p. 67).

Com base nisso, é justo o acusado ser julgado pelo juiz natural competente (art. 5º., XXXVII e LIII); ter o contraditório e ampla defesa (art. 5º., LV); a igualdade processual – decorrente do princípio da isonomia (art. 5º., I); a presunção de inocência do acusado (art. 5º., LVIII); e o devido processo legal, todos previstos na CF/88, além das demais garantias expressas na legislação brasileira.

A publicidade dos atos processuais “se faz com o conhecimento e a presença, na totalidade deles, dos interessados na definição e/ou satisfação de concreta relação jurídica penal, bem como pelo acesso a eles de todos os membros da comunidade” (TUCCI, *Apud*, VIEIRA, 2003, p. 73). Logo, os terceiros alheios ao processo podem ter acesso aos conteúdos nos autos, exceto, se em segredo de justiça.

No que diz respeito à notícia gerada pela mídia sobre esses processos, “corre-se o (sério) risco de não saber se a notícia que gerou a investigação ou se a investigação que gerou a notícia” (LIVTIN, 2007, p. 83). Nesse aspecto, sobre o julgamento de um fato criminoso que teve ampla divulgação, é comum à presença do público nas salas de audiências e Tribunais do Júri, gerando assim, uma notícia imediata.

5. O JULGAMENTO PÚBLICO

A imprensa como meio de veiculação da mídia, ao exercer a atividade de divulgação de determinadas notícias, tem apresentado diversas matérias relacionadas aos crimes julgados pelo Tribunal do Júri. Além disso, essas influências de vivências cotidianas ocupam grande espaço no psicológico do receptor, onde, passa-se a ter formações de opiniões individuais, coletivas e também na esfera de políticas públicas.

Oliveira explica que essa ligação entre o Tribunal do Júri e a mídia ocorre por que há:

[...] um forte apelo junto à opinião pública. Mães de vítimas que pranteiam durante a sessão de julgamento; advogados que anunciam novos fatos bombásticos, capazes até de mudar o curso do processo; grupos organizados que mobilizam protestos, com faixas, cartazes e alto-falantes, defronte ao prédio do fórum, e exigindo a condenação ou – o que é menos corrente – a absolvição do réu. Tudo isso é notícia, a matéria-prima da imprensa (OLIVEIRA, 2000, p. 41).

Todavia, a atualidade evidencia não somente o crescente interesse dos cidadãos a conhecer o desenvolvimento do processo penal, sendo também um grande despregue informativo e a opinião sobre o particular, que estabelece o real fluxo entre o processo e a opinião pública, sendo estes, um canal natural gerado pela imprensa.

Ana Lúcia Menezes Vieira ressalta:

[...] que a informação constitui-se uma necessidade social: A informação, como aspecto da liberdade de expressão, da comunicação social, é hoje uma necessidade primordial do homem que vive em sociedade. Devido à crescente complexidade social, as pessoas não só para se orientarem e estabelecerem contato permanente umas com as outras, mas, também, para participarem, precisam de conhecimentos e ideias sobre o que acontece ao seu redor. Os fatos repercutem em suas vidas, nas opiniões da comunidade, e o conhecimento deles serve para que possam atuar eficazmente nos ambientes de trabalho, familiar e social, cumprindo seus papéis de cidadãos (VIEIRA, 2003, p. 30 e 31).

Nessa base, a verdadeira missão da imprensa, mais do que a de informar e de divulgar fatos, é a de difundir conhecimentos, disseminar a cultura, iluminar as consciências, canalizar as aspirações e os anseios populares, enfim, orientar a opinião pública no sentido do bem e da verdade (MIRANDA, *apud* MELLO, 2010, p. 04).

Dessa maneira, a publicidade transmitida pelos meios de comunicação reflete de duas formas: positiva e negativa. Positiva, quando a mídia tenta ajudar a diminuir a criminalidade, uma vez que se encarrega de noticiar casos que afligem a sociedade e que se não fosse à pressão midiática, não se tomaria providências a fim de apurar os fatos, porém, o excesso de informação e muitas vezes a falta de conhecimento, acaba por distorcer os acontecimentos, noticiando fatos duvidosos, passando a ter efeito negativo.

A partir disso, o julgamento do público ocorre antes mesmo de ser iniciado qualquer processo penal, ou seja, antes de ser formulada a denúncia pelo Estado, o suspeito passa a sofrer por escândalos na vida privada que extrapolam limites da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Prates e Tavares elucidam sobre a influência da mídia:

Alguns setores da mídia vistos como supostamente “justiceiros”, antes de qualquer diligência necessária publicam o nome de possíveis suspeitos atribuindo-lhes o condão de “acusados” ou mesmo “réus”, sem que estes estejam respondendo ainda sequer a um processo. Carnelluti já descrevia o que significava para uma pessoa responder um processo, tendo ou não culpa por um fato: “Para saber se é preciso punir, pune-se com o processo”. O cidadão nestas circunstâncias, mesmo que teoricamente acobertado constitucionalmente pelo princípio da presunção de inocência, se vê em realidade apontado como “culpado” pelos meios de comunicação de massa, sofrendo enorme exposição e o encargo de poder enfrentar um Conselho de

Sentença maculado por um “jornalismo investigativo” nem sempre ético e harmonizado com a realidade dos fatos ditos “apurados” (PRATES; TAVARES, 2008, p.34).

Assim, o Tribunal do Júri sofre muitas críticas por conta dessa pressão. Principalmente, quando a notícia causa clamor público, revolta e instabilidade na população, conseqüentemente, pressionam os jurados exigindo-os justiça. Moraes ressalta:

A força que os meios de comunicação produzem e projetam ao noticiarem um crime é passível de influenciar até mesmo o juiz, no momento adequado de decidir. Muitas vezes, pelo temor de gerar nos cidadãos a sensação de insegurança jurídica, juízes decidem da maneira como espera a mídia e toda a sociedade por ela influenciada (MORAES, 2009).

Isso se dá, pois as relações entre imprensa e o Poder Judiciário nunca deixaram de ser conturbadas, e na geografia do júri a questão adquire maior relevo, dada a emotividade em que ordinariamente são envolvidos os julgamentos em plenário (OLIVEIRA, 2000, p. 40-41).

Há exemplos de casos que tiveram grandes repercussões na mídia e que ficaram sendo notícias principais por semanas, meses e muitos destes ouvimos notícias até hoje, como por exemplo: o caso de Isabella Nardoni refere-se à morte da menina que foi arremessada do sexto andar de um edifício em São Paulo.

Durante os períodos referidos, a população brasileira esqueceu-se de uma infinidade de problemas que arruínam o país e dedicaram-se a viver o lamentável episódio, através de reportagem sensacionalista, de exploração da miséria a que o ser humano é capaz e que sem sombras de dúvidas afrontaram diretamente à privacidade de dois indivíduos, Alexandre Nardoni (pai de Isabella) e Ana Carolina Jatobá (madrasta de

Isabella), os quais inicialmente sequer haviam sido formalmente acusados (ALVES FERREIRA; SOUZA, 2012, p. 377).

Outro exemplo de julgamento onde a influência da mídia foi extremamente abusiva foi o caso de Mércia Nakashima,

A advogada de 28 anos que desapareceu no dia 23 de maio do ano de 2010, e que só foi encontrada em 10 de junho, quando seu carro foi localizado em uma represa no interior de São Paulo. O julgamento aconteceu três anos depois onde o ex-namorado da vítima Mizael Bispo, ex-policia militar e advogado de 40 anos negou no tribunal do júri que tenha matado a ex-namorada, porém foi condenado a 20 anos de prisão por homicídio triplamente qualificado.

(G1 SÃO PAULO. *Entenda o caso Mércia Nakashima.* 24/05/2017. Em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/03/entenda-o-caso-mercia-nakashima.html>).

Esse caso foi o primeiro levado à Júri Popular, a ser transmitido ao vivo pela TV, rádio e internet no Brasil. Segundo a assessoria de imprensa do Tribunal de Justiça de São Paulo “o que gerou uma onda de comoção e pessoas clamando por justiça antes mesmo do trânsito em julgado da sentença”.

Em outras palavras, “não é o julgamento que atrai os media, é, antes e sobretudo, o inquérito que desperta as atenções e produz títulos em letras garrafais. É a zona de sombra do processo que os mediadores entre a justiça e o público, os jornalistas, entram sem estarem autorizados e desvendam segredos mal guardados” (FERNANDES. Op. cit., p. 12-13 *Apud* LIRA, p. 85).

Como se vê, não existe no espetáculo criado pela mídia - dúvidas acerca do delito, vez que estas são transformadas em certezas. O possível autor do fato se coloca na condição de culpado e julgado pela opinião pública que impõe sobre o mesmo a devida condenação. Deste modo, a imprensa condena o suposto autor do delito antes mesmo que este tenha direito à defesa, constituindo-se o princípio da presunção de inocência, sendo possivelmente, o princípio mais violado nesse cenário pela mídia.

Deve-se considerar, como relevante agravante desta incestuosa relação mídia-julgamentos, no âmbito do Tribunal do Júri, a desnecessidade de fundamentação nas decisões dos jurados, o que as deixa alheias ao controle constitucional dos motivos que levaram a tomada de uma determinada decisão.

Neste sentido, conforme Oliveira Filho (2016, p. 309), os julgadores poderiam julgar alguém, sem fundamentação, sem basear-se no contraditório, em elementos que, tradicionalmente, não poderiam ser valorados e não teriam validade como fundamento dentro do devido processo legal constitucional. No caso aqui estudado, tendo como base volitiva interna tão somente as opiniões lançadas em veículos midiático sobre determinado caso penal.

Há possíveis soluções para resolver esse problema entre a mídia e o Júri, nos quais são: a suspensão do processo enquanto durar a campanha de imprensa; desaforamento do julgamento para outra comarca (art. 427 e 428 do Código de Processo Penal); determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes (art. 201, parágrafo 6º, do CPP) ou, ainda; anulá-lo quando se constatar que a pressão publicitária possa ter deformado a construção do juízo condenatório.

Portanto, o cidadão deve reduzir a credibilidade mediática, quando surgir dúvidas sobre o que lhes são informados. Através dessa ação, a população poderá ser capaz de distinguir a realidade da ficção, cabendo-os a tomar decisões próprias, responsáveis e pensáveis de cada caso levado ao Tribunal do Júri.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presença de influência da mídia sobre os casos de repercussão nacional tem interferido nas decisões de jurados, e conseqüentemente no julgamento dos acusados. As matérias estão relacionadas a violências e crimes do cotidiano, no intuito de captar receptores para o aumento dos lucros jornalísticos, estes, que transmitem acontecimentos muitas vezes fictícios e/ou sem os fins investigativos feitos por autoridades públicas.

Há de se observar, que o direito de informar leva à possibilidade da imprensa noticiar narrações de maneira imparcial, correspondendo aos fatos, sem intenção de confundir o receptor e de formar opiniões errôneas sobre determinados assuntos, assim, de modo, a tranquilizar a população. No entanto, nessas possíveis soluções seria suspender o processo enquanto a campanha de imprensa perdurar, restringir o acesso da mídia em divulgar determinadas fases do julgamento, ou se necessário o juiz determinar segredo de justiça na tentativa de preservar o réu.

Além disso, verificou-se também, a forma de controle da decisão dos jurados tanto no país em que adota o sistema escabinado (França), como no modelo de jurado puro (Estados Unidos) e a estrutura do Poder Judiciário Brasileiro (CF/88), que teve influência da Constituição Americana. Logo, cabe avaliar de maneira histórica as dificuldades e soluções encontradas por estes países para chegar ao sistema atual.

Quanto à mídia nas decisões do Júri, é uma ferramenta importantíssima diante o sistema social de opinião pública. No Tribunal do Júri deve ser analisado de maneira séria e cautelosa, sobre a verdadeira finalidade desse poder de influência.

Diante do exposto, as decisões pelo Conselho de Sentença devem ser àquelas conclusivas a respeito das provas e das palavras da promotoria e da defesa apresentada no momento do julgamento, e não procederem às impressões manipuladas causadas pela mídia, pois, seu

papel não é julgar, mas sim, noticiar e apresentar os fatos verdadeiros, sem punir o suspeito.

REFERÊNCIAS

AANSANELLI JÚNIOR, Angelo. **O Tribunal do Júri e a Soberania dos Veredictos**. 2005, p. 174.

ALVES FERREIRA, Regina Cirino; SOUZA, Luciano Anderson. **Discurso Midiático Penal e Exasperação Repressiva**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 94.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídia e Poder Judiciário: A Influência dos Órgãos da Mídia no Processo Brasileiro**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de; NALINI, José Renato. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BARBOSA, Rui. **O Júri sob Todos os aspectos**. Org. Rovertto Lyra Filho e Mário César da Silva. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, São Paulo, 1950.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 4 abr. 2017.

BRASIL. **Lei n. 13.188, de 11 de novembro de 2015**. Dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13188.htm. Acesso em: 28 mai. 2017.

BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art1. Acesso em: 29 mai. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro De 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 29 mai. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal/Fernando Capez.** 19.º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Juliana Vasconcelos de. **O Tribunal do Júri.** Revista Jus Navigandi, Teresina. Acesso em: 24 mai. 2017.

DEBORD, G. *La société du spectacle.* Paris: Gallimard, 1992.

FERNANDES, Fabiano Samartin. **Caso Isabella Nardoni: tragédia, comoção e prisão ilegal.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 2013, n. 1750, 16 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11165>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. SOUZA, Áurea Maria Ferraz de. **Caso Mércia: foro competente.** Nazaré Paulista. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. *Mídia e caso Nardoni: haverá julgamento objetivo e independente?* São Paulo, mai./2009. Disponível em: <www.lfg.com.br>. Acesso em: 20 mar. 2009.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Mídia e sistema penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação/Marcus Alan de Melo Gomes.** 1ª ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2015.

LIRA, Rafael de Souza. **Mídia sensacionalista: o segredo de justiça como regra.** – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LITVIN, Juliana. **Violência, medo do crime e meios de comunicação.** Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal: dez. jan. 2007, n. 41, p. 73-87.

MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de inocência & excessos da mídia.** *Associação dos magistrados do Paraná*: Curitiba, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.amapar.com.br/modules/noticias/article.php?storyid=6284>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: Princípios Constitucionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 72.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. **O Tribunal do Júri popular e a mídia.** *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 4, n. 38, p.40-42, fev. 2000.

OLIVEIRA FILHO, Enio Walcácer. **Constituição & Inquisição: o inquérito policial e sua (in) constitucionalidade no Brasil pós 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

OLIVEIRA FILHO, Enio Walcácer. Reflexões sobre a construção do Lula conceitual na mídia tradicional brasileira. **Justificando**. São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/05/16/reflexoes-sobre-construcao-lula-conceitual-na-midia-tradicional-brasileira/>> acesso em: 27 de março de 2017.

PASTANA, Debora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003.

PRATES, Flávio Cruz; TAVARES, Neusa Felipim dos Anjos. **A influência da mídia nas decisões do conselho de sentença.** *Direito e Justiça*, Porto Alegre, v. 34, n.2, jul/dez. Ano 2008 p. 34. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/5167>. Acesso em: 20 mai. 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8ª ed. rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

TERRA. Mizaél é condenado a 20 anos de **prisão pela morte de Mércia Nakashima**. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/mizael-e-condenado-pela-morte-de-mercia-nakashima>. Acesso em: 19 mai. 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 3º ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Saraiva.2001.

TUCCI, R. L. Tribunal do Júri: **estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira**. São Paulo, SP: RT, 1999.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

A (IM) POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

NATALIE DEL CARMEN RODRIGUES DE CARVALHO MARANHÃO: Graduada em Direito pelo ILES-ULBRA de Porto Velho/RO, em 2009. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera/MS, em 2012. Analista Processual no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, desde março de 2015. Assistente Jurídica de Promotoria no Ministério Público do Estado de Rondônia, de 2010 a 2012. Aprovada para o cargo de Promotora de Justiça Substituta no Ministério Público do Estado do Amazonas.

RESUMO: Os princípios do contraditório e da ampla defesa são motivos de constantes debates no cenário jurídico brasileiro, mormente quando relacionados ao processo penal. A pesquisa, essencialmente bibliográfica, objetivou demonstrar se os referidos princípios estão sujeitos a eventuais mitigações. O estudo é iniciado da análise do princípio constitucional do devido processo legal, do qual decorrem os postulados analisados, e, em seguida, passa à tratativa doutrinária e jurisprudencial dos objetos do estudo. Do levantamento feito, constata-se que é possível a aplicação dos postulados analisados, embora não seja por completo afastada, ocorra de forma diferida, concluindo-se, desta forma, por não haver, para a maior parte dos juristas, ofensa a qualquer direito ou garantia fundamental individual na situação analisada, desde que o contraditório e a ampla defesa, em situações específicas, respeitadas as disposições legais e a reserva de jurisdição, sejam exercidos de forma diferida ou postergada.

Palavras-chave: Direito Constitucional, Teoria Geral do Processo, Direito Processual Penal, Direitos e Garantias Fundamentais, Princípios Constitucionais, Devido Processo Legal, Contraditório, Ampla Defesa.

ABSTRACT: The principles of contradiction and ample defense are reasons for constant debates in the Brazilian legal scene, especially when related to criminal proceedings. The research, essentially bibliographical, aimed to demonstrate if said principles are subject to possible mitigations. The study is initiated from the analysis of the constitutional principle of due process (or due process of law), from which the postulates analyzed are derived, and then goes on to the doctrinal and jurisprudential treatment of the objects of the study. From the survey carried out, it can be seen that it is possible to apply the postulates analyzed, although not completely removed, to occur in a deferred manner, concluding that, for most jurists, there is no offense to individual rights or fundamental guarantees in the analyzed situation, since that the adversarial and the ample defense principles, in specific situations, respected the legal provisions and the reservation of jurisdiction, are exercised of deferred or delayed form.

Sumário: 1.0. Introdução. 2.0. Breves considerações sobre o Princípio do Devido Processo Legal. 2.1. Devido Processo Legal Formal e Devido Processo Legal Substancial. 3.0. Princípios Corolários do Devido Processo Legal. 4.0. Os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa e sua Mitigação no Processo Penal. 5.0. Conclusão.

1.0. Introdução

Muito se questiona acerca dos limites dos poderes do Estado na persecução penal. Até onde os direitos e garantias fundamentais do indivíduo podem ser afastados na busca pela punição do réu?

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, postulados decorrentes do devido processo legal, configuram garantias constitucionalmente previstas para proteção à liberdade do cidadão e guardam especial relevância no processo penal pátrio.

Visa o presente artigo analisar de forma breve e objetiva os mencionados princípios, bem como demonstrar que é possível certa mitigação dos referidos postulados, ainda que no processo penal condenatório, sem que sejam desrespeitados os direitos e garantias constitucionais do investigado, acusado ou condenado.

2.0. Breves considerações sobre o Princípio do Devido Processo Legal

Inicialmente, antes adentrar na análise do princípio do contraditório, é essencial uma análise detalhada da origem e conceituação do princípio constitucional do devido processo legal. Isso porque, trata-se de verdadeiro princípio-base, norteador do nosso ordenamento jurídico, especialmente no âmbito processual, e do qual necessariamente decorre o princípio do contraditório, objeto deste estudo.

Consoante dispõem as lições de Dirley da Cunha Júnior, o direito à garantia do devido processo legal foi previsto de forma inédita na Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu art. 5º, LIV, “como garantia expressa das liberdades públicas, segundo o qual ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (2015, p. 588).

Entretanto, conforme considerações feitas por Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, a origem história desse princípio se deu na Inglaterra:

(...) esse princípio tem sua origem na Magna Carta inglesa, de 1215, na qual apresentava redação que costuma ser assim traduzida: ‘nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país. (2011, p. 181).

Didier Jr. aponta a origem do postulado a época ainda mais remota:

O texto/fórmula/enunciado devido processo legal (due process of Law) existe há séculos (nestes termos, em inglês, desde 1354 d.C., a partir de

Eduardo III, rei da Inglaterra). A noção de devido processo legal como cláusula de proteção contra a tirania é ainda mais antiga: remonta ao Édito de Conrado II (Decreto Feudal Alemão de 1037 d.C.), em que pela primeira vez se registra pro escrito a ideia de que até mesmo o Imperador está submetido às “leis do Império”. (2010, p. 42).

Em que pese exista certa divergência na doutrina quanto à origem do princípio em tela, a maior parte dos estudiosos atribui a sua origem à Magna Carta de João Sem Terra, de 1215.

Independentemente do berço do postulado, o que de fato se mostra relevante é que consiste em verdadeiro *supraprincípio*, que serve de guia para todos os demais princípios relacionados a um processo dotado de valores democráticos.

Tamanho é a importância do devido processo legal que, segundo as lições de Daniel Amorim Assumpção Neves “bastaria ao legislador constituinte, no tocante aos princípios processuais, se limitar a prever o devido processo legal, que na prática os valores essenciais à sociedade e ao ideal do justo dariam elementos suficientes para o juiz no caso concreto perceber outros princípios derivados do devido processo legal”. (NEVES, 2016, p. 113).

Sobre o tema, Daniel Amorim Assumpção Neves afirma, ainda, já estar pacificado o entendimento de que o devido processo legal é uma espécie de supraprincípio, ou seja, um princípio-base norteador de todos os demais imprescindíveis ao processo, razão pela qual possui conceito indeterminado e aberto a ser concretizado pelos seus subprincípios de acordo com o caso concreto. (2016, p. 113).

Trata-se referido princípio constitucional de uma cláusula geral, tendência do ordenamento jurídico contemporâneo que se caracteriza por ser “uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado”. (DIDIER JR., 2012, p. 33).

Remetendo-nos à origem da expressão “devido processo legal”, Didier Jr. leciona que referido termo corresponde à tradução para a língua portuguesa do enunciado da língua inglesa “due process of law”. O autor complementa esclarecendo que o sentido atribuído à palavra “law”, é Direito, e não lei (que seria traduzida para o inglês como “statute law”), concluindo que a observação é importante, pois “o processo há de estar em conformidade com o Direito como um todo, e não apenas em consonância com a lei. ‘Legal’, então, é adjetivo que remete a ‘Direito’, e não à Lei”. (2010, p. 41).

O princípio constitucional do devido processo legal garante aos brasileiros o direito fundamental a um processo devido, o que significa um processo que transcorra de forma justa e equitativa, evitando o exercício abusivo do poder (DIDIER JR., 2012, p. 41), além de permitir a “ampla participação das partes e a efetiva proteção de seus direitos”. (NEVES, 2012, p. 64).

Considerando-se que as normas jurídicas são produzidas por meio de um processo próprio, conclui-se que todas as espécies normativas apresentam uma forma específica de devido processo legal. Neste tocante, interessa ao presente estudo o devido processo jurisdicional, que originará normas individualizadas jurisdicionais, concretizando, por meio da sobredita cláusula geral do processo devido, o poder criativo da atividade jurisdicional. (DIDIER JR., 2012, p. 41).

2.1. Devido Processo Legal Formal e Devido Processo Legal Substancial

A doutrina estuda o devido processo legal em duas acepções. A primeira delas refere-se ao que se chama de devido processo legal formal ou procedimental, oriundo do inglês “procedural due process of law”, que consiste na exigência de que seja aberto processo regular para que se possa restringir determinado direito individual. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 588).

Trata-se, segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, da “definição tradicional do princípio, dirigido ao processo em si, obrigando o juiz no caso concreto a observar os princípios

processuais na condução do instrumento estatal oferecido aos jurisdicionados para a tutela de seus direitos materiais”. (2016, p. 114). É esta definição propriamente dita que se originou da conceituação trazida pela Magna Carta Inglesa. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 588).

Didier Jr. observa que esta dimensão formal do processo devido é composta por (sub) princípios corolários, quais sejam as garantias processuais do direito ao contraditório, ao juiz natural, a um processo com duração razoável, dentre outros. (2010, p. 45).

Por outro lado, Cunha Júnior ensina que a segunda acepção do devido processo legal, originado da doutrina e da jurisprudência dos Estados Unidos da América, denomina-se devido processo legal material, substantivo ou substancial (*substantive due process of law*), consistindo na imposição à justiça de que observe a razoabilidade nas decisões restritivas a direitos. (2015, p. 588). O autor ainda complementa:

Vale dizer, parte do pressuposto de que não basta a garantia da regular instauração formal do processo para assegurar direitos e liberdades fundamentais, pois vê como indispensável que as decisões a serem tomadas nesse processo primem pelo sentimento de justiça, de equilíbrio, de adequação, de necessidade e proporcionalidade em face do fim que se deseja proteger. (2011, p. 721).

Segundo Neves, a faceta substancial do devido processo legal se refere ao aspecto da interpretação das normas jurídicas, “evitando-se a atividade legislativa abusiva e irrazoável e ditando uma interpretação razoável quando da aplicação concreta das normas jurídicas”. Para o autor, este aspecto funciona como verdadeiro método de controle das arbitrariedades do Poder Público. (NEVES, 2016, p. 114).

Cabe esclarecer, entretanto, que estas acepções, formal e substancial, do devido processo legal não devem ser analisadas de forma contraposta, mas de maneira conjunta, visando à efetiva atuação do princípio no ordenamento jurídico.

3.0. Princípios Corolários do Devido Processo Legal

Importante salientar que a noção do que seria um processo “devido” varia de acordo com o contexto histórico em que o ordenamento está inserido. Na realidade atual, o que nos cabe ressaltar é que, no decorrer desta evolução histórica, foram várias as “concretizações do devido processo legal que se incorporaram ao rol das garantias mínimas que estruturam o devido processo”. (DIDIER JR., 2012, p.43).

Dentre essas concretizações, conforme já mencionado, estão os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF), o do juiz natural (art. 5º, XXXVII, CF), o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF), a proibição de provas ilícitas (art. 5º, LVI), etc.

Para Neves, além de prever o devido processo legal, o legislador pátrio optou por positivar “diversos outros princípios que dele naturalmente decorrem, tais como o contraditório, a motivação das decisões, a publicidade, a isonomia etc”, o que merece reconhecimento, especialmente em decorrência da dificuldade de se definir precisamente o conceito e a amplitude do *superprincípio* aqui analisado. (NEVES 2016, p. 114).

Cumpra-nos observar com especial atenção os princípios do contraditório e da ampla defesa que, segundo Cunha Júnior, “completam e dão sentido e conteúdo à garantia do devido processo legal, pois seria demasiado desatino garantir a regular instauração formal do processo e não se assegurar o contraditório e a ampla defesa àquele que poderá ter a sua liberdade ou seu bem cerceado”. (2015, p. 589).

4.0. Os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa e sua

Mitigação no Processo Penal

O art. 5º, LV, da CF/88, positiva expressamente os princípios do contraditório e da ampla defesa, dispondo que “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”.

Segundo Didier Jr., “o princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo”, o que significa dizer que este princípio “deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder”. (2012, p. 52).

Dirley da Cunha Júnior conceitua o contraditório, em suas palavras, “de forma singela”, como sendo a “garantia que assegura à pessoa sobre a qual pesa uma acusação o direito de ser ouvida antes de qualquer decisão a respeito”. (2015, p.589).

Neves vai além, aduzindo que “tradicionalmente, considera-se ser o princípio do contraditório formado por dois elementos: informação e possibilidade de reação. Sua importância é tamanha que a doutrina entende tratar-se de elemento componente do próprio conceito de processo (...). Nessa perspectiva, as partes devem ser devidamente comunicadas de todos os atos processuais, abrindo-se a elas a oportunidade de reação como forma de garantir a sua participação na defesa de seus interesses em juízo”. (NEVES, 2016, p. 115).

Nas lições de Didier Jr., o contraditório pode ser subdividido em duas garantias. A primeira delas é a participação e a segunda é a possibilidade de influência na decisão, que corresponderiam, respectivamente, ao aspecto formal e substancial do princípio. Nesse sentido o autor comenta:

A garantia da participação é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se da garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, de poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema. De acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional efetiva a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte. Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se do “poder de influência”. Não adianta permitir que a parte

simplesmente participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado. (2010, p. 52).

Ainda no que diz respeito ao contraditório, Neves faz importante colocação com relação à alegação de alguns juristas de que referido postulado seria um direito absoluto. Conforme entendimento do autor, uma vez que o contraditório tem como objetivo principal “a proteção das partes durante a demanda judicial”, não há sentido que acarrete nulidade dos atos ou do processo inteiro nos casos em que não gerou prejuízo à parte protegida caso fosse devidamente observado. (2012, p. 67).

Ora, entende o STJ que o contraditório é constantemente renovado durante o processo, razão pela qual a não cientificação da parte em momento adequado, que configuraria, em tese, vício violador do postulado, pode acabar por não acarretar nulidade no caso de ser oportunizada a sua manifestação posteriormente sobre o assunto e desde que não haja prejuízo ao litigante. (NEVES, 2016, p. 116).

Contudo, vale dizer que as observações feitas por Neves e Didier Jr. acerca do princípio do contraditório merecem complementações no âmbito do processo penal, uma vez que, embora os autores sejam renomados doutrinadores com indubitável conhecimento acerca o referido princípio, ambos são processualistas civis e, por isso, analisam o postulado sobre a ótica desta disciplina.

Ademais, deve-se reconhecer que a relativização do contraditório no processo penal deve se dar com especial cuidado, uma vez que envolve possível restrição ao direito à liberdade de locomoção do indivíduo.

Fazendo esta complementação necessária em relação ao contraditório no Processo Penal, Nestor Távora *apud* Renato Brasileiro de Lima, esclarece:

De modo diverso ao que ocorre no âmbito processual civil, no processo penal não é suficiente assegurar ao acusado apenas o direito à informação e à reação em um plano formal. “Estando em discussão a liberdade de locomoção, ainda que o acusado não tenha interesse em oferecer reação à pretensão acusatória, o próprio ordenamento jurídico impõe a obrigatoriedade de assistência técnica de um defensor”. Nesse sentido o Código de Processo Penal assegura o contraditório em sua acepção material, como ocorre no art. 261, que estabelece a necessidade de defensor que exerça “manifestação fundamentada” e o art. 497, V, que atribui ao juiz presidente do Tribunal do júri o dever de atribuir novo defensor, caso considere o acusado “indefeso”. (2012, p. 59).

Para Renato Brasileiro de Lima, direito à informação e contraditório andam sempre juntos, pois não há como se falar em um “processo penal eficaz e justo sem que a parte diversa seja cientificada da existência da demanda ou dos argumentos da parte contrária”, razão pela qual tamanha é a “importância dos meios de comunicação dos atos processuais: citação, intimação e notificação”. (LIMA, 2016, p. 49).

Ressalta o autor que o direito à efetiva participação no processo também deriva do princípio do contraditório, consistente na possibilidade de a parte oferecer reação, manifestação ou contrariedade à pretensão da parte contrária. (2016, p. 49).

Em um processo-crime, não é suficiente garantir ao acusado o direito à informação e à reação sob um aspecto formal, como ocorre no processo civil, pois em se tratando da liberdade de locomoção, mesmo que o acusado não demonstre interesse em reagir à pretensão acusatória, o próprio Direito pátrio impõe a obrigatoriedade de defesa técnica, consoante será visto adiante quando da análise do princípio da ampla defesa. (2016, p. 49).

Sobre a mitigação do contraditório no processo penal, a doutrina pontua duas situações que merecem ser mencionadas.

Uma é a possibilidade de o contraditório, que em regra é prévio, em certos casos, passar a ser diferido ou postergado, ou seja, ocorrer em momento posterior, tal como ocorre nas medidas cautelares reais. A outra observação é em relação ao fato de o contraditório não ser medida impositiva na fase do inquérito policial, em razão de seu caráter administrativo informativo. (TÁVORA, 2012, p. 59).

No que diz respeito a esta questão, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino comentam que por essa razão “é nula a sentença penal condenatória proferida com base exclusivamente em fatos narrados no inquérito policial” de forma que deverão as provas obtidas durante a investigação, ser “discutidas em juízo, para que então possam ser exercidas as garantias do contraditório e da ampla defesa, antes de ser proferida a sentença”. (2011, p. 186).

Ainda sobre o postulado, Neves assevera que a estrutura comum, básica, do contraditório possui a seguinte ordem: pedido, informação da parte contrária, reação possível e decisão. Isso indica que o contraditório diferido (postergado) “é excepcional, devendo ser utilizado com extrema parcimônia, até porque a prolação de decisão sem a oitiva do réu capaz de invadir a esfera de influência do sujeito que não foi ouvido é sempre uma violência. Entretanto, entende o autor que, presente urgência que a medida requerer, o contraditório diferido cumpre com as determinações do art. 5º, LV, da CF. (NEVES, 2016, p. 122).

Verifica-se, portanto, que diante do caráter excepcional da postergação do contraditório, esta somente será possível em caso urgência ou perigo de ineficácia da medida, sendo necessária, ainda, enorme probabilidade de o direito existir.

Especialmente nas hipóteses de provas cautelares e não repetíveis é que o contraditório diferido ganha espaço. Em breve síntese, as provas cautelares são aquelas em que há um risco de desaparecimento do objeto da prova em razão do decurso do tempo, e podem ser produzidas tanto na fase investigatória quanto na fase judicial (embora exijam autorização judicial); ao passo que as provas não repetíveis são aquelas que uma vez produzidas, não poderão ser novamente coletadas em razão do

desaparecimento da fonte probatória (contudo, não dependem de autorização judicial). Importa é que, em ambos os casos, sob pena de prejudicar a realização da prova, seja em razão da urgência, seja pelo perigo de desaparecimento da prova, o contraditório será exercido em momento posterior.

A ressalva acima é evidenciada pela redação do próprio CPP, em seu art. 155, *caput*.

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Renato Brasileiro de Lima faz pertinente leitura do princípio do contraditório em relação à prova, distinguindo-o em “para” e “sobre” ela:

“O contraditório para a prova (ou contraditório real) demanda que as partes atuem na própria formação do elemento de prova, sendo indispensável que sua produção se dê na presença do órgão julgador e das partes. (...) O contraditório sobre a prova”, também conhecido como contraditório diferido ou postergado, traduz-se no reconhecimento da atuação do contraditório após a formação da prova. Em outras palavras, a observância do contraditório é feita posteriormente, dando-se oportunidade ao acusado e a seu defensor de, no curso do processo, contestar a providência cautelar, ou de combater a prova pericial feita no curso do inquérito”. (2016, p. 51).

Noutro giro, no que diz respeito à ampla defesa, Cunha Júnior traz definição objetiva, afirmando que esta confere à “pessoa contra quem se imputa uma acusação a possibilidade de se defender e provar o contrário”. (2011, p. 722).

Para Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, ampla defesa é “o direito que é dado ao indivíduo de trazer ao processo, administrativo ou judicial, todos os elementos de prova licitamente obtidos para provar a verdade, ou até mesmo de omitir-se ou calar-se, se assim entender, para evitar sua autoincriminação”. (2011, p. 185).

Para Didier Jr., que faz a subdivisão do contraditório em formal e substancial, o contraditório e a ampla defesa passaram a ser um só, de forma que, em razão do “desenvolvimento da dimensão substancial do princípio do contraditório, pode-se dizer que eles se fundiram, formando uma amálgama de um único direito fundamental. A ampla defesa corresponde ao aspecto substancial do princípio do contraditório”. (2010, p. 56).

No âmbito processual penal, são essenciais as observações feitas por Nestor Távora, citando Denilson Feitoza, acerca da ampla defesa, como se vê:

A defesa pode ser subdividida em defesa técnica (efetuada por profissional habilitado) e autodefesa (realizada pelo próprio imputado). A primeira é sempre obrigatória. A segunda está no âmbito de conveniência do réu, que pode optar por permanecer inerte, invocando inclusive o silêncio. A autodefesa comporta também subdivisão, representada pelo direito de audiência, “oportunidade de influir na defesa por intermédio do interrogatório”, e no direito de presença, “consistente na possibilidade de o réu tomar posição, a todo momento, sobre o material produzido, sendo-lhe garantida a imediação com defensor, o juiz e as provas”. (2012, p. 60).

É de se esclarecer que, no que diz respeito à defesa técnica, o STF já consagrou por meio da Súmula nº. 523 que, no “processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”; e da Súmula nº. 708 que, “é nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu

não foi previamente intimado para constituir outro”. (TÁVORA, 2012, p. 60).

O próprio Código de Processo Penal prevê, em seu art. 261, que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Ademais, o ordenamento não se contenta com qualquer atuação do defensor, devendo ela ser efetiva a fim de que o acusado, ainda que assistido, continue indefeso. É isso que justifica as disposições do parágrafo único do art. 261 do CPP, acrescentado pela Lei nº 10.792/03 e que dispõe que a defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.

Também visa garantir defesa efetiva o contido no art. 499, V, CPP, que prevê como uma das atribuições do juiz-presidente do júri a possibilidade de nomeação de defensor ao acusado quando considerá-lo indefeso (LIMA, 2016. p. 49).

Cabe pontuar brevemente que, no processo penal, a ampla defesa, conforme já tratado, abrange tanto a defesa técnica (irrenunciável), quanto a autodefesa. Além disso, são desdobramentos do referido princípio o direito de escolha do defensor, o direito de audiência, o direito de presença e a capacidade postulatória autônoma do acusado.

São diversas as situações de mitigação dos princípios do contraditório e da ampla defesa no processo penal, conforme entendimento dos Tribunais Superiores. Contudo, essa “mitigação”, costuma ser concretizada não com o afastamento dos princípios, mas com a mera postergação, de forma que deixarão de ser prévios e passarão a diferidos.

A primeira observação que merece destaque, conforme já mencionado, consiste no fato de não incidir sobre a fase do inquérito policial o princípio do contraditório, mormente em razão de se tratar de procedimento administrativo inquisitivo, de forma que o contraditório e ampla defesa serão diferidos, realizados quando da confirmação das provas no curso do processo penal.

É o que entende o STF:

"O inquérito não possui contraditório, mas as medidas invasivas deferidas judicialmente devem se submeter a esse princípio, e a sua subtração acarreta nulidade. Obviamente não é possível falar-se em contraditório absoluto quando se trata de medidas invasivas e redutoras da privacidade. Ao investigado não é dado conhecer previamente - sequer de forma concomitante - os fundamentos da medida que lhe restringe a privacidade. Intimar o investigado da decisão de quebra de sigilo telefônico tornaria inócua a decisão. Contudo, isso não significa a ineficácia do princípio do contraditório. Com efeito, cessada a medida, e reunidas as provas colhidas por esse meio, o investigado deve ter acesso ao que foi produzido, nos termos da Súmula Vinculante nº 14. Os fundamentos da decisão que deferiu a escuta telefônica, além das decisões posteriores que mantiveram o monitoramento devem estar acessíveis à parte investigada no momento de análise da denúncia e não podem ser subtraídas da Corte, que se vê tolhida na sua função de apreciar a existência de justa causa da ação penal. Trata-se de um contraditório diferido, que permite ao cidadão exercer um controle sobre as invasões de privacidade operadas pelo Estado." (Inq 2266, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 26.5.2011, DJe de 13.3.2012).

Merece atenção a realização de interceptação telefônica como meio de obtenção de prova. Isso porque, para garantia da eficácia da medida, não é viável a notificação prévia do interceptado, de forma que o contraditório, neste caso, será diferido. É o que leciona Renato Brasileiro de Lima:

Em relação ao princípio do contraditório, deve se compreender que este será diferido. E isso em face da própria natureza da interceptação telefônica como

medida cautelar inaudita altera parte. O contraditório e a ampla defesa não são assegurados quando da execução da medida, sob pena de se frustrar qualquer tentativa de colheita de elementos probatórios. Serão observados sim, a posteriori, tão logo concluída a diligência. (LIMA, 2015, p. 147).

É pelo motivo exposto acima que, consoante já aduzido, merece atenção o teor da Súmula Vinculante nº 14.

Grande é a importância de destacar que o próprio CPP, no art. 282, §3º, garante que em casos tais o contraditório será diferido, e não simplesmente rechaçado, atendendo, portanto, aos ditames constitucionais.

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

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

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

(...)

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

Ora, não faria o menor sentido avisar o investigado de que seria interceptado, de que seria realizada uma busca domiciliar em busca de elementos de informação, bem como comunicá-lo de que seria preso preventivamente em razão de haver provas de que

pretende fugir. Nessa linha são as considerações de Renato Brasileiro de Lima:

*É o que acontece, por exemplo, com uma interceptação telefônica judicialmente autorizada no curso das investigações. Nessa hipótese, não faz sentido algum querer intimar previamente o investigado para acompanhar os atos investigatórios. Enquanto a interceptação estiver em curso não há falar, portanto, em contraditório real. Porém, uma vez finda a diligência, e juntado aos autos o laudo de degravação e o resumo das operações realizadas (Lei nº 9296/96, art. 6º), deles se dará vista à defesa, a fim de que tenha ciência das informações obtidas através do referido procedimento investigatório, preservando-se, assim, o contraditório e a ampla defesa. **Nesse caso, não há falar em violação à garantia da bilateralidade da audiência, porquanto o exercício do contraditório será apenas diferido para momento ulterior à decisão judicial.** (2016, p. 51). (grifo nosso).*

Ressalta-se que não apenas no curso da persecução penal condenatória haverá mitigação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois também será possível a sua realização inclusive durante a execução da pena, consoante jurisprudência do STF:

A Lei n.º 11.671/2008 prevê que, havendo extrema necessidade, o juiz federal poderá autorizar a imediata transferência do preso e após o preso estar incluído no sistema penitenciário federal, ouvir as partes interessadas e decidir pela manutenção ou revogação da medida adotada. Desse modo, em caso de situações emergenciais, o contraditório será diferido. Em 2013, o STF decidiu que a transferência de preso para presídio federal de segurança máxima sem a sua

prévia oitiva, desde que fundamentada em fatos caracterizadores de situação emergencial, não configura ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana. (1ª Turma. HC 115539/RO, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 3/9/2013 - Info 718).

Diferentemente do que ocorre no processo civil, a não observância adequada dos princípios do contraditório e da ampla defesa guarda relação mais intensa com a eventual ocorrência de nulidade, pois a proteção constitucional ao direito de liberdade de locomoção exige tratamento mais rígido, de forma que o prejuízo acaba por ser, muitas vezes, presumido.

Isso porque, uma das causas que leva à declaração de nulidade absoluta é a violação de normas constantes da Constituição Federal ou de Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos (ex. Pacto de São José da Costa Rica), ainda que essa nulidade não esteja expressamente prevista no art. 564 do CPP. (LIMA, 2016, p. 1556).

Noutro giro, será relativa a nulidade que ferir norma infraconstitucional que tutela interesse preponderante das partes, caso em que será necessária a comprovação do prejuízo e deverá haver arguição em momento adequado, sob pena de preclusão e convalidação. (2016, p. 1556).

O art. 563 do CPP positiva o princípio do prejuízo, asseverando que nenhum ato será nulo se da nulidade não resultar nenhum prejuízo para as partes (*pas de nullité sans grief*).

Ocorre que os casos de violação ilícita e gritante aos princípios do contraditório e da ampla defesa num contexto que não exista espaço para convalidação, a previsão destes postulados na CF/88 e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário como meios de proteção à liberdade de locomoção do indivíduo não leva a outra conclusão senão a de que o prejuízo existe, levando, assim, à declaração da nulidade absoluta pela não observância dos postulados. É o que ocorreria,

por exemplo, na hipótese de condenação de um acusado que sequer foi citado.

5. Conclusão

Conclui-se que os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, corolários necessários do supraprincípio do devido processo legal, são garantias constitucionais características de um Estado democrático, pois visam a proteger as liberdades individuais do cidadão.

Restou demonstrado que, apesar da grande importância destes postulados, situações excepcionais admitirão a sua mitigação, especialmente quanto ao momento em que serão de fato exercidos, inclusive no processo penal. Contudo, devem estar presentes certos requisitos, como urgência e perigo de ineficácia da medida.

Frisa-se: ainda que haja a relativização dos princípios analisados, extrai-se do ordenamento jurídico brasileiro que o contraditório e ampla defesa não serão totalmente afastados no caso em concreto, mas apenas diferidos para momento oportuno, garantindo ao indivíduo a informação, possibilidade de reação e oportunidade de influenciar na decisão a respeito de sua liberdade.

E mais, havendo flagrante violação inconstitucional dos postulados estudados que gere direto prejuízo ao acusado, por estar em evidência sua liberdade de locomoção, a consequência deve ser o reconhecimento de nulidade absoluta.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *in* *Vade Mecum*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro: Decreto-Lei nº 3.659, de 3 de outubro de 1941. *in* *Vade Mecum*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 5ª Edição, Salvador: JusPODIVM, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Edição, Salvador: JusPODIVM, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Vol. 1. 12ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Penal Especial**, 2015, 3ª Edição, Editora Juspodvm.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, 2016, 4ª Edição, Editora JusPodivm.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**: Volume Único. 4ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**: Volume Único. 8ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

TÁVORA, Nestor, **ALENCAR**, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7ª. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012.

O DIREITO POTESTATIVO DO DEVEDOR AO PAGAMENTO PARCELADO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA

PEDRO PAULO DE MELO REIS

NETO: Bacharel em direito pelo Centro de Ensino Superior do Amapá - CEAP. Pós-Graduado Lato Sensu em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus.

Resumo: O presente trabalho abordou o tema do direito potestativo do devedor ao pagamento parcelado, no processo de execução por quantia certa. Para tanto, discorreu-se sobre o conceito e aplicabilidade do instituto, bem como sobre os requisitos formais e procedimento para seu deferimento e, por fim, sobre o debate doutrinário no que tange ao caráter de direito potestativo do pagamento parcelado.

Palavras-Chave: Pagamento parcelado. Execução por quantia certa. Direito Potestativo.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito e Aplicabilidade. 3. Requisitos Formais e Procedimento. 4. O Pagamento Parcelado como Direito Potestativo do Executado. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O processo de execução por título extrajudicial objetiva o cumprimento da obrigação inserta em título, formado extrajudicialmente, em favor do exequente (credor da obrigação). As técnicas e o procedimento processual adequado para a satisfação da obrigação variam conforme a natureza desta, tendo o novo Código de Processo Civil adotado a mesma divisão do código anterior, classificando o procedimento executivo em três modalidades, variáveis conforme a obrigação estampada na cártula que instrui e fundamenta o processo executivo: execução da obrigação para a entrega de coisa, execução da obrigação de fazer e não fazer e execução de pagar quantia certa, respectivamente capítulos II, III, IV do Título II (Das Diversas Espécies de Execução), do Livro II (Do Processo de Execução), do código.

Em todas as modalidades, o executado é citado para satisfazer a obrigação em determinado prazo, legal, para as execuções de entrega de coisa (15 dias) e de pagar quantia certa (3 dias), ou judicial, para a execução de fazer ou não fazer. Pode o devedor, ainda, embargar a execução, no prazo de 15 dias, contado na forma do art. 231 do CPC^[1], a depender de como a citação tenha sido realizada.

Além dessas duas posturas, caso a execução seja para o pagamento de quantia certa, o novo Código de Processo Civil previu, com algumas modificações em relação ao regramento anterior, a possibilidade de parcelamento do débito objeto da execução, o qual será o objeto de estudo do presente artigo.

2. CONCEITO E APLICABILIDADE

O pagamento parcelado é uma das formas de reação previstas para o executado, após sua citação em processo de execução, tendo sido introduzido no Direito pátrio ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, por intermédio da Lei nº 11.382/2006, que acrescentou ao código o art. 745-A^[2]. No novo Código de Processo Civil, tal possibilidade veio disciplinada no *caput* art. 916, CPC, nos seguintes termos:

Art. 916. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de trinta por cento do valor em execução, acrescido de custas e de honorários de advogado, o executado poderá requerer que lhe seja permitido pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e de juros de um por cento ao mês.

Em linhas gerais, tal figura jurídica permite que o executado, efetuando o depósito de 30% do valor da dívida, com acréscimo das custas e dos honorários advocatícios, no prazo dos embargos, obtenha, em seu favor, o pagamento parcelado, em até seis parcelas mensais, com acréscimo de juros de um por cento ao mês e correção monetária.

Trata-se, na verdade de estímulo ao adimplemento voluntário da obrigação e favor ao executado, ao qual se oferece a oportunidade de adimplir o débito parceladamente no período de seis meses, ao invés de o pagar integralmente, dentro do transcurso de três dias, contados da citação.

A respeito do tema, confira-se o magistério de Didier (2016, p. 779), que leciona: “trata-se de estímulo ao cumprimento espontâneo da obrigação: uma medida legal de coerção indireta pelo *incentivo* à realização do comportamento desejado (adimplemento), com facilitação das condições para que a dívida seja adimplida”.

Com efeito, medidas de coerção indireta são aquelas em que se busca induzir à parte determinado comportamento, ao lhe conferir determinada vantagem. No pagamento parcelado, o executado que não dispõe do montante integral para adimplir o valor da execução e não quer ver seu patrimônio constrito, ou ainda aquele que simplesmente não quer pagar o débito integralmente, tem a possibilidade de adimplir o débito parceladamente, independentemente da concordância do credor, o que será analisado no momento oportuno.

No que tange à aplicabilidade, o instituto aplica-se apenas às obrigações de pagar quantia certa, fundadas em título executivo extrajudicial, uma vez que tem por escopo o pagamento fracionado de determinada quantia monetária, ou seja, a entrega fracionada de dinheiro, até a quitação total do débito, motivo pelo qual é impossível seu emprego nas obrigações de entrega de coisa (cujo objeto é a entrega de um bem material distinto do dinheiro) e fazer ou não fazer (cujo objeto é uma atuação positiva ou negativa, respectivamente, do devedor em face do credor).

Por outro lado, na vigência do código anterior, o Superior Tribunal de Justiça^[3] admitia a aplicabilidade do instituto ao cumprimento de sentença, no entanto tal possibilidade foi expurgada do ordenamento jurídico pelo § 7º do artigo 916 novo CPC, que é categórico ao dispor que o pagamento parcelado não se aplica ao cumprimento de sentença.

A respeito do tema, Neves (2017, p. 1246) discorre:

Trata-se de acerto do legislador, seja porque não tem sentido o executado reconhecer o direito exequendo em execução fundada em sentença, seja porque não se pode obrigar o exequente, depois de todo o tempo despendido para a obtenção do título executivo judicial, a esperar mais seis meses para sua satisfação.

Com efeito, como um dos requisitos legais para que o devedor possa exercer o direito de pagar o débito parceladamente é o reconhecimento do débito, seria um contrassenso a aplicação do instituto no cumprimento de sentença, pois neste o título foi produzido judicialmente, afastando-se do estado de incerteza o direito do credor, o qual se torna imutável e indiscutível com o trânsito em julgado da sentença de mérito em seu favor^[4], demandando tempo considerável para sua formação.

Por outro lado, como na execução por título extrajudicial o título é formado por ato volitivo das partes da relação jurídica de direito material, sem a intervenção do judiciário – razão pela qual possui presunção relativa de legitimidade, que pode ser elidida através dos embargos à execução, exceção de pré-executividade ou outras ações judiciais –, justifica-se que o reconhecimento do débito seja exigido, para afastar eventual insurgência futura do executado, que já se beneficiará com a possibilidade de quitar o débito de forma parcelada.

3. REQUISITOS FORMAIS E PROCEDIMENTO

Expostos o conceito e hipóteses de aplicabilidade do parcelamento do art. 916 do CPC, parte-se para análise individualizada dos requisitos formais e do procedimento para seu deferimento.

O primeiro requisito é o prazo: o pedido de parcelamento deve ser formulado no prazo para oposição de embargos, que é de quinze dias, cujo termo inicial se dará na forma do art. 231 do CPC, a depender da forma pela qual a citação foi realizada (ex: caso seja por oficial da justiça,

da juntada do mandado; data da citação em cartório, quando efetuada por escrivão ou chefe de secretaria – hipótese rara, mas possível, etc), conforme determina o art. 915[5] do código.

Ressalte-se que a opção pelo pagamento parcelado implica na renúncia do direito de opor os embargos à execução, conforme estabelecido no art. 916, § 6º, do CPC, regra que está em sintonia com o segundo requisito: o reconhecimento do crédito do exequente.

Com efeito, a possibilidade do pagamento parcelado é uma benesse concedida pelo ordenamento jurídico ao executado que, já em mora (um dos requisitos para a admissibilidade da execução), pode ainda dispor de mais seis meses para saldar o débito, parceladamente, razão pela qual a possibilidade de insurgir-se posteriormente à execução por meio de embargos seria extremamente prejudicial ao exequente, que já tendo que receber seu crédito em período maior, ainda teria contra si a possibilidade de alongamento do tempo para satisfação da obrigação em virtude de eventual oposição de embargos.

Dessa forma, a opção política do legislador pela necessidade de reconhecimento do débito com conseqüente renúncia dos embargos, atende, de uma vez só, tanto os interesses do executado, que pode pagar o débito parceladamente, quanto do exequente, que tem a garantia de que inadimplido o parcelamento, o devedor não mais irá discutir a existência do crédito.

Sobre o tema, Neves (2017, p.1247) leciona que “o reconhecimento do valor em execução gera a renúncia ao direito de ação impugnativa desse direito, considerando-se que o direito de ação é disponível e pode ser objeto de renúncia”.

O terceiro e quarto requisitos, são, respectivamente, o depósito judicial, no prazo dos embargos, de 30% do valor da execução (crédito do exequente, acrescidos de honorários advocatícios e custas judiciais) e o requerimento do parcelamento dos 70% restante do valor em até seis parcelas mensais, acrescidos de juros de 1% ao mês e correção monetária.

Cumpridos tais requisitos, franqueia-se o contraditório ao exequente, que pode insurgir-se apenas quanto ao preenchimento dos pressupostos formais do pedido, devendo, em seguida, o juiz decidir no prazo de cinco dias (art. 916, §1º, CPC).

Por outro lado, o legislador, ciente da mora do judiciário, determinou que enquanto não apreciado o pedido, deve o executado depositar as parcelas vincendas, que podem ser levantadas pelo exequente, a seu critério. Caso o pedido seja deferido, deve o exequente levantar a quantia depositada, enquanto que na hipótese de indeferimento, o depósito será convertido em penhora e os atos executivos terão andamento (Art. 916, §§2º, 3º e 4º, CPC).

Vale ressaltar que tanto a decisão que defere o pedido de parcelamento quanto a que o denega são interlocutórias e, portanto, recorríveis por agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, parágrafo único, CPC[6].

Por fim, registre-se que caso o executado deixe de pagar qualquer prestação, o § 5º do art. 916 do CPC determina que a ele serão aplicadas, cumulativamente, o vencimento das prestações subsequentes, com a imposição de multa de dez por cento sobre o valor das prestações não pagas, tendo a execução prosseguimento, com o reinício imediato dos atos executivos.

4. PAGAMENTO PARCELADO COMO DIREITO POTESTATIVO DO EXECUTADO

O direito potestativo pode ser conceituado como o poder jurídico atribuído a determinada pessoa para submeter outrem à sua vontade, à qual a sujeição é inexorável. Nesse sentido, Amaral (*apud* Tartuce, 2014, p. 315): “direito potestativo é o poder que a pessoa tem de influir na esfera jurídica de outrem, sem que este possa fazer algo que não seja sujeitar-se”.

A conformação dada pelo legislador ao instituto do pagamento parcelado não deixa dúvidas de que se trata de um direito potestativo,

ao qual devem sujeitar-se tanto a parte contrária, que não pode se opor ao recebimento parcelado da dívida, quanto a autoridade judicial, que, presentes os requisitos formais para o deferimento do parcelamento, deve deferi-lo ao executado.

A única possibilidade de insurgência do exequente contra o pedido de parcelamento formulado pelo executado com fundamento no art. 916 do CPC, ou de indeferimento do mesmo pelo magistrado, encontra-se prevista no §1º deste dispositivo, o qual determina que o exequente deve ser intimado para se manifestar acerca dos pressupostos do requerimento de parcelamento, devendo o juiz, após a manifestação, decidir no prazo de cinco dias sobre a admissibilidade do benefício.

Tal parágrafo consagra o entendimento de que o parcelamento em estudo é direito potestativo do executado. Com efeito, preenchidos os requisitos do *caput* do art. 916, o parcelamento **deve** ser deferido, independentemente da vontade do exequente em receber integralmente e de uma vez só o montante integral da execução, e bem ainda, de juízo discricionário do magistrado acerca da conveniência da quitação fracionada para a execução. A insurgência do exequente ou o indeferimento pelo magistrado apenas poderão ocorrer caso ausente algum dos pressupostos para a utilização do instituto. Ou seja, preenchidos os requisitos, exequente e juiz devem sujeitar-se ao direito de parcelamento do executado, verdadeiro direito potestativo.

A corroborar com o exposto, confira-se o magistério de Bueno (2016, p. 587):

“Trata-se de verdadeira moratória concedida em favor do executado, eis que, uma vez preenchidos os requisitos do *caput* daquele dispositivo, não há como o magistrado deixar de concedê-la em seu favor. É o que deve ser extraído do contraditório imposto pelo § 1º do art. 916”.

Cumpre mencionar, entretanto, que na vigência do CPC anterior, há decisão do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário ao aqui

exposto, sustentando que pedido de parcelamento não se trataria de direito potestativo do executado, razão pela qual o exequente poderia opor-se a tal pretensão, apresentando motivo legítimo, diverso da ausência dos pressupostos legais para o parcelamento, extraída do informativo 497 daquela corte:

Na fase de cumprimento de sentença, aplica-se a mesma regra que rege a execução de título extrajudicial quanto ao parcelamento da dívida. É que o art. 475-R do CPC prevê expressamente a aplicação subsidiária das normas que regem o processo de execução de título extrajudicial naquilo que não contrariar o regramento do cumprimento de sentença, não havendo óbice relativo à natureza do título judicial que impossibilite a aplicação da referida norma, nem impeditivo legal. Ademais, a Lei n. 11.382/2006, ao alterar as regras do processo de execução de título extrajudicial, concedeu ao devedor o direito de parcelar o débito exequendo em até seis meses, desde que preenchidos os requisitos do art. 745-A do CPC e que requeira o parcelamento em até quinze dias a contar da intimação para o cumprimento da sentença, nos termos do art. 475-J, *caput*, do mencionado *codex*. **Não obstante, o Min. Relator ressaltou que o parcelamento da dívida não é direito potestativo do devedor, cabendo ao credor impugná-lo, desde que apresente motivo justo e de forma fundamentada;** o juiz pode deferir o parcelamento (se verificar atitude abusiva do credor), o que, por sua vez, afasta a incidência da multa (art. 475-J, § 4º do CPC) por inadimplemento da obrigação reconhecida na sentença, uma vez que o depósito dos 30% do

valor devido tem o condão de demonstrar o cumprimento espontâneo da obrigação, como ocorreu na espécie. Com essas e outras fundamentações, a Turma negou provimento ao recurso. **REsp 1.264.272-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 15/5/2012.**

Crê-se, pelo já exposto até aqui, que não há mais qualquer justificativa para tal posicionamento, uma vez que resta cristalino, pela atual conformação do instituto, que basta o preenchimento dos requisitos legais para seu deferimento, entendimento que já era, inclusive, predominante na doutrina, na vigência do CPC de 1973.

A esse respeito, inclusive concorda Donizetti (2016, p. 1219), para quem “essa limitação da manifestação do exequente confere ao parcelamento um verdadeiro direito potestativo a favor do executado”.

Vislumbra-se, ainda, outro argumento para reforçar o entendimento de que o pagamento parcelado constitui um direito potestativo do devedor: a consequência de renúncia aos embargos quando o devedor optar pelo pagamento parcelado e a necessidade de reconhecimento da dívida.

Com efeito, conforme já abordado, a opção pelo pagamento parcelado ocasiona a renúncia à possibilidade de o devedor insurgir-se à execução através de embargos. Dessa forma, caso o pedido de parcelamento pudesse ser indeferido ou resistido por circunstâncias que não o preenchimento dos requisitos legais, o devedor, sempre que requeresse a utilização de tal direito, estaria submetido à discricionariedade da parte contrária e do juiz da causa, que poderia simplesmente entender que o parcelamento não é oportuno por infundáveis razões, e acabar por não poder resistir à pretensão através da oposição dos embargos, via que estaria preclusa, e ainda teria contra si o reconhecimento espontâneo do débito.

Ora, restaria sensivelmente abalado o princípio da segurança jurídica caso o devedor nunca tivesse a certeza e a segurança de que,

mesmo atendendo aos pressupostos legais, seu pedido seria deferido pelo magistrado, e ainda se visse tolhido da opção do manejo dos embargos e com uma dívida reconhecida.

Nesse ponto, confira-se a lição de Neves (2017, p. 1245):

Trata-se, segundo a melhor doutrina, de uma espécie de moratória legal, porque, uma vez preenchidos os requisitos formais, o juiz estaria obrigado a deferir o pedido de pagamento parcelado feito pelo executado, ainda que haja manifestação contrária do exequente. Não há outra forma de interpretar o dispositivo legal, porque, sem a segurança de que terá seu pedido deferido caso cumpra as exigências formais, dificilmente o executado abrirá mão de seu direito de embargar ao reconhecer a dívidas com mera expectativa de ser aceito o seu pedido de pagamento parcelado. A segurança jurídica de que terá efetivamente direito à moratória é a única forma de incentivar o executado à utilização da postura prevista no art. 916 do Novo CPC.

Portanto, não restam dúvidas de que o § 1º do art. 916 do CPC afastou todas as possibilidades de posicionamentos contrários ao caráter potestativo do direito de pagamento parcelado no âmbito do processo de execução extrajudicial por quantia certa, uma vez que a única forma de resistência prevista pelo ordenamento jurídico para que o credor se oponha ao parcelamento é alegando o não preenchimento dos requisitos legais e o princípio da segurança jurídica impõe que a possibilidade de pagamento parcelado seja uma opção séria e hígida ao executado, que para utilizá-la, necessariamente, deverá reconhecer o débito e ainda renunciar aos embargos à execução, motivos pelos quais o deferimento do parcelamento não pode depender de outros requisitos, que não os imperativamente elencados na Lei.

5. CONCLUSÃO

Por todo exposto, conclui-se que o pagamento parcelado no processo de execução por quantia certa, pela conformação dada pelo legislador ao instituto, principalmente no que tange ao fato de a impugnação ao mesmo só poder versar sobre os pressupostos legais para sua concessão, é um direito potestativo do devedor, que, em atendimento ao princípio da segurança jurídica, deve ser encarado com seriedade pelos aplicadores do direito, sendo uma opção legítima conferida pelo ordenamento jurídico àquele que, citado em processo de execução, não queira ou não disponha de condições financeiras para arcar com uma dívida em sua integralidade após o transcurso do prazo de três dias da citação.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. Direito Civil – Introdução. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. In: TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 4.ed. – São Paulo: Método, 2014, p. 315.

BRASIL. Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11382.htm>. Acessado em 25.06.2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acessado em 25.06.2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.264.272-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 15/5/2012**, informativo nº 497. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acessado em 25.06.2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil – Volume Único**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18. ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2016. v. I

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume Único**. 9. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 4.ed. – São Paulo: Método, 2014.

NOTAS:

[1] Art. 231. Salvo disposição em sentido diverso, considera-se dia do começo do prazo:

I - a data de juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a citação ou a intimação for pelo correio;

II - a data de juntada aos autos do mandado cumprido, quando a citação ou a intimação for por oficial de justiça;

III - a data de ocorrência da citação ou da intimação, quando ela se der por ato do escrivão ou do chefe de secretaria;

IV - o dia útil seguinte ao fim da dilação assinada pelo juiz, quando a citação ou a intimação for por edital;

V - o dia útil seguinte à consulta ao teor da citação ou da intimação ou ao término do prazo para que a consulta se dê, quando a citação ou a intimação for eletrônica;

VI - a data de juntada do comunicado de que trata o [art. 232](#) ou, não havendo esse, a data de juntada da carta aos autos de origem devidamente cumprida, quando a citação ou a intimação se realizar em cumprimento de carta;

VII - a data de publicação, quando a intimação se der pelo Diário da Justiça impresso ou eletrônico;

VIII - o dia da carga, quando a intimação se der por meio da retirada dos autos, em carga, do cartório ou da secretaria.

[2] Art. 745-A. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês.

§ 1º Sendo a proposta deferida pelo juiz, o exeqüente levantará a quantia depositada e serão suspensos os atos executivos; caso indeferida, seguir-se-ão os atos executivos, mantido o depósito.

§ 2º O não pagamento de qualquer das prestações implicará, de pleno direito, o vencimento das subseqüentes e o prosseguimento do processo, com o imediato início dos atos executivos, imposta ao executado multa de 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações não pagas e vedada a oposição de embargos

[3] Conforme primeira parte do julgado colacionado na seção 4 deste artigo.

[4] Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

[5] Art. 915. Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contado, conforme o caso, na forma do [art. 231](#).

[6] Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: (...)

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

BREVE ANÁLISE DA MANIFESTAÇÃO PELA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU MEDIAÇÃO

NILSON LUIZ DE LIMA JUNIOR: Graduado em Direito pela Universidade Uniderp/Anhanguera, pós-graduado em Direito Processual Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais PUC-MINAS, Advogado.

RESUMO: O presente artigo analisa o requerimento sobre a possibilidade da realização de conciliação, busca entender qual a *mens legis* do dispositivo processual que estabeleceu tal requisito à petição inicial e qual a consequência processual da omissão da manifestação na peça de arranque. O estudo procurou analisar o posicionamento doutrinário dos principais nomes do direito processual contemporâneo, prever qual será a provável linha jurisprudencial que será firmada nos tribunais e enfatizar qual o momento que deve ser feita a manifestação pelo réu.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual civil; manifestação pela audiência de conciliação/mediação; inexistência de causa de indeferimento ou emenda da inicial; aceitação tácita da audiência.

1. INTRODUÇÃO

Primeiramente, para entendermos por qual motivo a manifestação sobre a possibilidade ou não de conciliação passou a ser inserto no NCPC como um requisito da petição inicial, faz-se necessário compreender a metodologia do NCPC.

Nesse passo, o operador do direito ao abrir os primeiros artigos da nova codificação processual, já consegue perceber uma grande – e válida – preocupação com os princípios constitucionais processualísticos.

Vale dizer que, a transcrição dos princípios constitucional no novo *codex* não é mais do mesmo, mas sim, a afirmação de que tais princípios devem ser observados em toda a atividade processual, isto é, sempre será possível invocar princípios quando houver uma lacuna legislativa, ou, até mesmo, quando a lei for extremamente

desproporcional, afastando-se a lei, ou a reinterpretando, dando efetividade ao princípio da proibição do excesso (*Übermassverbote*). Princípio esse, importado pelo direito alemão, e que, cada vez mais, ganha espaço no direito pátrio.

Assim, na tentativa de garantir a rápida solução dos processos, bem como dar efetividade ao poder judiciário, o legislador infraconstitucional, repito, fez questão de transcrever princípios constitucionais processuais. Destaquem-se, para o presente estudo:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Com efeito, o Novo Código de Processo Civil estabeleceu, no inciso IV, do Art. 319, como requisito da petição inicial, a manifestação sobre a possibilidade ou não de conciliação.

É importante destacar que a presente manifestação tem como escopo abrir margem à conciliação já no início da lide, pois a partir do momento que o réu recebe o mandado citatório, já está ciente da possibilidade de solução rápida e amigável à lide.

Vale dizer que, uma das tentativas do Novo Código de Processo Civil, é tentar desfazer o rótulo de que o processo é um espaço para discussões acaloradas que levam anos para ser resolvidas, que acabam, por muitas vezes, desgastando as partes, desnecessariamente, e, assim, muitas vezes afastando o cidadão a procurar o judiciário, deixando de romper a inércia judicial, pois as vantagens de uma eventual lide serão menores do que o desgaste de um processo judicial.

2. DA PRESCINDIBILIDADE DA MANIFESTAÇÃO SOBRE A OPÇÃO DO AUTOR PELA REALIZAÇÃO OU NÃO DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO

De início, de acordo com o inciso IV do Art. 319 do Novo Código de Processo Civil, a petição inicial deverá indicar a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

Como narramos anteriormente, a presente manifestação em questão tem como escopo estimular a conciliação das partes, isto é, semear uma nova atitude. No entanto, é de suma importância perquirir quais são os efeitos da não manifestação pela audiência de conciliação ou de mediação.

Nesse sentido, Daniel Amorim afirma que:

Não havendo qualquer manifestação de vontade do autor, em descumprimento ao previsto no inciso ora analisado, não é caso de irregularidade da petição inicial e tampouco de hipótese de emenda da petição inicial. (NEVES, 2016, pág. 534)[1]

Na mesma linha de raciocínio, o festejado autor Fredie Didier Jr., ensina que, “se o autor não observar esse requisito, a petição não deve ser indeferida por isso, nem há necessidade de o juiz mandar emendá-la”.(DIDIER, 2017, pág.627)[2].

Já Leonardo Carneiro da Cunha, de forma catedrática, diz que “a falta do preenchimento do requisito contido no inciso VII do art. 319 do CPC de 2015 não constitui motivo para se determinar a emenda da petição inicial, nem deve acarretar seu indeferimento. O autor não precisa indicar que pretende a realização da audiência de conciliação ou mediação. Só precisa indicar seu desinteresse. Caso nada diga, o juiz deve interpretar o silêncio como aquiescência à sua realização”. [3]

Sobre o assunto, Marinoni, Arenhart, Mitideiro, estabelecem que

A petição inicial tem de contar com expressa referência à opção pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação (art. 319, VII, CPC). A ausência de referência deve ser interpretada a favor da sua realização (art. 3º, § 2º, CPC). (MARINONI, ARENHART, MITIDEIRO, 2015, pág. 341)[4].

Ora, com razão a doutrina majoritária orienta que a não manifestação sobre a possibilidade ou não da audiência não deve acarretar a inépcia da inicial. Primeiro, a regra é a tentativa de conciliação; segundo, mesmo que o autor optasse por não realizar a audiência, essa somente seria dispensada quando ambas as partes se manifestarem pelo desinteresse (Art. 334, §4º, I do NCPC); terceiro, os pedidos devem ser interpretados de acordo com o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé (Art. 322, §2º do NCPC), e; quarto, sempre que possível o estado buscará a solução consensual dos conflitos (Art. 3º, §2º do NCPC).

Ademais, como regra, tanto os direitos disponíveis e indisponíveis admitem transação, assim, não faz sentido interpretar a omissão pela audiência como recusa à audiência de conciliação/mediação, tampouco é

razoável o magistrado mandar emendar à inicial pela ausência da manifestação, pois tal postura apenas irá delongar injustificadamente o processo, e fará com que o estado deixe de buscar a solução consensual do conflito no caso em concreto.

3. DA MANIFESTAÇÃO FEITA PELO RÉU

Por derradeiro, é importante tecer alguns comentários sobre a manifestação que deve ser realizada pelo réu.

Pois bem, de acordo com o Novo Código Processo Civil, mais precisamente na norma inserta no §5º do Art. 334, o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr., afirma que “o réu deve dizer expressamente quando não quer a audiência, e o silêncio pode ser interpretado como não oposição de realização do ato”. (DIDIER, 2017. Pág. 627)[5].

No tocante a esse ponto, é importante trazer à baila o entendimento do Professor Daniel Amorim, aduzindo que:

A exigência de que o desinteresse na realização da audiência seja manifestação de forma expressa por ambas as partes é uma triste demonstração do fanatismo que tem tomado conta do âmbito doutrinário e legislativo a respeito da solução consensual do conflito. Como diz o ditado popular, “quando um não quer, dois não fazem”, de modo que a manifestação de uma das partes já que deveria ser suficiente para que a audiência não ocorresse. (NEVES, 2016, pág. 572-573).

A bem da verdade, o posicionamento do renomado processualista, até faria sentido no caso de demandas em massa, onde o escritório que patrocina a causa já tem uma linha de defesa muito bem

definida, e, infelizmente, na maioria esmagadora das vezes, nesses casos não há espaço para conciliação.

De outra banda, com exceção do caso acima mencionado, parece que sempre poderá ocorrer uma solução consensual no decorrer do processo, mesmo que, de início, a proposta conciliatória seja desejo de apenas uma parte. Dessa maneira, é até louvável como se posicionou o legislador, pois busca forçar o acordo e com isso resolver o processo da melhor maneira possível para ambas as partes.

Por outro lado, parece que o legislador foi extremamente infeliz na escolha do prazo para que o réu faça sua opção pela realização da audiência. Isso porque, conforme acima narrado, o prazo é de 10 dias antes da audiência. Ocorre que, em muitos casos, essa audiência é marcada para meses, ou até mesmo ano. O que pode (e já acontece) dar uma margem para que o réu protele, injustamente, o processo.

Nessa esteira, Daniel Amorim tece críticas ácidas a opção legislativa, afirmando que:

A norma só pode ser creditada a uma inacreditável ingenuidade do legislador baseada na crença de que o prazo de 30 dias para a designação de audiência, previsto no *caput* do art. 334 do Novo CPC, vá ser efetivamente respeitado. (NEVES, 2016, pág. 574).

Tamanha gafe legislativa, caso seja usada para indevido prolongamento do processo, deverá ser objeto de alteração legislativa futuramente, fixando o prazo para se manifestar, do recebimento do mandado de citação. Ademais, se isto não bastasse, é importante lembrar que o prazo de contestação somente irá começar correr após o protocolo do pedido para não realizar a audiência conciliatória, o que parece ser irrazoável, pois, certamente, teremos cenários que a parte disporá de prazo imenso para apresentar sua defesa, o que é até incentivo para a parte deixar para se manifestar no último dia de prazo possível, prolongando a ação.

4. CONCLUSÃO

Diante do que foi apresentado no presente estudo, conclui-se que o maior interessado de se manifestar sobre a realização da audiência de conciliação/mediação é o autor, uma vez que, se esse está ingressando em juízo pressupõe que algum direito seu, em tese, foi lesado, assim, é o maior interessado na rápida solução do litígio é a parte que provoca o judiciário.

Nessa linha de pensamento, o Novo Código de Processo Civil ao exigir a manifestação no bojo da inicial, pretende que as partes, no início da demanda, comecem as tratativas de conciliação.

Contudo, como, em regra, os direitos tratados na demandas são transacionáveis, mesmo que verse sobre direitos indisponíveis, a falta de manifestação pela audiência deve ser interpretada como não objeção pela realização da mesma, a fim de assegurar, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (Art. 3, §2º do NCPC).

Por outro lado, ficou demonstrado que a manifestação do réu sempre será necessária para dispensar a audiência, ou seja, mesmo que o autor opte pela não realização da audiência, tal somente deixará de ocorrer se houver manifestação expressa bilateral das partes para a sua não realização.

Por fim, chamamos atenção para a gafe legislativa na fixação de prazo para o réu se manifestar sobre a sua não realização, que, segunda o *codex*, é de 10 dias antes da realização da audiência. Porém, caso a audiência seja marcada, por exemplo, para daqui um ano, mesmo assim o réu disporá desse longo prazo para se manifestar sobre a audiência, e pior, somente após essa manifestação o prazo de contestação começara correr, o que deve ser objeto, futuramente, de reforma legislativa.

5. REFERÊNCIAS

DIDIER, Fredie Jr. Curso de direito processual civil: Volume1.– 19. Ed – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. Pág: 627.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Processo Civil. 8. Ed – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. Pág. 534.

MARINONI, Luiz; ARENHART, Sérgio, e; MITIDEIRO, Daniel. Novo Código de Processo Civil, 1ª. Ed, Revista dos Tribunais.

NOTAS:

[1] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Processo Civil. 8. Ed – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016

[2] DIDIER. Fredir Jr., Curso de direito processual civil: Volume1.– 19. Ed – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017

[3] Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-60-requisito-da-peticao-inicial-no-novo-cpc-opcao-pela-realizacao-ou-nao-da-audiencia-de-mediacao-ou-conciliacao>. Consultado em 29/06/2017

[4] MARINONI, Luiz; ARENHART, Sérgio, e; MITIDEIRO, Daniel. Novo Código de Processo Civil, 1ª. Ed, Revista dos Tribunais.

[5] DIDIER. Fredir Jr., Curso de direito processual civil: Volume1.– 19. Ed – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017

COMENTÁRIOS A SÚMULA Nº 540, DO STJ, E A AFRONTA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

DIEGO JARDIM FEITOSA: Graduado em direito pelo Centro Universitário de João Pessoa. Pós-graduação em Direito Administrativo e Gestão Pública. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

Resumo: O presente artigo científico pretende analisar a problemática da aplicação da Súmula nº 540, do STJ, nos casos de evidente escolha do juízo. Faz-se um paralelo entre a competência territorial relativa, descrita na legislação processual, e o princípio do juiz natural. Consigna-se a superação do positivismo jurídico, com a necessidade de interpretação conforme a constituição. Ressalte-se ainda a necessidade da atuação do Poder Judiciário no impedimento de manobras processuais que afrontem a boa-fé, o sistema processual e constitucional. A incompetência se torna absoluta, nas hipóteses de afronta ao princípio do juiz natural.

Palavra chave: DPVAT. Súmula 540 – STJ. Escolha do juízo. Juiz natural. Competência absoluta.

Sumário: 1. Introdução – 2. Competência do CPC – 3. Súmula nº 540, do CPC – 4. Afronta ao Juiz natural e escolha do juízo – 5. Conclusão – 6. Referência.

1. Introdução

O DPVAT (Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestres) é um seguro obrigatório pago em virtude de acidente pessoal causado por veículos automotores, em via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não, conforme dispõe o art. 20, “I”, do Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966. Dito de outro modo, qualquer pessoa que sofrer acidente pessoal decorrente de veículo automotor terá direito a receber indenização do DPVAT.

Atualmente, como amplamente divulgado na imprensa, para a obtenção deste seguro, basta o legitimado requerê-lo em umas das

seguradoras conveniadas, mediante a entrega da documentação necessária. Registre-se, por oportuno, que até pelo correio é possível se pleitear a devida indenização, sem o auxílio de despachante, intermediador ou advogado. Todavia, apesar da tamanha facilidade, ainda é grande o acionamento do Poder Judiciário para se postular esse direito, meio mais demorado e dispendioso.

É neste ponto, que reside grande controvérsia. Qual o foro competente para apreciar este pedido? Esta resposta será analisada no presente artigo, à luz do Código de Processo Civil, Constituição Federal e a Súmula nº 540, do STJ.

2. Competência do CPC

A referida ação securitária nada mais é do que uma ação de reparação de danos em razão de acidente de veículo. Logo, aplicável às regras de competência instituído no art. 53, inciso V, do NCPC, que passo a transcrever:

Art. 53. É competente o foro:

(...)

V - de domicílio do autor ou do local do fato, para a ação de reparação de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, inclusive aeronaves.

Ademais, por ser de direito pessoal, mantém-se a possibilidade da aplicação da regra geral descrita no art. 46, do NCPC, sendo possível, por conseguinte, a interposição da ação também no foro domicílio do réu.

Trata-se, portanto, da chamada competência concorrente, o que permite o ajuizamento indistintamente tanto no local do acidente, quanto domicílio do autor ou do réu.

A respeito do tema, confirmam-se os ensinamentos de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

19. Foros concorrentes. É do autor a opção pelo ajuizamento da ação no foro de seu domicílio ou no foro do lugar do acidente. O réu não pode opor-se à opção o

autor. Este, entretanto, pode renunciar à prerrogativa de foro e ajuizar a ação no domicílio do réu. Se isto ocorrer, ao réu é vedado arguir a incompetência relativa, por falta de interesse processual, já que estaria sendo beneficiado com a escolha do autor pelo foro do domicílio dele, réu. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 11 ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 372)

3. Súmula 540, do STJ

O supracitado entendimento foi pacificado no Superior Tribunal de Justiça, através do enunciado sumular nº 540, *in verbis*:

Súmula nº 540 – STJ: Na ação de cobrança do seguro DPVAT, constitui faculdade do autor escolher entre os foros do seu domicílio, do local do acidente ou ainda do domicílio do réu.

O ministro Felipe Salomão ressaltou que “nas ações de reparação do dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos será competente o foro do domicílio do autor ou do local do fato” (art. 53, V, do CPC 2015). Essa regra foi prevista pelo legislador como uma forma de facilitar o acesso à justiça ao jurisdicionado, vítima do acidente. Trata-se, contudo, de uma faculdade, ou seja, uma comodidade oferecida ao lesado. Se é uma faculdade (algo fixado em seu favor), nada impede que o beneficiário da norma especial “abra mão” desta prerrogativa, ajuizando a ação no foro domicílio do réu, que é a regra geral (art. 94 do CPC). (STJ. 2ª Seção. REsp 1357813/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 11/09/2013)

Aduz o STJ ainda, que não haverá prejuízo para a seguradora ré. Ao contrário, se ele for demandado em seu domicílio, será até melhor para ele se defender. Assim, estamos diante de um típico caso de competência concorrente.

4. AFRONTA AO JUIZ NATURAL E ESCOLHO DO JUÍZO

Não há nenhum problema na aplicação da competência concorrente quanto as partes tem domicílio em poucas cidades do Brasil. A grande dificuldade enfrentada no caso específico do seguro DPVAT é que elas são domiciliadas na grande maioria da cidades do país.

Surge então a possibilidade de ingresso da ação em qualquer localidade, o que poderia acarretar a escolha do juízo pelo demandante.

Neste ponto, faz-se mister ressaltar que, hodiernamente, encontra-se superado o positivismo jurídico proposto por Hans Kelsen, na obra Teoria Pura do Direito. Superou-se a antiga figura do juiz passivo, visto apenas como a “boca da lei”, cuja única função seria a de subsumir o caso à literalidade da lei. Na atualidade, o julgador deve ter um papel ativo, interpretando a lei segundo os princípios e normas constitucional. Logo, não se pode fechar os olhos para manobras processuais, cuja única finalidade é burlar a competência instituída na legislação.

Em suma, apesar da competência territorial ser relativa, conforme entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência, não se pode permitir a afronta ao princípio do juiz natural, de modo que a parte possa escolher a unidade judiciário em que pretende litigar.

A Constituição Federal de 1988, declara, no art. 5º, XXXVII, que não haverá tribunal ou juízo de exceção. Daí decorre o princípio do juiz natural e da impossibilidade de escolha do juízo. Isso quer dizer que as regras de competência devem estar anteriormente fixadas em lei, impedindo que seja escolhido determinado juízo para o julgamento da lide.

O eminente professor Daniel Amorim Assunção leciona:

“O princípio do juiz natural pode ser entendido de duas formas. A primeira delas diz respeito à impossibilidade de escolha do juiz para o julgamento de determinada demanda, escolha essa que deverá sempre ser aleatória em virtude da aplicação das regras gerais, abstratas e impessoais de competência. Essa proibição atinge a todos; as partes, os juízes, o Poder Judiciário etc.

(Manual de direito processual civil/ Daniel Amorim Assunção Neves – 4ª ed. Rev. Atual e ampl – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo; Método. 2012)

Para Leonardo Greco, “o Juiz Natural é o juiz legalmente competente, aquele a quem a lei confere ‘in abstrato’ o poder de julgar determinada causa, que deve ter sido definido previamente pelo legislador por circunstâncias aplicáveis a todos os casos da mesma espécie. (...) a verdadeira imparcialidade exige que o juiz não sirva à finalidade subjetiva de qualquer das partes, mas que o seu julgamento seja ditado exclusivamente pelo correto cumprimento da função de atuar o direito objetivo, sem que qualquer outra circunstância influa na sua decisão.” (GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In Revista Jurídica, mar/2003).

A escolha do juízo, em alguns casos, se torna por demais evidente. Constata-se que o autor é de uma cidade, o acidente ocorreu em outra, porém o ingresso da ação se deu em uma terceira. Não se sabe, nessa senda, se escolha se deu por causa do entendimento do juiz, pela celeridade da unidade judiciária ou se por comodidade do escritório de advocacia.

Essa situação que vem acontecendo frequentemente, tendo os tribunais pátrios tentado barrar esta atitude, senão vejamos:

“Trata-se de agravo de instrumento dirigido contra a r. decisão que declinou da competência para processar e julgar a ação de cobrança de seguro obrigatório movida por Mora Cristina de Oliveira Costa em face de Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A, sob o fundamento que o Juízo competente seria a Comarca onde a autora reside. I...] Em que pese as brilhantes ilações da agravante sobre os institutos processuais, a r. decisão agravada não merece reparo. Agiu com absoluta correção o juiz ao declinar da competência, uma vez que nos dias de hoje, o magistrado não pode ficar inerte e assistir passivamente a tudo o que ocorre em sua presença. Estranhamento, a grande maioria das ações de cobrança de DPVAT está concentrada em

Londrina e Curitiba. Valendo registrar que algumas vezes são propostas ações de cobrança em Londrina, quando os beneficiários tem residência em Amazonas, Pará, Maranhão, Minas Gerais. O princípio do dispositivo deve ser observado quando o juiz verifica que a causa não decorre de processos massificados, como é o caso dos autos. Aplicar tal princípio seria fazer prevalecer o interesse particular em detrimento da coletividade. A permitir a permanência do processo como quer a parte agravante, ocorreria a indevida acumulação defeito na Comarca, em detrimento daqueles que devem legitimamente tramitar no juízo declinante, o que certamente agravará a morosidade da Justiça.” (TjPR - Ag. Ins. 0652630-3 - Relator Desembargador Nilson Mizuta - julg. 08/02/2010)

E ainda:

“AÇÃO DE COBRANCA. SEGURO OBRIGATORIO - DPVAT. ACIDENTE DE TRÂNSITO COM MORTE. DEMANDA AJUIZADA EM COMARCA DISTINTA E DISTANTE DO LOCAL DOS FATOS. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. ESCOLHA DE JURISDIÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL, O QUE POSSIBILITA A DECLARAÇÃO, DE OFÍCIO, DA INCOMPETÊNCIA RELATIVA.SENTENÇA REFORMADA. AÇÃO EXTINTA SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO.” (Recurso Cível Nº 71002289361, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Afif Jorge Simões Neto, Julgado em 07/10/2009)(TJ-RS - Recurso Cível: 71002289361 RS , Relator: Afif Jorge Simões Neto, Data de Julgamento: 07/10/2009, Segunda Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/10/2009)

Em decisão unânime, os desembargadores da 9ª Câmara Cível do e. Tribunal de Justiça do Paraná, corroborando posicionamentos de outras Turmas, negaram provimento ao agravo de instrumento interposto pelo agravante, confira-se:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - COBRANÇA DE DPVAT -REMESSA DOS AUTOS À COMARCA DE DOMICÍLIO DO AUTOR - APLICAÇÃO DO ART. 100. PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC - DECISÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. Nas ações de reparação de dano advinda de acidente automobilístico é competente o foro do domicílio do autor ou do local do fato (art. 100, parágrafo único do CPC). É, outrossim, competente o foro em que a pessoa jurídica possui sede (art. 100, IV, "a" do CPC) ou onde se acha a sua sucursal pelas obrigações por ela contraídas (art. 100, IV, "b" do CPC). Embora a seguradora/agravada tenha tona sucursal na Comarca de Londrina/PR. extirpa-se que a obrigação não foi ali contraída, assim correta a decisão que determinou a remessa dos autos para a Comarca de Avucarana/PR, pois essa é a Comarca de domicílio do autor e o local do fato.” (TJPR - 9a C.Cível - AI 0573043-8 Unânime -J. 16.07.2009)

A questão, portanto, não é de competência ou incompetência relativa e, sim, de ofensa aos princípios da Legalidade e do Juiz Natural, eis que a parte escolheu o Juízo que melhor lhe convinha, ao arrepio das normas legais que estabelecem a divisão da prestação jurisdicional. De sorte que, segundo a regra proposta pelo promovente, praticamente todas as comarcas do país seriam competentes, tendo em vista a diversidade de filiais do promovido.

Nesse diapasão, a escolha do juízo constitui ato atentatório da dignidade da jurisdição e viola o sistema de competência, razão pela qual a incompetência torna-se absoluta.

“Não se desconhece que a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício ou sem o instrumento

processual adequado. Todavia, tal determinação não pode servir para o autor eleger, dentre as inúmeras comarcas do Brasil, a que profere decisões mais favoráveis a sua pretensão, o que, inclusive é vedado no artigo 5º, XXXVII e LIII, da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, resta configurado que a parte demandante tenta burlar o sistema de competência de nosso processo civil, conduta que deve ser considerada como atentatória à dignidade da Justiça. A mera indicação de filial ou sede da seguradora estabelecida em comarca localizada no Estado do Rio Grande do Sul é notadamente insuficiente para tornar alguma Comarca desta Justiça Estadual competente”. (70050571041 RS , Relator: Gelson Rolim Stocker, Data de Julgamento: 31/10/2012, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/11/2012).

Por fim, acerca da nulidade absoluta, nos casos de afronta ao princípio da dignidade da jurisdição, manifestou-se o avançado Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos seguintes termos:

“DPVAT. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. DA IMPOSSIBILIDADE DA DECLINAÇÃO DE OFÍCIO DA INCOMPETÊNCIA RELATIVA. A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA JUSTIÇA É CASO DE NULIDADE ABSOLUTA E ESTA PODE SER RECONHECIDA ATÉ DE OFÍCIO. - É competente o juízo escolhido pela parte autora, entre os de seu domicílio e o do local do sinistro. **O da sede ou sucursal da Seguradora só pode prevalecer se coincidir com um dos primeiros** e dentre os do Estado do Rio Grande do Sul. - A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício. - No entanto, quando a escolha do juízo pela parte se der com a violação à dignidade da justiça e do sistema de competências, previsto em nossa legislação processual civil, deve ser reconhecida, até de ofício. APELO PROVIDO. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA” (TJ-RS - AC: 70050571041 RS , Relator: Gelson Rolim Stocker, Data de

Julgamento: 31/10/2012, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/11/2012)

Só a título de exemplo, imagine-se a seguinte situação: uma parte domiciliada em Fortaleza, cujo acidente ocorreu em Recife, poderia ingressar com a ação na Vara única da Comarca de Pilar – PB, apenar por considerá-la mais “enxuta” ou porque o entendimento do juiz lhe é mais favorável.

A interpretação literal da súmula nº 540, editada pelo STJ, permite essa anomalia. Entretanto, o Poder Judiciário não pode se coadunar com esse tipo de atitude. Restra evidente a quebra da boa-fé e a mácula de toda a sistemática processual.

Ademais, como amplamente noticiado na imprensa nacional, inúmeras são os casos de fraudes envolvendo o seguro DPVAT. Da mesma forma, FALAR DO OFICIO CNJ.

Deste modo, deve-se tomar bastante cuidado neste tipo de ação e a escolha do juízo pode facilitar a ocorrência de fraude, por afastar de sobremaneira o juiz do autor ou do acidente ocorrido. Aproximar a demanda do local do fato ou domicílio do autor evita as incongruências, pois o julgador conhece a sociedade em que vive.

Não se está a questionar a aplicação geral da súmula 540, do STJ, e nem da lei processual em vigor, contudo, deve-se ficar atento para que aplicação literal destas não afronte à Constituição, com a prática de atos ilegítimos.

5. Conclusão

Estabelecida tais premissas, cabe fazer as seguintes ilações:

- De fato, as ações de cobrança do seguro DPVAT podem ser intentadas no foro do domicílio do autor, do réu ou local do fato, como descrito na Súmula 540, do STJ;
- Essa incompetência é relativa, somente podendo ser arguida por meio da competente exceção;

- Apesar disso, caso haja evidente afronta ao princípio do juiz natural, com lúdima escolha do juízo, a incompetência se torna absoluta, podendo ser acolhida de ofício pelo juiz;

- Logo, que não se quer a desconsideração da Súmula nº 540, do STJ, nem tampouco a instituição da competência territorial absoluta. Pretende-se, em sentido contrário, apenas que haja aplicação mitigada da mencionada súmula, nos casos de evidente escolha do juízo.

6. Referêcia

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 11 ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. Manual de direito processual civil. 4ª ed. Rev. Atual e ampl – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo; Método. 2012.

STJ. 2ª Seção. REsp 1357813/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 11/09/2013

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In Revista Jurídica, mar/2003

TjPR - Ag. Ins. 0652630-3 - Relator Desembargador Nilson Mizuta - julg. 08/02/2010

TJ-RS - Recurso Cível: 71002289361 RS , Relator: Afif Jorge Simões Neto, Data de Julgamento: 07/10/2009, Segunda Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/10/2009

TJ-RS - AC: 70050571041 RS , Relator: Gelson Rolim Stocker, Data de Julgamento: 31/10/2012, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/11/2012

A DISPENSA DE EMPREGADOS PÚBLICOS E A NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO

LÍSSIA MARIA EUGÊNIO LOPES: Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Assessora. Jurídica da Câmara Municipal do Recife. Pós-graduanda em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/Instituto Prominas.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a dispensa dos empregados públicos sobre o enfoque da necessidade de motivação, especialmente a partir da jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal, enfatizando a divergência jurisprudencial surgida a partir da fixação da tese em repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 589.998/PI. Para tanto, serão expostas as noções básicas da organização da Administração Pública Direta e Indireta no Brasil, analisando as espécies de servidores públicos e o seu regime jurídico, tanto o institucional-estatutário, quanto o contratual-empregatício e o jurídico-administrativo. Por fim, será analisada a aplicação do instituto da estabilidade aos empregados públicos, em confronto com a necessidade de motivação dos atos de dispensa, especialmente no que concerne aos empregados das empresas estatais, diante da divergência doutrinária inaugurada com no âmbito do Recurso Extraordinário nº 589.998/PI e as decisões posteriores do Tribunal Superior do Trabalho.

Palavras-chave: Empregados públicos. Dispensa. Motivação. Estabilidade. Regime jurídico.

Abstract: The present study aims to analyze the dismissal of public employees using the analysis of the need for justification on the act, especially from the consolidated jurisprudence of the Superior Labor Court and the Federal Supreme Court, emphasizing the jurisprudential divergence arising from the determination of the thesis in general repercussion in Extraordinary Appeal nº 589.998/PI. In order to do so, the basic notions of direct and indirect public administration organization in Brazil will be exposed, analyzing the types of functionary and their

legal regime, both institutional-statutory, contractual-employment and legal-administrative. Finally, the application of the stability institute to public employees will be analyzed, as opposed to the need to motivate the dispensation acts, especially with regard to the employees of state-owned enterprises, in view of the doctrinal divergence inaugurated under Extraordinary Appeal nº 589.998/PI and subsequent decisions of the Superior Labor Court.

Keywords: Public employees. Dismissal. Justification. Stability. Legal regime.

Sumário: 1. Introdução – 2. Noções básicas acerca da Administração Pública no Brasil – 3. Regime jurídico dos agentes públicos da Administração Pública Direta e Indireta – 3.1. Servidores estatutários, empregados públicos e servidores temporários – 4. A regra do concurso público e a Constituição Federal de 1988 – 5. Estabilidade e necessidade de motivação para a dispensa dos empregados públicos – 6. Conclusão – 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a dispensa dos empregados públicos sobre o enfoque da necessidade de motivação, especialmente a partir da jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal, enfatizando a divergência jurisprudencial surgida a partir da fixação da tese em repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 589.998/PI.

O artigo foi dividido em quatro capítulos. No primeiro, será abordada, de forma sucinta, as noções básicas da organização da Administração Pública no Brasil, dividida em Administração Direta e Indireta, bem como os seus componentes.

No segundo capítulo, serão explicitados os diversos regimes jurídicos dos servidores públicos, em suas variadas espécies, incluindo o regime jurídico institucional-estatutário, destinado aos servidores

públicos ocupantes de cargos efetivos, o contratual-empregatício, ao qual se submetem os empregados públicos e o regime jurídico-administrativo, que rege os servidores públicos temporários, analisando as suas peculiaridades e diferenças.

No terceiro capítulo, é abordada sucintamente a regra do concurso público, a que se submetem todos os servidores públicos, celetistas e estatutários, com a ressalva das exceções previstas na Constituição Federal.

E, por fim, no quarto capítulo, serão expostas as regras de estabilidade dos servidores públicos, nos termos da Constituição Federal, a impossibilidade de extensão aos empregados públicos, com as ressalvas contidas na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, bem como a necessidade ou não de motivação dos atos de dispensa dos empregados públicos de empresas públicas e sociedades de economia mista, especialmente diante da divergência jurisprudencial inaugurada após a fixação da tese em repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 589.998/PI e as decisões posteriores do Tribunal Superior do Trabalho.

2 NOÇÕES BÁSICAS ACERCA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

A Administração Pública, entendida em seu sentido subjetivo, formal ou orgânico, equivale às pessoas jurídicas, aos órgãos e aos agentes públicos (OLIVEIRA, 2017), subdividindo-se em Administração Direta e Indireta. A primeira correspondente aos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), nos termos do art. 1º da Constituição Federal, e seus respectivos órgãos^[1], enquanto a segunda compreende as entidades administrativas^[2], quais sejam: as autarquias, as fundações públicas (de direito público e de direito privado), as empresas públicas e as sociedades de economia mista, além das suas subsidiárias.

Tal denominação já era utilizada antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, como se observa no Decreto-lei nº

200/1967[3], tendo sido consagrada pela Carta Maior em seu art. 37, caput e inciso XIX[4].

Depreende-se do art. 37, XIX, da Constituição Federal, bem como pela interpretação doutrinária do dispositivo (OLIVEIRA, 2017), que as autarquias e as fundações públicas de direito público são criadas por lei específica, enquanto as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado[5] têm sua criação autorizada por lei, mas só adquirem personalidade jurídica com o registro dos seus atos constitutivos no registro público competente, nos termos do art. 45 do Código Civil[6].

As autarquias e as fundações públicas de direito público são pessoas jurídicas de direito público, enquanto as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas de direito privado são pessoas jurídicas de direito privado (OLIVEIRA, 2017).

As autarquias exercem típica atividade administrativa (de Estado), sendo que a sua criação geralmente pretende uma maior especialização e controle da atividade administrativa. Já as empresas públicas e sociedades de economia mista podem prestar serviços públicos ou explorar atividade econômica, enquanto as fundações públicas (de direito público e de direito privado) exercem atividades sociais (OLIVEIRA, 2017).

Além disso, pela redação do art. 37, caput, da Constituição Federal, reconhece-se a possibilidade de criação de entidades da Administração Indireta em todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

3 REGIME JURÍDICO DOS AGENTES PÚBLICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA

Os agentes públicos são “o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado” (CARVALHO FILHO, 2016, p. 752), podendo tal função ser remunerada ou

gratuita, definitiva ou transitória, bem como política ou jurídica. Considerando a adoção da teoria do órgão, que determina a imputação volitiva à conduta dos agentes públicos, mister reconhecer que tais agentes são “elemento físico da Administração Pública” (CARVALHO FILHO, p. 71), imprescindíveis para a exteriorização da vontade administrativa no mundo fático.

Percebe-se que a expressão “agentes públicos” é gênero, que alberga diversas espécies, consoante classificação doutrinária. Entre eles, identificamos os agentes políticos^[7], os agentes particulares colaboradores^[8], os agentes de fato^[9] e os servidores públicos, os quais possuem um vínculo permanente de trabalho com a Administração Pública, com a correspondente remuneração, integrando o quadro funcional do ente público ao qual se vinculam.

Há divergência doutrinária acerca do alcance da expressão “servidores públicos”. Para Carvalho Filho (2016, p. 757):

não consideramos servidores públicos os empregados das entidades privadas da Administração Indireta, caso das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado. Todos são sempre regidos pelo regime trabalhista, integrando a categoria profissional a que estiver vinculada a entidade, como a de bancários, economiários, securitários etc. Além do mais, o art. 173, § 1º, da CF estabelece que empresas públicas e sociedades de economia mista devem sujeitar-se às regras de direito privado quanto às obrigações trabalhistas. São, portanto, empregados normais. Por fim, a própria tradição do Direito brasileiro nunca enquadrava tais empregados como servidores públicos, nem em sentido lato.

No entanto, concordamos com o posicionamento adotado por Neiva (2015, p. 26), para quem:

O termo 'servidor público' consiste em conceito genérico e envolve todo aquele que guarda com o Estado uma relação de natureza profissional. Dessa forma, é preciso compreender que servidor público consiste em gênero, correspondendo aos trabalhadores que estabelecem vínculo de natureza profissional com a Administração Pública. Cada uma das espécies de servidor público será determinada pela natureza da relação jurídica estabelecida com o ente público, à qual pode corresponder a um vínculo de natureza institucional-estatutária, empregatícia ou contratual-temporária. Tais vínculos determinarão a espécie de servidor público.

Isso porque, conforme salienta o autor, a denominação do agente público deve ser entendida em correlação com o seu regime jurídico, de forma que é possível a coexistência de empregados públicos e de servidores públicos ocupantes de cargos efetivos (diante do período de eficácia da redação do art. 39 da Constituição Federal dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, conforme se verá adiante). Além disso, não se pode ignorar os servidores públicos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão e os servidores temporários.

Nesse contexto, o art. 39 da Constituição Federal de 1988, em sua redação original, determinou que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituíam, no âmbito de suas competências, regime jurídico único e planos de carreira para servidores da Administração Pública Direta, autárquica e das fundações públicas.

Assim, conforme salienta Carvalho Filho (2016, p. 626):

O objetivo do legislador foi o de manter planos de carreira idênticos para esses setores administrativos, acabando com as antigas diferenças que, como é sabido, por anos, e anos provocaram inconformismos e litígios entre os servidores.

No entanto, a redação do dispositivo era imperfeita, de forma a gerar profunda divergência entre os administrativistas (CARVALHO FILHO, 2016).

Nesse contexto, Neiva (2015) sustenta que a sistemática adotada pelo texto original da Constituição Federal revelava que, no âmbito da Administração Direta, autarquias e fundações públicas, somente seria possível a adoção do regime jurídico estatutário e temporário.

Não concordamos com tal posição. O regime jurídico único, de acordo com a redação original do art. 39 da Constituição Federal, não necessariamente é o estatutário, podendo ser o celetista^[10], especialmente nos casos de municípios de pequeno porte, que não têm como arcar com os custos administrativos e financeiros decorrentes do regime estatutário.

Em 1998, a Emenda Constitucional (EC) nº 19 pretendeu extinguir a obrigatoriedade do regime jurídico único^[11], alterando a redação do caput do art. 39 da Constituição Federal^[12]. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 2135, deferiu medida cautelar para suspender a eficácia do dispositivo, com a redação dada pela EC nº 19/1998, em razão de inconstitucionalidade formal no processo de elaboração da referida emenda, ripristinando (ainda que temporariamente) a redação original do art. 39.

Ocorre que, em razão dos efeitos *ex nunc* dados à decisão supramencionada, permaneceram incólumes as leis editadas durante o período entre a promulgação da EC nº 19/1998 e a medida cautelar, proibindo-se, apenas a partir de então, o ingresso de servidores públicos por meio de mais de um regime jurídico. Assim, é possível a existência de dois regimes jurídicos para os agentes públicos da Administração Direta, desde que observado o período em que se manteve eficaz o art. 39, *caput*, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 19/1998.

No concerne às empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, o art. 173, § 1º, II, da

Constituição Federal, dispõe que cabe à lei que definir o estatuto jurídico das empresas estatais, o qual deverá dispor sobre a sua sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas. Como é cediço, o regime jurídico das relações de trabalho no âmbito das empresas privadas é o celetista.

Em razão da redação do dispositivo, incluído pela Emenda Constitucional nº 19/1998, a doutrina sempre entendeu que o regime de emprego público “sempre foi necessariamente o único observado no caso de empresas públicas e sociedades de economia mista” (NEIVA, 2015, p. 32).

A Lei nº 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto das empresas estatais, não alterou o entendimento doutrinário, embora não tenha tratado de forma expressa acerca do regime de pessoal. Conforme explica Dias (2016, *online*, s/p):

A definição deste regime próprio, entretanto, é depreendida da lei, a partir do momento em que, ao estabelecer as especificidades que afetam regras de direito privado (notadamente quanto ao regime societário dessas empresas) e as derrogações de direito público (notadamente no tocante às licitações e contratos), o conteúdo do regime remanescente das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas fica sendo predominantemente privado quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Poder-se-ia discutir sobre o regime jurídico das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, para as quais a Constituição Federal não estabelece expressamente o regime jurídico de pessoal. No entanto, a doutrina majoritária estende o regime empregatício também a essas empresas, além das fundações públicas de direito privado^[13], por serem pessoas jurídicas de direito privado. Além disso, a Constituição Federal somente previu a obrigatoriedade da adoção do regime jurídico único à

Administração Direta e às autarquias e fundações públicas de direito público (que são pessoas jurídicas de direito público).

Ademais, Dias (2016, *online*, s/p) salienta que o art. 1º da referida lei estabelece a sua abrangência tanto às empresas estatais exploradoras de atividade econômica como prestadoras de serviço público, pretendendo

tratar a atividade econômica como gênero, dos quais seriam espécies: a atividade econômica em sentido estrito, a atividade econômica sob regime de monopólio e a prestação de serviços públicos.

Logo, o regime jurídico de direito privado – celetista – necessariamente será adotado para disciplinar a relação jurídica trabalhista entre as pessoas jurídicas de direito privado da Administração Pública indireta e seus empregados públicos.

3.1 Servidores estatutários, empregados públicos e servidores temporários

A diferenciação de regimes jurídicos não é meramente acadêmica, havendo profundos efeitos práticos, que serão avaliados neste artigo jurídico.

Nesse diapasão, os servidores públicos efetivos se sujeitam ao regime jurídico institucional-estatutário, os empregados públicos se submetem ao regime jurídico contratual-empregatício e os servidores temporários são regidos por um regime híbrido, de natureza jurídica-administrativa ou contratual-temporária (NEIVA, 2015).

Para a correta compreensão da diversidade de regimes jurídicos, é imprescindível, primeiramente, diferenciar cargo[14], emprego e função pública. Oliveira (2017, p. 688) anota:

Considera-se cargo público o local situado na organização interna da Administração direta e das entidades administrativas de direito público,

provido por servidor público estatutário, com denominação, direitos, deveres e sistemas de remuneração previstos em lei. O emprego público, por sua vez, indica o vínculo contratual estabelecido entre os servidores celetistas e as entidades administrativas de direito privado

Já a função pública “compreende o conjunto de atribuições conferidas por lei aos agentes públicos.” (OLIVEIRA, 2017, p. 688).

Ademais, ressalta, ainda, que (OLIVEIRA, 2017, p. 688):

Todos os ocupantes de cargos e empregos públicos exercem, necessariamente, funções administrativas. Todavia, admite-se, excepcionalmente, o exercício de função pública independentemente a investidura em cargos ou empregos, tal como ocorre, por exemplo, nos casos dos servidores temporários (art. 37, IX, da CRFB)

O regime estatutário é estabelecido por lei de cada ente federado, que dispõe sobre normas específicas para a normatização da relação jurídica entre o Estado e seus servidores ocupantes de cargos públicos. Não há, nesse caso, relação contratual, mas vínculo legal ao ente público (através da assinatura de termo de posse), predominando o interesse público na relação estatutária (OLIVEIRA, 2017).

Importante ressaltar, neste momento, a situação peculiar dos servidores públicos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão. Entende-se que o seu regime jurídico não será contratual, mesmo diante da temporariedade inata do vínculo jurídico firmado entre o Estado e os ocupantes de tais cargos.

Desse modo, reconhecemos que o estatuto jurídico do servidor público também se aplica àqueles ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, exceto quanto aos direitos e prerrogativas inerentes ao vínculo efetivo, que, logicamente, não possam ser estendidas, por sua própria natureza, aos cargos em comissão, como é o caso da

estabilidade, já que, nos termos da Constituição Federal, no art. 37, II, os cargos em comissão são de livre nomeação e exoneração.

Assim é que, enquanto os cargos em comissão, que devem ser criados apenas para as atribuições de direção, chefia e assessoramento, são marcados pelo vínculo transitório, já que seus ocupantes exclusivos podem ser nomeados e exonerados *ad nutum*, sem a aprovação prévia em concurso público e sem necessidade de motivação, os cargos efetivos representam vínculo permanente com o Estado, garantindo aos servidores respectivos a estabilidade (OLIVEIRA, 2017).

No entanto, a estabilidade não se confunde com a efetividade, sendo a primeira atribuída ao servidor público, enquanto a segunda é um atributo do cargo público.

Já o regime contratual-empregatício é estabelecido entre a Administração Pública e os empregados públicos, correspondendo à relação de emprego, tipicamente empregado no âmbito das pessoas jurídicas de direito privado da Administração Pública Indireta. Nesse tipo de vínculo, marcadamente negocial, estão presentes as características essenciais do vínculo de emprego celetista: a pessoalidade, a não eventualidade, a subordinação e a onerosidade (NEIVA, 2015), conforme se apreende do art. 3º [\[15\]](#) da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Quanto a esses servidores, Neiva (2015, p. 35) esclarece que:

A denominação ‘celetista’, comumente atribuída aos empregados públicos, conta com certa impropriedade, uma vez que tais servidores não são regidos apenas pela CLT, mas todo o Direito do Trabalho, o qual sofre a influência do fenômeno da pluralidade de fontes normativas, bem como dispõe de um amplo arcabouço legislativo não consolidado.

Considerando a aplicação do regime jurídico celetista aos empregados públicos, identifica-se certa tensão entre a lógica do Direito Administrativo e do Direito do Trabalho, cujos âmbitos de proteção são

diferenciados (NEIVA, 2015). Por isso Romita (1998 *apud* NEIVA, 2015, p. 39) narra, em tom de métrica:

servidor ou empregado? Nem servidor nem empregado: centauro, metade homem e metade cavalo. Centauro, porém, não existe, é invenção mitológica. As empresas estatais precisam de homens, não de cavalos. Qualidade e produtividade, requisitos da competição no setor privado, exigem o empregado de técnicas do regime contratual, e não do estatutário.

Por fim, o servidor público temporário, contratado pela Administração Pública em regime de transitoriedade, com fundamento no art. 37, IX, da Constituição Federal, não ocupa cargo público, conforme já explicitado neste artigo, mas apenas função pública, para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, nas hipóteses taxativas determinadas por lei específica de cada ente federado.

O vínculo jurídico formado entre o servidor público temporário e o Estado não será de emprego nem estatutário. O seu regime jurídico é especial denominado pelo Supremo Tribunal Federal de regime jurídico-administrativo, regido por lei especial, sendo competente a Justiça comum para o julgamento de litígios envolvendo tais servidores^[16].

4 A REGRA DO CONCURSO PÚBLICO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A despeito da diferenciação entre cargos e empregos públicos, bem como dos regimes jurídicos correspondentes, a Constituição Federal instituiu a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos para o ingresso nos quadros da Administração Pública, seja Direta ou Indireta, indistintamente (MORAES, 2016), nos seguintes termos:

Art. 37.

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)\[17\]](#)

Estabeleceu-se, assim, a partir de 1988, o critério do conhecimento técnico para o preenchimento do quadro de servidores e empregados públicos (MENDES; BRANCO, 2012).

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 685 (posteriormente transformada em Súmula Vinculante nº 43), dispondo que: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.”.

O Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, editou a Súmula nº 363[18], considerando nula a contratação de servidor público, após a Constituição Federal de 1988, sem aprovação prévia em concurso público.

No entanto, embora o concurso público seja a regra, a própria Constituição Federal admite exceções, quais sejam: os cargos comissionados, que são de livre nomeação, e a contratação temporária de excepcional interesse público.

5 ESTABILIDADE E NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO PARA A DISPENSA DOS EMPREGADOS PÚBLICOS

O art. 41 da Constituição Federal, em sua redação originária, determinava que seriam estáveis, após “dois anos” de efetivo exercício, os “servidores” nomeados em virtude de concurso público. Tal dispositivo era de interpretação duvidosa, de forma que havia

controvérsia acerca do alcance do termo “servidores”, incluindo-se ou não os empregados públicos além dos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos.

Nesse contexto, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 390[19], consolidando o entendimento de que o “servidor público celetista” da Administração Direta, autárquica ou fundacional (fundação pública de direito público) é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição. Já os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista (independentemente da atividade desenvolvida), mesmo quando admitidos mediante aprovação em concurso público, não adquirem a estabilidade do art. 41.

O fato de tal entendimento sumular não ter sido revogado pelo Tribunal Superior do Trabalho gerou certa confusão quanto à interpretação do entendimento do Tribunal Superior. Para se entender de forma mais adequada o entendimento jurisprudencial, é preciso compreender que a Súmula nº 390 foi elaborada no período de vigência do art. 41 em sua redação original.

Posteriormente, a EC nº 19/1998 alterou a redação do dispositivo, passando a dispor que serão estáveis, após “três anos” de efetivo exercício, os “servidores nomeados para cargo de provimento efetivo”, em virtude de concurso público. Ou seja, além de alterar o período de estágio probatório, também determinou expressamente que a estabilidade é deferida apenas aos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos[20].

Esse é o entendimento majoritário, não apenas da doutrina, mas também da jurisprudência.

Por essa razão, a Súmula nº 390 do Tribunal Superior do Trabalho deve ser interpretada de forma limitada, alcançando apenas os servidores que ingressaram nos quadros da Administração Pública Direta, autárquica e fundacional até o advento da EC nº 19/1998. Veja-se:

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE. ARTIGO 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 390, I, DO TST. Esta Oitava Turma posiciona-se no sentido de que a Súmula 390, I, do TST, por consubstanciar a interpretação da redação anterior do artigo 41 da CF, não se aplica aos trabalhadores admitidos pela Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional, sob o regime da CLT, no período posterior à publicação da Emenda Constitucional nº 19/98. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. (RR - 208500-61.2007.5.15.0106 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 31/08/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/09/2011)

A estabilidade é “a garantia de permanência no serviço público” (OLIVEIRA, 2017, p. 702), conferida, portanto, apenas ao servidor público ocupante de cargo efetivo, aprovado em concurso público, após três anos de efetivo exercício, bem como aprovado em avaliação especial de desempenho (e considerado apto a exercer as suas funções de forma adequada).

Neiva (2015, p. 77) salienta que “o instituto da estabilidade consiste em mecanismo de proteção à Administração Pública e não ao servidor”.

Nesse diapasão, importa diferenciar a estabilidade da efetividade. Enquanto a primeira é a garantia de permanência do servidor no serviço público (ou seja, refere-se ao serviço público e não ao cargo, por isso, ao ser promovido, o servidor não precisará mais se submeter a novo estágio probatório[21]), a segunda é uma característica do próprio cargo público, diferenciando-o do cargo público em comissão, por exemplo. Assim, “Ao tomar posse no cargo efetivo, o servidor estatutário torna-se efetivo, mas ainda não possui estabilidade.” (OLIVEIRA, 2017, p. 706).

O servidor público efetivo, ainda não estável, pode ser exonerado caso seja reprovado na avaliação especial de desempenho[22], considerado inapto para o exercício de suas funções, ou, ainda, poderá ser demitido, caso tenha cometido falta punível com demissão. No entanto, em qualquer dos casos, deve haver prévio processo administrativo, em que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Além disso, nos termos do art. 169 da Constituição Federal, é possível a dispensa do servidor público efetivo não estável quando houver excesso de gastos com pessoal, nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal, após a redução obrigatória de, ao menos, 20% (vinte por cento) das despesas com cargos em comissão e funções de confiança (§ 3º, I e II).

Após adquirir a estabilidade, o servidor público ocupante de cargo efetivo somente pode ser dispensado em quatro hipóteses[23]: 1) por sentença judicial transitada em julgado; 2) por processo administrativo em que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa; 3) por reprovação em procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada a ampla defesa; 4) no caso de excesso de despesa com pessoal, caso a redução de, ao menos, 20% (vinte por cento) das despesas com cargos em comissão e funções de confiança e, posteriormente, a exoneração de servidores não estáveis não forem suficientes para reequilibrar as contas públicas, nos termos do § 4º do art. 169 da Constituição Federal.

Voltando à Súmula nº 390 do Tribunal Superior do Trabalho, nota-se que os empregados públicos das empresas públicas e das sociedades de economia mista nunca possuíram a estabilidade do art. 41 da Constituição Federal.

Por essa razão, a dispensa dos empregados públicos dessas entidades administrativas, bem como aqueles que, mesmo vinculados à Administração Direta, autárquica ou fundacional, foram admitidos após a EC nº 19/1998, não dependeria de motivação[24].

Neiva aduz (2015, p. 75) que o modelo jurídico de normatização da extinção do contrato de trabalho, de modo geral, adotado pelo Brasil é o híbrido, em que “o empregador tem liberdade para romper a relação sem motivo. Porém, se sujeita a uma restrição de natureza econômica, ou seja, pagamento de indenização.” [25].

Desse modo:

o direito à estabilidade consiste em exceção, vez que, em regra, o empregador conta com liberdade para dispensar o empregado. Sendo exceção, somente é assegurado em hipóteses expressamente previstas em lei, acordo coletivo de trabalho, convenção coletiva de trabalho, sentença normativa ou regulamento empresarial. (NEIVA, 2015, p. 76)

No entanto, surgiu a tese de que os empregados públicos, mesmo após a EC nº 19/1998, faria jus à estabilidade, vez que foi aprovado em concurso público, a permissão de dispensa imotivada prejudicaria os empregados públicos no exercício de suas funções, vez que estaria sujeito a arbitrariedades do empregador público, além do que o administrador público não teria competência para dispensar o empregado, por não ser o titular da coisa pública (NEIVA, 2015).

Nesse contexto,

“Um desdobramento recente da referida tese consiste na solução adotada em relação aos empregados dos Correios (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos-EBCT). Formalmente, trata-se de empresa pública da União. No entanto, materialmente, a EBCT conta com uma série de regras e institutos típicos das entidades de direito público, tais como privilégios da Fazenda Pública.” (NEIVA, 2015, p. 78)

Assim é que foi alterada a Orientação Jurisprudencial nº 247[26] pela Subseção Especializada em Dissídios Individuais I, do Tribunal Superior do Trabalho, determinando que a despedida de empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, ainda que admitido por concurso público, independentemente da atividade desenvolvida, independe de motivação para a sua validade. No entanto, para a despedida de empregado público da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), é indispensável a motivação.

Vê-se que os empregados públicos da ECT não são detentores de estabilidade, mas a sua dispensa deve ser motivada.

Tal questão foi submetida, então, à apreciação do Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário nº 589.998/PI, interposto pela ECT, o qual foi afetado à sistemática da repercussão geral. Por ocasião do seu julgamento, em 20 de março de 2013, a Corte Suprema fixou a seguinte tese: “Os empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal, mas sua dispensa deve ser motivada.”

A respectiva ementa foi assim redigida:

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO. I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios,

observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho. (RE 589998, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-179 DIVULG 11-09-2013 PUBLIC 12-09-2013)

Ocorre que, de acordo com a redação da ementa do acórdão e da tese fixada, aparentemente o Tribunal estendeu a necessidade de motivação da dispensa a todos os empregados públicos, de todas as entidades da Administração Indireta, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, embora o caso concreto tenha se limitado a tratar da situação jurídica dos empregados públicos da ECT.

A ECT, por sua vez, interpôs Embargos de Declaração, pleiteando a modulação de efeitos da decisão e o esclarecimento dessa obscuridade, e ajuizou a Ação Cautelar nº 3.669/PI, para a concessão de efeito suspensivo aos embargos, especialmente em razão de julgados posteriores do Tribunal Superior do Trabalho que aplicou a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, estendendo a necessidade de motivação à dispensa de todos os empregados públicos.

Nota-se que o TST, passou a decidir em sentido contrário ao próprio entendimento consolidado na Orientação Jurisprudencial nº 247.

O Ministro Roberto Barroso, a quem coube a relatoria da ação cautelar, deferiu liminarmente o pedido, concedendo o efeito suspensivo e determinando ao Tribunal Superior do Trabalho o sobrestamento, até

o julgamento final dos embargos de declaração, dos recursos extraordinários que versem sobre o tema. A sua decisão monocrática é bastante elucidativa e confronta diretamente a celeuma ora tratada. Destaca-se (BRASIL, 2015, p. 12-15):

Acontece que essa ressalva final [da extensão da motivação a todos os empregados públicos] não parece ter sido discutida por todos os Ministros. Mais até, o voto de alguns deles parece colidir com tal entendimento. Veja-se:

Voto-vista do Min. Joaquim Barbosa: “Deixo bem claro que não estou, em hipótese alguma, reconhecendo a estabilidade do art. 41 da Constituição a estes empregados das empresas estatais. Nesse ponto, deve prevalecer a jurisprudência da Corte, que se firmou no sentido de que a estabilidade do art. 41 da Constituição aplica-se somente aos servidores submetidos a uma relação de direito administrativo” (grifei).

Voto do Min. Dias Toffoli: “Não estou aqui a aplicar ao empregado da empresa pública a estabilidade referida no art. 41 da Constituição Federal, haja vista que, nos termos da jurisprudência desta Corte, a estabilidade prevista no mencionado dispositivo constitucional, mesmo quando se leva em conta a redação anterior à Emenda Constitucional nº 19/98, não abrange os empregados de empresas públicas e os de sociedades de economia mista” (grifei).

Voto da Min. Cármen Lúcia: “Mas eu acompanho o Ministro-Relator e os que votaram até aqui [...], especificamente para negar provimento, considerando a necessidade de motivação e afastando, no meu voto, ainda que isso fique a latere, porque não é o dado fundamental aqui, mas

só para enfatizar que não diz com a estabilidade do regime. Absolutamente não, até porque precisaria ter administração indireta, bastaria direta ou autárquica. E, nesse caso, estamos diante de uma outra realidade. Senhor Presidente, eu acompanho o Ministro-Relator, negando provimento para especificamente afirmar a necessidade de que haja motivação. Ou seja, a expressão clara dos motivos: dar a publicidade, ao público os motivos, mas sem qualquer outra vinculação que faça com o que esse regime acabe se transformando num regime de direito público específico para servidores da administração direta ou autárquica” (grifei).

Voto do Min. Marco Aurélio: “Já, agora, discutimos não a estabilidade – não cogito da estabilidade, passados os três anos da posse no cargo ou da posse no emprego -, mas a questão da resolução do contrato de trabalho” (grifei).

32. O próprio Ministro relator, durante os debates, procurou esclarecer o ponto, acentuando que não iria estender a estabilidade prevista no art. 41, da CF/1988 aos empregados da ECT. Leia-se:

Eu fiz distribuir o meu voto e, em nenhum momento, eu admiti que os servidores das empresas públicas, das empresas estatais, tivessem a estabilidade do artigo 41. Mas eu entendi que, como estes servidores ingressam em tais empresas mediante concurso público, como Vossa Excelência bem acentuou agora, a demissão deve ser, necessariamente, motivada, quer dizer, esses servidores podem ser demitidos por justa causa e sem justa causa também, mas sempre de forma motivada. É preciso que essa demissão seja formalizada, como Vossa Excelência muito bem colocou, em homenagem aos princípios da

moralidade, impessoalidade e transparência, enfim, todos aqueles princípios que norteiam a Administração Pública, e que estão consignados no artigo 37, caput, da nossa Constituição.

33. Mas fato é que a ementa do acórdão acabou consignando, expressamente, a extensão de tal estabilidade aos empregados da ECT admitidos anteriormente à EC nº 19/1998. Assim, instaurou-se contradição interna na decisão tomada pelo STF, o que endossa, consoante já assinalei, a plausibilidade dos embargos de declaração opostos pela ECT.

34. Vale ressaltar ainda, a esse respeito, que a ementa é parte do acórdão e, em vista disso, deve guardar estrita concordância com os votos manifestados pela maioria dos integrantes do Tribunal. A compatibilidade da ementa com o entendimento majoritário da Corte mostra-se ainda mais importante quando se julga ação ou recurso com efeitos vinculantes, tal como ocorrido no RE nº 589998. Isso porque é fundamental que os órgãos e entidades vinculados possam compreender com clareza o sentido e o alcance do julgamento feito pelo STF.

35. Outro elemento a evidenciar a plausibilidade dos embargos de declaração opostos pela ECT concerne à abrangência da exigência de motivação declarada pelo STF. Quem tem de obrigação de motivar os atos de dispensa de pessoal? Apenas a ECT; todas as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestem serviço público; ou, ainda mais amplamente, todas as estatais, inclusive as que exercem atividade econômica?

36. Cinco ministros parecem ter se manifestado favoravelmente à extensão do precedente a todas as estatais: Min. Joaquim Barbosa [7] [7], Min. Cármen Lúcia [8] [8], Min. Cezar Peluso [9] [9], Min. Gilmar Mendes [10] [10] e Min. Dias Toffoli [11] [11]. Por outro lado, dois ministros procuraram, ao menos de início, restringir a abrangência do julgado à ECT: Min. Ricardo Lewandowski [12] [12] e Min. Ayres Britto [13] [13]. O Min. Relator, todavia, consignou, ao final, na ementa do julgado, a extensão da exigência de motivação às “empresas públicas e sociedades de economia mista que prestem serviço público”, em linha com o entendimento exarado pelo Min. Eros Grau [14] [14]. O Min. Marco Aurélio, embora tenha divergido do Relator, pareceu também considerar que a questão apreciada pelo Supremo valeria para as estatais que exercem atividade econômica [15] [15]. E, por fim, a opinião dos últimos dois ministros a se pronunciarem na ação não ficou clara quanto a esse ponto: Min. Teori Zavaski, e Min. Celso de Mello [16] [16].

Recentemente, em 8 de maio de 2017, o Ministro Roberto Barroso determinou, também por decisão monocrática, no âmbito do Recurso Extraordinário nº 589.998/PI, a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a dispensa imotivada de empregados de estatais e tramitem no território nacional, nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, em razão da manutenção do quadro de insegurança jurídica nas admissões e demissões em diversas empresas estatais, vez que a liminar deferida na Ação Cautelar nº 3.669/PI

não impediu o início de execuções provisórias e a efetivação de reintegração de empregados em casos (i) de empregado que solicita vantagem indevida à empresa terceirizada por ele fiscalizada;

- (ii) de empregado que agrediu fisicamente empregada terceirizada no ambiente de trabalho; e
- (iii) de dispensa ao final do contrato de experiência.

Na mesma decisão, o Ministro informa que solicitou a inclusão dos embargos de declaração em pauta para julgamento pelo Plenário. No entanto, até o presente momento, o recurso ainda não foi julgado.

6 CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto neste trabalho, conclui-se que a Administração Pública pode ser dividida em Administração Direta e Indireta, sendo que compõem a primeira os entes federados e seus respectivos órgãos públicos, que não detêm personalidade jurídica e são formados a partir da desconcentração administrativa. Já em relação à segunda, esta é formada pelas entidades administrativas, criadas a partir da descentralização legal, em que são criadas novas pessoas jurídicas para o desenvolvimento especializado de funções administrativas. Tais entidades podem ter personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, estando as autarquias e as fundações públicas de direito público no primeiro grupo, enquanto as empresas públicas, sociedades de economia mista (ou simplesmente empresas estatais) e as fundações públicas de direito privado compõem o segundo grupo.

A Constituição Federal de 1988, em sua redação original, determinou que os entes federados, no âmbito das suas administrações diretas, autárquicas e fundacionais (de direito público) instituíssem regime jurídico único, que é entendido pela doutrina majoritária como o regime institucional-estatutário, mas não concordamos com esse entendimento. A Emenda Constitucional nº 19/1998 pretendeu extinguir o regime jurídico único, mas, no que concerne ao art. 39, o Supremo Tribunal Federal suspendeu os seus efeitos, em medida cautelar, com efeitos ex nunc, determinando a aplicação do art. 39 em sua redação original.

No entanto, continuam vigentes os regimes jurídicos instituídos durante lapso entre a promulgação da referida emenda e a decisão da Suprema Corte.

O regime jurídico institucional-estatutário é destinado aos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos, enquanto o regime jurídico contratual-empregatício é destinado aos empregados públicos, especialmente das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado. Já o regime jurídico-administrativo tem caráter especial e se destina a normatizar a relação jurídica entre o Estado e os servidores temporários, que não ocupam cargos públicos, mas apenas desempenham funções públicas, atendidos os requisitos legais.

O concurso público é a regra, conforme determina o art. 37, II, da Constituição Federal, seja para a contratação de servidores públicos efetivos como para empregados públicos. As únicas exceções dispostas na Constituição respeitam aos cargos em comissão e à contratação temporária.

A Constituição Federal, no seu art. 41, conferiu estabilidade aos servidores públicos estatutários, que tenham sido aprovados em concurso público, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, de forma que estes somente podem ser dispensados do serviço público em quatro hipóteses especificadas pela própria Constituição Federal. A partir de tal emenda, a estabilidade não pode ser, de forma alguma, estendida aos empregados públicos, ainda que aprovados por concurso público e vinculados à Administração Direta.

No entanto, a redação original do dispositivo permitia a interpretação de que tal estabilidade era extensível aos empregados públicos da Administração Direta, autárquica e fundacional (de direito público), entendimento este consolidado pelo Tribunal Superior do Trabalho, de forma que, para tais servidores, somente é possível a dispensa motivada, nas mesmas quatro hipóteses indicadas no parágrafo anterior.

Já os empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista, de acordo com o entendimento consolidado do TST, poderiam ser dispensados sem que o ato fosse motivado, com exceção dos empregados da ECT. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal fixou, em sede de repercussão geral, a tese de que, aparentemente, para todos os empregados públicos seria necessária a motivação do ato de dispensa, embora não fossem dotados de estabilidade.

No entanto, a redação da tese apresenta várias imperfeições, especialmente o fato de que nem todos os ministros concluíram com a extensão da obrigatoriedade de motivação para todos os empregados públicos, tendo sido o recurso extraordinário limitado aos empregados da ECT.

Assim, surgiu profunda insegurança jurídica envolvendo os julgados posteriores à fixação da tese pelo Tribunal Superior do Trabalho, o que determinou a suspensão dos processos que tratavam sobre a matéria no âmbito do TST e posteriormente em todo o território nacional, até a julgamento definitivo da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, o que ainda não ocorreu.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. **Decreto-lei nº 200**, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.
Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> . Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. **Lei nº 13.303**, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135/DF. Partido dos Trabalhadores e outros e Congresso Nacional. Relator: Ministro Néri da Silveira. Relator para acórdão: Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 2 de agosto de 2007. **Diário da Justiça Eletrônico**: 07.03.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513625>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 589.998/PI com Repercussão Geral. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e Humberto Pereira Rodrigues e outro. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 20 de março de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**: 12.09.2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4499353>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 43. É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 8 de abril de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**: 17.04.2015.

Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=43.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Cautelar nº 3.669/PI. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e Humberto Pereira Rodrigues e outro. Relator: Ministro Roberto Barroso, Decisão monocrática. Brasília, DF, 29 de abril de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico:** 4.05.2015. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AC%24%2ESCLA%2E+E+3669%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/l3shcj6>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo nº 927.072/DF. Estado do Piauí e Eva Maria da Silva Carvalho. Relator: Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma. Brasília, DF, 20 de março de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico:** 20.09.2016. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11684982>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Reclamação nº 24.844/ES. Ana Maria da Silva Sotero e outro e Município de Cariacica. Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. Brasília, DF, 25 de abril de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico:** 15.05.2017. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12884984>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 363. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS. Tribunal Pleno. Brasília, DF, s/d. **Diário da Justiça:** 19, 20 e

21.11.2003. Disponível em:
<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-363>. Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 390. I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000) II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001). Tribunal Pleno. Brasília, DF, s/d. **Diário da Justiça**: 20, 22 e 25.04.2005. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-390>. Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial nº 247. I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade; II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais. Subseção Especializada em Dissídios Individuais I. Brasília, DF, s/d. **Diário da Justiça**: 13.11.2007. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_241.htm#TEMA247>. Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 0208500-61.2007.5.15.0106. Maliel Regina dos Santos Serafim e Município de São Carlos. Relatora: Ministra Doria Maria da Costa, Oitava Turma. Brasília, DF, 31 de agosto de 2011. **Diário da Justiça do Trabalho Eletrônico**: 2.09.2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=p>>

rintInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20208500-61.2007.5.15.0106&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAD32AAM&dataPublicacao=02/09/2011&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 22 jun. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

CORREIA, Henrique. **Direito do Trabalho**: para concursos de analista do TRT e MPU. 8 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIAS, M. T. F. O estatuto jurídico das empresas estatais (Lei 13.303/2016) sob a ótica da Constituição da República de 1988. **Revista Direito do Estado**. S/l: 2016, n. 223. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/o-estatuto-juridico-das-empresas-estatais-lei-133032016-sob-a-otica-da-constituicao-da-republica-de-1988>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. rev. e atual até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

NEIVA, Rogerio. **Direito e processo do trabalho aplicados à administração pública e fazenda pública**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

NOTAS:

[1] Note-se, aqui, que a distribuição especializada de funções dentro da mesma pessoa jurídica, através de órgãos públicos, denota o fenômeno da desconcentração, de modo que essas unidades administrativas não detêm personalidade jurídica, sendo

o órgão público um centro de atribuições da pessoa jurídica ao qual se subordina. Foi adotada, no Brasil, a teoria do órgão, da qual se extrai a noção de imputação volitiva, pela qual a atuação dos agentes públicos é imputada à respectiva pessoa jurídica (OLIVEIRA, 2017).

[2] Tais entidades administrativas são formadas a partir da descentralização legal (podendo também ser por serviços, funcional ou técnica, ou, ainda, em outra classificação, por outorga), pela qual há a transferência da atividade administrativa à uma pessoa jurídica criada pelo Estado para o desempenho dessas atividades administrativas (transferência da titularidade e da execução), realizada por meio de lei. Logo, as entidades da Administração Indireta detêm personalidade jurídica própria, com poder de autoadministração, apenas vinculadas ao ente da Administração Direta instituidor, o qual exerce controle finalístico, sem subordinação (OLIVEIRA, 2017).

[3] Art. 4º A Administração Federal compreende: I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista. d) fundações públicas. [\(Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987\)](#)

[4] 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: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

[5] Especificamente (apenas) quanto às fundações públicas de direito privado, a doutrina majoritária (OLIVEIRA, 2017, p. 77)

entende que cabe à lei complementar definir as suas áreas de atuação.

[6] Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.

[7] Exercem função política de caráter transitório, por meio de eleição ou nomeação (nos casos de Secretários e Ministros), sendo responsáveis pelas decisões políticas fundamentais de Estado (OLIVEIRA, 2017).

[8] Exercem, transitoriamente, a função pública e não ocupam cargos ou empregos públicos, como os jurados e mesários (OLIVEIRA, 2017).

[9] São classificados em putativos, que exercem a função pública em situação de normalidade, possuindo a aparência de servidores públicos, mas, em virtude de alguma irregularidade, não o são, como os servidores públicos contratados sem concurso público; e os necessários, que exercem a função pública em caráter emergencial (OLIVEIRA, 2017).

[10] “Em nosso entendimento, porém, o regime único está a indicar que as autarquias devem adotar o mesmo regime estabelecido para os servidores da Administração Direta, isto é, ou todos os servidores serão estatutários ou todos serão trabalhistas.” (CARVALHO FILHO, 2016, p. 626). Em sentido contrário, e de forma majoritária, entendendo que o regime jurídico único deve ser o estatutário, Oliveira (2017, p. 685) explica que “as normas constitucionais, que tratam dos servidores públicos, consagram características diferenciadas em relação ao regime celetista (arts. 39 e 41 da CRFB). A ideia de que o regime ‘normal’ dos servidores públicos não é o regime celetista é confirmada pelo art. 39, § 3º, da CRFB, que determina a aplicação de determinados direitos dos

celetistas aos servidores públicos.”. Não obstante o posicionamento adotado neste artigo, julgados recentes do Supremo Tribunal Federal (v. ARE 927.072 AgR/DF) apontam para a adoção pelo Pretório Excelso da obrigatoriedade do regime jurídico estatutário, após a Constituição Federal de 1988.

[11] “Sob a égide do novo art. 39 da CF, e uma vez extinto o regime jurídico único, desapareceu a vinculação entre os regimes jurídicos da Administração Direta e das autarquias, o que possibilitou que estas pudessem ter seu pessoal regido pelo regime estatutário ou trabalhista, em conformidade com o que estabelecesse a lei instituidora.” (CARVALHO FILHO, 2016, p. 626).

[12] Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[13] “Já no caso de fundações públicas de direito privado, o pessoal, em nosso entender, deve sujeitar-se normalmente ao regime trabalhista comum, traçado na CLT. Sendo de natureza privada tais entidades, não teria sentido que seus servidores fossem estatutários. Na verdade, haveria mesmo incompatibilidade, haja vista que o regime estatutário, com seu sistema de cargos e carreiras, é adequado para pessoas de direito público, como é o caso das autarquias e das fundações autárquicas, sem contar, como é óbvio, as pessoas políticas da federação.” (CARVALHO FILHO, 2016, p. 670-71).

[14] Depreende-se do art. 48, X, da Constituição Federal, que a criação de cargos, empregos e funções públicas depende de aprovação de lei em sentido formal.

[15] Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

[16] V. Rcl 24.844 AgR/ES.

[17] A redação original do dispositivo já previa a obrigatoriedade da prévia aprovação em concurso público.

[18] CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

[19] ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000)

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

[20] Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[21] Estágio probatório é o período de 3 anos de efetivo exercício em que o servidor público será submetido à avaliação especial de desempenho, para que a Administração Pública conclua pela sua aptidão (ou não) para o exercício do cargo.

[22] Art. 41, § 4º, da Constituição Federal.

[23] As três primeiras hipóteses estão disciplinadas no art. 41, § 1º, I a III, enquanto a quarta é tratada pelo art. 169,

[24] A tese majoritária de que os empregados públicos não detêm estabilidade se fundamenta nos seguintes argumentos, conforme enunciado por Neiva (2015, p. 76): “(1) o instituto da estabilidade consiste em exceção, não comportando interpretação extensiva, somente sendo admissível nas hipóteses expressamente previstas, o que não é o caso dos empregados públicos; (2) o art. 41, caput da Constituição Federal apenas pode ser aplicado ao servidor estatutário, vez que vincula tal direito tão somente ao ocupante de cargo público, não fazendo menção ao emprego público; (3) os empregados públicos já contam com o sistema do FGTS, enquanto mecanismo de proteção contra a dispensa arbitrária, sendo, portanto, incabível a estes servidores a estabilidade do art. 41 da Constituição.”

[25] Art. 7º, I, da Constituição Federal.

[26] 247. SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE (alterada – Res. nº 143/2007) - DJ 13.11.2007
I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;
II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.

A JUDICIALIZAÇÃO DO CONCURSO PÚBLICO

LORENA ARAÚJO DE OLIVEIRA: Procuradora Federal (AGU), Especialista em Advocacia Pública e Direito Público.

Resumo: Este trabalho tem como objetivo a análise da judicialização do concurso público como fenômeno que atualmente provoca, cada vez mais, o poder judiciário. Provocação esta no sentido de se pronunciar, cumprindo a atividade fim desse Poder, e concomitantemente indo além, no aspecto de fixar regras para o certame, diante da ausência da atividade legiferante. A pesquisa traz também uma definição do que é o termo “concurso público”, assim como sua contextualização. O estudo ainda identifica a evolução do instituto na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça bem como no Supremo Tribunal Federal.

Abstract: The objective of this work is the analysis of the judicialization of the public tender as a phenomenon that currently provokes, increasingly, the judiciary. Provocation is in the sense of pronouncing, fulfilling the activity end of this Power, and concomitantly going beyond, in the aspect of setting rules for the contest, before the absence of legislative activity. The research also provides a definition of what is the term "public tender", as well as its contextualization. The study also identifies the evolution of the institute in the jurisprudence of the Superior Court of Justice as well as in the Federal Supreme Court.

Palavras-chave: Concurso Público. Judicialização. Proporcionalidade e Razoabilidade.

Sumário: Introdução. 1. Contexto histórico do fenômeno da judicialização 2. Instituto do concurso público 3. Aprovação em concurso público e o direito à nomeação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Com a democratização do acesso ao Poder Judiciário, inaugurado pela Constituição Federal de 1988, na denominada fase do Estado Democrático de Direito, temos o “Estado transformador”, isto é, um Estado que a um só tempo tem momentos de atuação direta e momentos de abstenção. E é nesse contexto que vivemos no mundo hodierno. A realidade da “hipertrofia” do Poder Judiciário, difundida como “ativismo judicial”, vem sendo fortalecida através do controle das políticas públicas pelo Judiciário.

Importante observamos que nosso poder é uno, segundo a Carta da República de 1988 em seu art. 1º, parágrafo único, sendo o legitimado, titular desse poder, o povo. Mas para que haja a funcionalidade desse poder, em decorrência do Estado Democrático de Direito, necessário se faz revelar as funções desse poder. E assim então, temos as funções legislativa, executiva e judiciária, preceituadas como Poderes segundo o art. 2º da Carta da República.

Vale observar que a cada fase de evolução do Estado, uma “função” se revela mais que a outra. Há um dado momento histórico que essas funções se sobressaem de forma mais evidente. Insta salientar que, essa relevância, ou a forma de sobressair de cada uma dessas funções é um tanto quanto “perigosa”. Afinal, há o risco de incorrer em omissões constitucionais dessas funções, e conseqüentemente gerar o efeito da desvalorização funcional da Constituição.

Isto é, com base na hodierna fase, fase de “hipertrofia” do Poder Judiciário, deve haver certo cuidado nessas “atuações cruzadas”. Isto porque o Poder Legislativo “não exerce com afinco”, na maioria das vezes, sua precípua função legiferante em razão do excesso de medidas provisórias que o Poder Executivo encaminha, e assim fica sobrecarregada a pauta, e os outros projetos de lei de sua atribuição permanecem inertes.

Por outro lado, o Poder Judiciário provocado por ações de arguição de descumprimento de preceito fundamental, mandados de injunção, diante das omissões legislativas, concede efeito concreto as suas decisões, atuando como “legislador positivo”. Com isso, tem-se o “efeito cascata”, gerando conseqüências político-funcionais, e principalmente orçamentárias para o Poder Público, como passaremos a analisar no presente caso o instituto do concurso público.

1 CONTEXTO HISTÓRICO DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO

Adotando como ponto de partida o Constitucionalismo Clássico, em que se iniciou a ideia de submissão à lei, “Rule of Law”, surgiu o “Estado de Direito”, ou seja, nascia a substituição do governo dos homens pelo governo das leis. Tem-se que a partir da Revolução Francesa, no ano de 1787, aos poucos, o Estado de Direito se institucionalizava.

Assim infere-se que o Estado de Direito passa a ser definidor de leis e ao mesmo tempo deve aplicar e respeitar, através dessas normas jurídicas, os limites de sua atividade. No decorrer do contínuo processo histórico, alguns filósofos notaram a necessidade de desconcentrar de uma só autoridade essas atividades estatais, quais sejam, a elaboração, aplicação e garantia dos limites da sua atividade.

Dentre esses filósofos cita-se Montesquieu que “inaugura” a ideia de separação dos poderes, sendo na verdade a divisão de funções do Estado, pertencentes a autoridades distintas e independentes entre si.

Vale frisar, que a separação de poderes não pode ser alterada pelo legislador, através de lei, pois, do contrário, bastar-lhe-ia exercer sua atividade (legislar) para anular o poder do administrador e do juiz. Nessa esteira, os indivíduos não teriam direitos oponíveis ao próprio Estado se este pudesse suprimi-los

através de lei. Em suma, deve haver uma norma superior à lei, e, por via de consequência, superior ao Estado que a produz, definindo a estrutura do Estado e garantindo direitos individuais. A essa norma chamamos Constituição.^[1]

Dentro desse contexto tem-se um Estado chamado de “Estado mínimo”, ou seja, um Estado que se limita a ordem e segurança públicas. Destacando as principais conquistas desse momento, a supremacia da Constituição; a separação dos poderes; a superioridade da lei e a os direitos de primeira geração, denominado por Georg Jellineck, como direitos de defesa.

Superada essa fase de Estado de Direito, que aos poucos se revelou insuficiente para atender aos anseios da sociedade, o Estado passa a incorporar instrumentos democráticos, transformando-se em um prestador de serviços, visando a redução das desigualdades sócias, econômicas e culturais. Momento esse que ocorre a “hipertrofia” do Poder Executivo, no século XX, pois o Estado além de garantidor passa a ser também prestador.

E por fim, chega-se ao Estado Democrático de Direito, criado e regulado pela Constituição Federal de 1988. Estado em que os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes; os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los ao próprio Estado.^[2]

Importante salientar que, nesse momento, já no século XXI configura-se a ideia de hipertrofia do Poder Judiciário, ou seja, o Estado além de garantidor, prestador, passa a ser transformador, denota-se daqui o crescente ativismo judicial. “Transfere-se” para o Poder Judiciário a concretização de determinados direitos quando os outros Poderes da República se mostram inertes, claro

que, observando ao princípio da separação dos Poderes, afinal há independência entre eles, mas deve prevalecer a harmonia sob pena de inconstitucionais excessos.

E é nesse contexto que surge a crescente demanda no Poder Judiciário, principalmente no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, com relação ao instituto do concurso público. Em razão da ausência de norma jurídica regulamentando o concurso público, os “concurseiros” se vêem a mercê dos órgãos e instituições realizadoras das provas, restando como alternativa levar os respectivos editais e lei da carreira ao Poder Judiciário quando inobservados determinados parâmetros.

Com a Carta da República de 1988, um capítulo foi destinado a Administração Pública, dispondo sobre a forma de acesso aos cargos públicos, formas de provimento, bem como o modo de racionalização da máquina administrativa, sendo este uma concretização do princípio da eficiência, instituído expressamente no texto constitucional com a Reforma administrativa em 1998.

A Carta da República, em seu art. 37 dispõe que:

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: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma

prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Ainda na Carta da República temos o art. 5º, inciso XXV, que assim dispõe:

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:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Conclui então, que a omissão do Poder Legislativo em concretizar a Constituição Federal, ocasiona a hipertrofia do Poder Judiciário que não apenas dirimem os conflitos dos “prováveis servidores públicos” com a Administração Pública, mas “trilha” o modo de agir da Administração quando o assunto é o concurso público.

2 INSTITUTO DO CONCURSO PÚBLICO

Pode-se definir o instituto do concurso público sendo um processo administrativo por meio do qual a Administração Pública, em consonância com os princípios da isonomia, moralidade e eficiência, seleciona candidatos aos cargos e empregos públicos, observando em sua realização a natureza e a complexidade do cargo ou emprego.

Desse modo, hoje, no Brasil, os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros, natos ou naturalizados, os

portugueses equiparados que preenchem os requisitos estabelecidos em lei, e aos estrangeiros, conforme autorização legal. Importante mencionar que no art. 12, § 3º, da Constituição Federal há uma lista de cargos que só podem ser preenchidos por brasileiros natos por motivos de segurança nacional.

Nessa linha de pensamento, ensina a ilustre ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia Antunes Rocha, que, *in verbis*:

“A acessibilidade dos cidadãos aos cargos públicos implica na abertura de caminhos sociais que conduzem ao Estado, numa mão dupla pela qual trafega o poder democrático, daí ser o princípio da acessibilidade uma manifestação do princípio da democracia, porque o seu acolhimento no sistema demonstra aquela opção, tornando-a eficaz quanto às competências públicas[3].

O concurso público representa uma conquista do Estado Democrático de Direito, uma vez que democratizou o acesso aos cargos públicos, a todos os brasileiros que preenchidos os requisitos prévios são aprovados em razão de seu mérito. Rompendo com a “arcaica República de favoritismos”, perseguições pessoais, bem como o nepotismo[4]. E ainda densifica os princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Vale embasar o raciocínio acima conforme preceitua Ingo Wolfgang Sarlet[5], que sustenta que o concurso público é um direito fundamental. O concurso público representa a materialização da igualdade, a densificação do princípio da impessoalidade, que conseqüentemente às vezes será relativizado, admitida as devidas ponderações.

No Brasil, hoje é vedada a prova somente de títulos por prejudicar a disputa igualitária. Dessa forma a prova de titulação não pode ser o único parâmetro de seleção de candidatos a cargo ou emprego público, deve servir apenas como mecanismo de classificação dos candidatos no concurso.

Apesar da previsão constitucional do concurso público para a admissão de pessoal, há ainda mecanismo que visam burlar esse instituto, ou seja, contratações de pessoal que não pauta na legalidade, e principalmente impessoalidade e moralidade. Por esse motivo, além de outros posteriormente mencionados, é que a jurisprudência vem realizando essencial papel de aplicação dessa exigência, como segue os entendimentos abaixo:

I. Súmula n.º 685 do STF – É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem previa aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente não investido.

I. Impossibilidade de transformação de cargos ou a transferência de servidores celetistas não submetidos a concurso público para servidores estatutários, o que pressupõe a ocupação de cargos efetivos[6].

II. A proibição para a criação de novas carreiras com inúmeros cargos para serem preenchidos com antigos servidores de carreiras diversas, independentemente de serem eles celetistas ou estatutários. Nova carreira exige novo concurso público;

III. Ser vedado o aproveitamento de servidores de um ente político em cargos ou empregos de outros entes públicos. A exigência de concurso público se refere à investidura em cargo ou emprego público de carreira de cada pessoa jurídica de direito público, não autorizando o

provimento inicial de cargo ou emprego de entidade política diversa (ADI n.º 402, STF)

IV. Proibido o aproveitamento de servidores de cargos extintos em outros cargos e que não haja plena identidade substancial entre eles, compatibilidade funcional e remuneratória e equivalência dos requisitos exigidos em concurso (EResp 361107/PR)

3 APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO E O DIREITO A NOMEAÇÃO

Seguindo o conceito de concurso público como um processo administrativo, denota-se a presença de princípios ao seu redor, e principalmente quando caracterizada situações demandantes surge para os participantes o direito ao contraditório. Nessa esteira fez com que o Supremo Tribunal Federal se manifestasse sobre a abertura de concursos com números de vagas previstas em edital, e eventual ausência de nomeações dos aprovados dentro no respectivo número de vagas.

Sabe-se que a publicação do edital pela Administração Pública representa a exteriorização de sua real necessidade em prover cargos, ou seja, o interesse daquela em preencher vagas em seu quadro para cumprir com o dever de prestação do serviço público. E nesse sentido é que, espera da Administração a mínima observância da boa-fé tanto no aspecto objetivo, comportamento, quanto no aspecto subjetivo, conhecimento, que ao publicar um edital com número de vagas, cumpra com seu ato, pois envolve o participante do certame que deposita sua boa-fé na Administração.

Durante muitos anos o Supremo Tribunal Federal entendia que o candidato aprovado em concurso público era detentor de mera expectativa de direito á nomeação. Tendo inclusive editado súmula nesse sentido. E assim, o participante se via a mercê da Administração, e principalmente pelo fato do Poder Judiciário não

“coagir” a Administração agir de forma proba, sem contradições, e cumprir com o edital publicado.

Fato esse que ocasionou o desvirtuamento do instituto do concurso público, pois tornou uma verdadeira praxe abrir concursos públicos, diga-se de passagem muitas vezes com valores de inscrições exorbitantes, para que ao final do certame não procedesse às respectivas nomeações. Tudo isso motivado pelo entendimento de que esse fato inseria-se no poder discricionário da Administração, ou seja, conforme a conveniência e oportunidade realizavam-se as nomeações, sendo estas mera liberalidade, inexistindo vinculação da Administração.

Mas a jurisprudência avançou, rompendo com esse antigo entendimento de discricionariedade da Administração, e o Supremo Tribunal Federal reconheceu a força normativa do concurso público, que vincula diretamente a Administração. Formou um importante precedente na ocasião do julgamento do recurso extraordinário, RE 598.099, em 10.08.2011. Ocasião esta, decidiu o direito á nomeação daquele aprovado em concurso público dentro do número de vagas, no prazo de validade do certame, pautado nos princípios da boa-fé, segurança jurídica e proteção à confiança.

Salientou o STF que essa é a regra, mas pode vir a excepcioná-la nos casos de fatos supervenientes, imprevisibilidade que ocasione difícil cumprimento das metas orçamentárias, desde que motivados pela Administração. Lembrando que esses fatos não poderão ser livremente arguidos pela administração, já que esta tem o primordial dever de planejamento.

CONCLUSÃO

É notória a necessidade de atuação do poder legislativo, cumprindo sua atividade fim, qual seja, legislar sobre a matéria, para que haja uma pacificação e segurança jurídica na aplicação do instituto do concurso público. Necessidade esta, demonstrada

ao longo do trabalho que merece ser concretizada haja vista ser a principal forma de contratação de pessoal pela Administração Pública.

Conclui-se então, que a omissão do Poder Legislativo em concretizar a Constituição Federal, ocasiona a hipertrofia do Poder Judiciário que não apenas dirimem os conflitos dos “prováveis servidores públicos” com a Administração Pública, mas “trilha” o modo de agir da Administração quando o assunto é o concurso público.

Logo, o presente trabalho teve o intuito de demonstrar a necessidade de atuação dos poderes executivo e legislativo para concretizar, em forma de lei, o procedimento de realização do concurso público bem como seu desdobramento. E assim, cumprir o mandamento da administração pública gerencial, a eficiência, que gera maior credibilidade e respeito em torno do instituto do concurso público.

Tudo isso por ser um instituto que funciona e que é merecedor de respeito, pois estimula a competitividade, a seleção de um corpo técnico cada vez mais profissionalizado. Basta que haja, um efetivo cumprimento das funções do Poder estatal, e não apenas o controle por um único Poder.

REFERÊNCIAS

SUDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. São Paulo: Ed. Malheiros, 4^a. Ed., 3^a tiragem, 2002, p.53-54.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais dos servidores públicos. Saraiva: São Paulo, 1999, p.144.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 20^a.ed. Malheiros, 2007.

SARLET. Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7^a ed, Livraria do Advogado: Porto Alegre, cap. 4.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21ª. ed. Lumen Juris, 2009.

Referência de internet

BRASIL, Constituição da República Federativa (5 de outubro de 1988). Presidência da República. Acesso em 10 de fevereiro de 2013, disponível em Presidência da república: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>

FEDERAL, Supremo Tribunal (04 de maio de 2004). Pesquisa de jurisprudência no STF. Acesso em 12 de fevereiro de 2013, disponível em Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>

O SEGURADO ESPECIAL E O DESCUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO DA CONTRIBUTIVIDADE: O CARÁTER ASSISTENCIAL

LUIZ FELIPE IAGHI SABOIA: BACHARELANDO DO CURSO DE DIREITO DA FACULDADE CATÓLICA DO TOCANTINS.

Fábio Barbosa Chaves^[1]

RESUMO: Para ser concedido algum benefício para o segurado especial é necessária a comprovação de que tem a atividade rural como meio de subsistência. Diferente dos segurados urbanos, que desde os primeiros dias laborais, iniciam a contribuição para a Previdência Social, os segurados especiais não necessitam de contribuição com o objetivo de obter, por exemplo, uma aposentadoria. Diferença essa que traz o descumprimento do Princípio da Contributividade por parte do segurado especial, já que não ocorre o caráter contributivo elencado no art. 201 da Constituição Federal. Por isso se faz necessária à ajuda dos trabalhadores urbanos, baseando-se no Princípio da Solidariedade. Como essa prestação se distingue das demais prestações pecuniárias advindas pelos demais segurados, caracteriza em termos práticos, que a concessão de benefícios aos segurados especiais reflete uma prestação de natureza assistencial.

PALAVRAS-CHAVE: Segurado Especial. Natureza Previdenciária. Princípios. Caráter Assistencial. Benefícios.

ABSTRACT: In order to be granted some benefit to the special insured it is necessary to prove that rural activity is a means of subsistence. Unlike the urban insurers who, since the first working days, started to contribute to Social Security, special insurers do not need to contribute in order to obtain, for example, a pension. This difference causes the non-compliance of the Principle of Contribution by the

special insured, since the contributory character listed in art. 201 of the Federal Constitution. That is why it is necessary to help urban workers, based on the Principle of Solidarity. Since this benefit differs from the other cash benefits provided by other insured persons, it is a practical feature that the granting of benefits to special policyholders reflects a provision of assistance.

Keywords: Special Insured. Nature of Social Security. Principles. Assisting character. Benefits.

INTRODUÇÃO

O sistema previdenciário brasileiro, sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988, regulado, sobretudo, pelas leis 8.212 e 8.213, ambas do ano de 1991, encontra-se sob forte questionamento no que tange à sua sustentabilidade financeira, considerando a alteração de aspectos sociais, econômicos e culturais, relacionados à expectativa de vida, nível empregatício e a redefinição conceitual da idade de trabalho.

Inserido neste sistema, encontra-se a política de inclusão e proteção da população rural, decorrente do processo de urbanização da população brasileira, e o consequente isolamento da parcela daqueles que optaram por continuar exercendo o seu labor e convivência social no campo.

No inciso II, do parágrafo único do art. 194 da Carta Magna, foi instituído o princípio prevendo a igualdade na concessão dos benefícios previdenciários concedidos para às populações urbanas e rurais. Também na Carta Magna, tem-se o princípio da isonomia previsto no art. 5º, caput, através do qual garantiu-se a proteção previdenciária do trabalhador rural.

Outro princípio que se mostra relevante, quanto ao sistema de proteção da previdência social aplicado ao trabalhador rural, refere-se à contributividade, representado no artigo 201 da CRFB/88, que reforça o caráter oneroso da previdência, condicionando a aquisição e manutenção da condição de segurado ao pagamento contínuo da contribuição previdenciária.

Pois bem, diante da realidade sócio-cultural da população rural brasileira no momento imediatamente antecedente à promulgação do texto constitucional de 1988, e da total informalidade que se encontrava inserida, em nome do impositivo tratamento isonômico e do risco de exclusão de grande parcela da população do país, o legislador optou por admitir a inserção dos trabalhadores rurais no sistema previdenciário brasileiro, independente da prévia contribuição, substituindo esta condição à comprovação do tempo de trabalho rural, o classificando como segurado especial.

Ocorre que a sistemática estabelecida no momento da inserção deste tipo de trabalhador junto ao sistema previdenciário ainda prevalece até os dias de hoje, admitindo a concessão e benefícios previdenciários àqueles que nunca contribuíram para o sistema, ou o fizeram de forma insuficiente. Por esta razão, não pode-se afirmar que exista uma forma de custeio específico que supra totalmente os benefícios percebidos pelos rurícolas. Em nome de outro princípio constitucional aplicado ao sistema previdenciário brasileiro, o da Solidariedade, pode-se concluir que grande parte dos recursos despendidos para o custeio dos benefícios pagos aos segurados especiais advém dos pagamentos efetivados pelos trabalhadores urbanos.

Por tudo isso, torna-se necessário confrontar a natureza jurídica dos benefícios previdenciários, sobretudo as aposentadorias, destinadas aos segurados

especiais que não contribuíram suficientemente para o Regime Geral de Previdência Social. Através deste trabalho, a inclusão desta modalidade segurado será analisada sob o prisma dos princípios já mencionados.

A partir da fundamentação teórica que será apresentada, sustentada nos dados estatísticos igualmente retratados, a ideia de que os benefícios direcionados aos segurados especiais sem a prévia contribuição possuem natureza jurídica assistencial será advogada como sendo aquela que melhor se enquadra quanto aos aspectos legislativo e orçamentário.

Por esta razão, torna-se relevante abordar a Proposta de Emenda Constitucional nº 287 (PEC 287), enviada pelo governo federal ao Congresso Nacional no início de dezembro de 2016, como hipótese de racionalização dos gastos previdenciários, adequando o sistema à realidade orçamentária, levando-se em consideração o que de fato se dispense de recursos públicos no tocante ao pagamento dos benefícios que, de fato, possuem natureza previdenciária e não assistencial.

1 NOÇÕES GERAIS SOBRE SEGURIDADE SOCIAL

A Seguridade Social foi estabelecida na Constituição Federal de 1988, tendo como objetivo a ser alcançado pelo Estado brasileiro, atuando nas áreas da saúde, assistência social e previdência social.

A seguridade social pode ser conceituada como a rede protética formada pelo estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações positivas no sustento à manutenção de um padrão mínimo de vida digna. (IBRAHIM, 2011, p.05)

Um dos direitos assegurados pela Seguridade Social é a Assistência, que ganhará um tópico específico, Martinez apresenta um breve conceito sobre a Assistência Social, dizendo que a mesma pode ser conceituada como o conjunto de atividades particulares e estatais com o objetivo de alcançar os mais carentes, consistindo os bens oferecidos em prestações mínimas em dinheiro, serviços de saúde, fornecimento de alimentos e outras que possibilitem o mínimo de subsistência aos considerados hipossuficientes. (MARTINEZ, 2013, p. 182).

Já em relação a saúde, Wladimir Novaes Martinez, consideram-se ações de saúde, no sentido de instituição securitária, um conjunto de normas e medidas governamentais, ações públicas e privadas, direcionadas para a prevenção de doenças. (2013, p. 188). A Saúde é lembrada no artigo 196 da Constituição Federal do Brasil, onde diz que é direito de todos e dever do Estado, ou seja, independentemente de contribuição qualquer pessoa tem direito de obter atendimento na rede pública de saúde. Na visão de IBRAHIM:

A saúde é segmento autônomo da seguridade social, com organização distinta. Tem o escopo mais amplo de todos os ramos protetivos, já que não possui restrição à sua clientela protegida - qualquer pessoa tem direito ao atendimento providenciado pelo Estado - e, ainda, não necessita de comprovação de contribuição do beneficiário direto (IBRAHIM, 2011, p.7).

Vislumbra-se como terceiro direito assegurado pela Seguridade Social, tem-se a Previdência Social, tradicionalmente definida como seguro sui generis, pois é de filiação obrigatória para os regimes básicos (RGPS e RPPS), além de coletivo, contributivo e de organização estatal, amparando seus beneficiários contra os chamados riscos sociais, sendo assim, de suma importância.

Além disso, IBRAHIM afirma que a previdência social é a técnica protetiva mais evoluída no Brasil, veja:

Todavia, a previdência social é técnica protetiva mais evoluída que os antigos seguros sociais, devido à maior abrangência de proteção e à flexibilização da correspectividade individual entre contribuição e benefício. A solidariedade é mais forte nos sistemas atuais. A seguridade social, como última etapa ainda a ser plenamente alcançada, abrangendo a previdência social, busca a proteção máxima, a ser implementada de acordo com as possibilidades orçamentárias. (IBRAHIM, 2011, p.27).

Assim, a previdência também poderá ser conceituada como um seguro público compulsório, coletivo, mediante contribuição e que visa cobrir os riscos sociais imprevisíveis, e os previsíveis, como a idade avançada, tempo de contribuição, encargos da família, morte.

Alude o artigo 201 da Constituição Federal de 1988, que a Previdência Social será organizada sob forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei: a cobertura de eventos com doença, invalidez, morte e idade avançada; proteção à maternidade, especialmente à gestante; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes; salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda.

Existe a obrigatoriedade de filiação e o caráter contributivo do regime da Previdência Social, excluindo desta maneira, os segurados especiais que de maneira

geral, não se encaixam neste seguimento, pois, em sua grande maioria, não são filiados e não contribuem com esse regime, estando encaixados simplesmente na assistência social, ou em um regime de economia familiar, o qual será abordado nos próximos tópicos.

2 A ASSISTÊNCIA SOCIAL

A Assistência Social vem elencada no art. 203 da Constituição Federal, onde afirma que será prestada a quem dela necessitar, ou seja, para aquelas pessoas que não possuem condições de manutenção própria. Igualmente a saúde, a Assistência Social independe de contribuição direta do beneficiário, onde o requisito para o auxílio assistencial é a necessidade do assistido.

Assistência Social se opõe à Previdência porque nela não há participação do beneficiário no custeio, assim, não ocorrendo o Princípio da Contributividade. Na Assistência Social o beneficiário recebe o serviço sem nenhuma contribuição de sua parte para a acumulação dos recursos, com parte dos quais é favorecido. Abordando mais entre a distinção da proteção previdenciária e a proteção assistencial pelo aspecto da contributividade:

O seguro social é um seguro obrigatório. O indivíduo sujeito ao risco, ou alguém por ele, é forçado a contribuir para um fundo no seio do qual se opera uma comunhão de riscos. A entidade que gere esse fundo e que terá obrigação de efectivar a prestação quando se verifique o evento típico encontra-se, mesmo antes disso, em relação jurídica com o segurado perante o qual, aliás, ou perante terceiro por causa dele, também tem direitos. No caso da prestação não contributiva, a relação jurídica só surge quando da verificação do evento e trata-se de uma relação jurídica simples, que se analisa num só direito subjectivo e no

correspondente dever, respectivamente atribuídos ao assistido e à instituição assistencial. O beneficiário é investido a título gratuito num direito, pois que a este não corresponde qualquer obrigação de uma contraprestação patrimonial. Não há aqui qualquer mecanismo de seguro. Se quiséssemos procurar algum paralelismo entre esta relação de direito público e uma relação de direito privado, esta última seria a obrigação de alimentar e não a que resulta de um contrato de seguro. (CORREIA, 1968, p. 13-14).

Para Sérgio Pinto Martins (2005, p. 498) a Assistência Social:

É um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer uma política social aos hipossuficientes, por meio de atividades particulares e estatais, visando à concessão de pequenos benefícios e serviços, independentemente de contribuição por parte do próprio interessado.

No caso da Assistência Social, a pessoa que é dotada de recursos para a sua manutenção, logicamente, não será destinatário das ações estatais da área assistencial, onde não é possível o fornecimento de benefício assistencial pecuniário a esta pessoa.

O Benefício de Prestação Continuada é um dos benefícios da Assistência Social, ele é abordado na Lei 8.742/93 - LOAS. Segundo o artigo 20 da Lei nº 8.742/93, o benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

Atualmente, nos termos da Lei no 12.435/11, se entende que compõe a família, além do 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.

Entende-se que pessoa com deficiência é aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas. A lei define como impedimentos de longo prazo aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de dois anos. O conceito de deficiência da lei não confunde-se com o de deficiência física. É evidentemente mais amplo; assim, o benefício não é devido somente aos portadores de deficiência física. Nesse sentido, o seguinte julgado:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ART. 20, § 2º DA LEI 8.742/93. PORTADOR DO VÍRUS HIV. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E PARA PROVER O PRÓPRIO SUSTENTO OU DE TÊ-LO PROVIDO PELA FAMÍLIA. LAUDO PERICIAL QUE ATESTA A CAPACIDADE PARA A VIDA INDEPENDENTE BASEADO APENAS NAS ATIVIDADES ROTINEIRAS DO SER HUMANO. IMPROPRIEDADE DO ÓBICE À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO DESPROVIDO.

I – A pessoa portadora do vírus HIV, que necessita de cuidados frequentes de médico e psicólogo e que se encontra incapacitada, tanto para o trabalho, quanto de prover o seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família – tem direito à percepção do benefício de prestação continuada previsto no art. 20 da Lei

8.742/93, ainda que haja laudo médico-pericial atestando a capacidade para a vida independente.

II – O laudo pericial que atesta a incapacidade para a vida laboral e a capacidade para a vida independente, pelo simples fato da pessoa não necessitar da ajuda de outros para se alimentar, fazer sua higiene ou se vestir, não pode obstar a percepção do benefício, pois, se esta fosse a conceituação de vida independente, o benefício de prestação continuada só seria devido aos portadores de deficiência tal que suprimisse a capacidade de locomoção do indivíduo – o que não parece ser o intuito do legislador.

III – Recurso desprovido. (STJ - REsp: 360202 AL 2001/0120088-6, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 04/06/2002, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 01.07.2002 p. 377 RADCOASP vol. 41 p. 27 RSTJ vol. 168 p. 508).

Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 do salário-mínimo.

A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de incapacidade, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do INSS. Na hipótese de não existirem serviços no município de residência do beneficiário, fica assegurado, na forma prevista em regulamento, o seu encaminhamento ao município mais próximo que contar com tal estrutura.

A renda familiar mensal deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, sujeitando-se aos demais procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido.

A legislação não especifica como se dá a divisão de valores entre a Previdência Social, Saúde e Assistência Social. Porém, de um modo geral, na seguridade social, não só o próprio titular do direito contribui – nas situações em que isso é possível –, mas toda a sociedade, imprimindo-lhe caráter indubitavelmente solidário.

A captação de recursos para a Assistência Social é feita através de repasse de parcelas dos orçamentos dos entes federativos, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, recolhidas do acordo com o artigo 195 da Constituição Federal de 1988, e que passam a integrar o Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS), antigo FUNAC.

O FNAS recebe recursos de várias fontes, sendo: as dotações orçamentárias da União; as doações, contribuições em dinheiro, valores, bens móveis e imóveis recebidos de entidades nacionais ou estrangeiras, bem como de pessoas físicas e jurídicas, nacionais ou estrangeiras; a contribuição social dos empregadores (COFINS), incidente sobre o faturamento e o lucro (CSLL); os recursos provenientes de concursos de prognósticos, sorteios e loterias, no âmbito do Governo Federal; as receitas de aplicações financeiras de recursos do FNAS realizadas na forma da lei; as receitas provenientes da alienação de bens móveis da União, no âmbito da assistência social; e as transferências de outros fundos.

Gerido pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, o Fundo Nacional de Assistência Social, foi criado pela Lei 8.742/93, e em seu artigo 27, tem como objetivo fornecer recursos e meios ao financiamento das prestações assistenciais, bem como apadrinhar programas e projetos ligados à Assistência Social, tais como o bolsa-família, o bolsa-escola, o fome-zero, o PETI (Programa

de Erradicação do Trabalho Infantil), entre outros programas do Estado em parceria com os entes federativos.

3 OS PRINCÍPIOS DA CONTRIBUTIVIDADE E DA SOLIDARIEDADE

Os princípios são à base de toda a legislação infraconstitucional e da própria interpretação constitucional, não obstante seria também os princípios da Seguridade Social a base da legislação que trata sobre a Assistência Social, a Previdência Social e a Saúde.

Alguns sistemas de proteção social têm no sentimento de solidariedade seu principal fundamento. Um exemplo são os benefícios voltados aos segurados especiais, que embora marcados pela contributividade da Previdência Social, ostentam fortes traços de solidariedade.

De acordo com o art. 201 da Constituição Federal de 1988, a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. (BRASIL, 1988)

Sabe-se que a contributividade é da essência da previdência social, e tal restou expressamente declarado nos arts. 40 e 201 da Constituição Federal. Afirmar que a previdência social é um sistema contributivo significa reconhecer a obrigatoriedade de recolhimento da contribuição por parte do segurado.

Cabe à legislação ordinária dos regimes previdenciários (no caso do Regime Geral da Previdência Social, a Lei n. 8.212/91; no caso dos regimes próprios de agentes públicos, a lei de cada ente da Federação) definir como será a participação dos segurados, fixando hipóteses de incidência, bem como, alíquotas de contribuição e bases de cálculo, obedecendo, em todo caso, às regras gerais

estabelecidas no sistema tributário nacional - previstas, atualmente, na Constituição e no Código Tributário Nacional.

Não existe regime previdenciário na ordem jurídica brasileira que admita o recebimento de benefícios sem a contribuição específica para o regime, “salvo quando a responsabilidade pelo recolhimento de tal contribuição tenha sido transmitida, por força da legislação, a outrem que não o próprio segurado”. (PARREIRA, 2010).

Para Wladimir Novaes Martinez (2012), solidariedade tem uma grande importância, vejamos:

Solidariedade quer dizer cooperação da maioria em favor da minoria, em certos casos, da totalidade em direção à individualidade. Dinâmica a sociedade, subsiste constante alteração dessas parcelas e, assim, num dado momento, todos contribuem e, noutro, muitos se beneficiam da participação da coletividade. Nessa ideia simples, cada um também se apropria de seu aporte. Financeiramente, o valor não utilizado por uns é canalizado para os outros. (MARTINEZ, Wladimir, 2012, p. 117).

A Solidariedade espalhou-se sobre todo o ordenamento jurídico protetor, justificando inúmeras regras jurídicas. Como exemplo temos o custeio dos benefícios dos trabalhadores rurais, que, na sua quase totalidade, depende da dos trabalhadores urbanos. Ou na assistência social, já que o fornecimento de serviços ou o pagamento de benefícios independem de contribuição prévia do assistido (art. 203, CF), mas arcados por toda a sociedade.

Tal princípio impõe uma obrigação social, qual seja todos contribuíram para a manutenção da seguridade social. Isso posto, toda a sociedade, é obrigada a contribuir independentemente de esta contribuição gerar ou não algum benefício.

A própria Constituição aborda a solidariedade quando diz constituir um dos objetivos de nossa República (art. 3º): “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (inciso I), “erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inciso III) e “promover o bem de todos...” (inciso IV). O art. 194 ressalta para a solidariedade do sistema quando prescreve que “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Para Kerlly Huback Bragança (2012), a lógica do seguro social não é a mesma do seguro privado, porquanto a obrigação de contribuir não implica necessariamente a contrapartida pessoal por conta do sistema protetivo. Na solidariedade substitui-se o provérbio “Cada um por si e Deus por todos” por “Um por todos e todos por um”.

4 SEGURADO ESPECIAL E O SEU CARÁTER ASSISTENCIAL

O segurado especial tem sua definição no próprio texto Constitucional, o qual diz que tal segurado tem tratamento diferenciado:

O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei (art. 195, § 8º, da CRFB/88).

Assim, o segurado especial é o pequeno produtor rural e o pescador artesanal. A Lei nº 11.718, de 20 de junho de 2008 trouxe algumas mudanças para

o segurado especial, a qual passou a admitir a contratação de mão de obra remunerada eventual pelo segurado especial, sem que este perca esta qualidade. A lei ainda vai mais longe, admitindo mesmo o exercício de outras atividades remuneradas, o que costuma ser fundamental para a sobrevivência destas famílias, especialmente em época de entressafra.

Percebe-se que muitas vezes por possuírem poucos meios de subsistência, a produção do trabalho é voltada tão somente para a subsistência familiar, fazendo com que os quais muitas vezes não possuam condições de efetuar suas contribuições mensalmente ao regime de previdência social, como ocorre com os segurados urbanos.

Ainda, cumpre pôr em relevo a previsão do artigo 9^a da Lei 11.718/08 que:

Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes.

Vislumbra-se que a “prova” é o que separa o trabalhador rural do estado de segurado especial do INSS, é a maneira que faz o rurícola ter direito aos benefícios da previdência social. Esta transposição só é possível caso o segurado consiga constatar através de prova documental e testemunhal que praticou a atividade agrícola em período, não necessariamente, imediatamente anterior ao pedido da concessão.

Nesse sentido, o INSS é o órgão responsável pela aprovação dos pedidos de benefícios do trabalhador rural. Em sua grande maioria, as cartas de indeferimento vêm negando o benefício por não reconhecer quem o requisitou como trabalhador

rural. Assim, o resultado é o ingresso na Justiça Federal, competente nas lides contra o INSS, pleiteando o benefício via judicial, ou seja, o Estado gasta duas vezes para deferir ou não um benefício, uma na esfera administrativa e outra na esfera judicial.

O benefício do segurado especial tem caráter assistencial, pois não tem filiação obrigatória e não tem caráter contributivo, que são características específicas dos filiados ao Regime Geral da Previdência Social. Já para o rurícola resta provar, que tem ou teve a condição de trabalhador rural para que seja enquadrado como segurado especial do artigo 201, § 7º, II da Constituição Federal de 1988, acrescido pela Emenda Constitucional nº 20 de 15 de dezembro de 1998.

Ao incluir o trabalhador rural no rol constitucional de segurado especial, o legislador fez uso do Princípio da Solidariedade, procurando dar dignidade a quem sofre com as dificuldades do “campo”. Assim, se configura o assistencialismo com a ausência de contribuição específica que cubra os gastos com os benefícios despendidos ao segurado especial, vindo este custo do montante arrecadado de outros setores, vindo a prejudicar tais setores.

5 GASTOS E CUSTEIO DA PREVIDÊNCIA RURAL

Inicialmente compreende-se que não existe uma forma de custeio específico que supra totalmente os benefícios percebidos pelos rurícolas. O impasse com o custeio da Previdência Rural acontece por incapacidade de autofinanciamento, pois com os futuros beneficiários não existe a obrigatoriedade da contributividade, como foi relatado.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) fez uma pesquisa, onde relatou que em 2013 havia 13,5 milhões de brasileiros com mais de 15 anos

de idade trabalhando no campo. Desses, 1,6 milhões tinham carteira assinada. Os outros não tinham carteira assinada ou trabalhavam por conta própria ou então eram empregadores.

Frisa-se que hoje a única contribuição específica ao benefício rural é a contribuição sobre a venda da produção primária, que se destina ao custeio dos benefícios previdenciários rurais, e é insignificante. O rurícola, classificado como segurado especial, é praticante da agricultura familiar e de subsistência, sendo, portanto, impraticável o excedente de produção, conseqüentemente a venda de produção primária. O que é produzido pelo rurícola supre somente a sua subsistência e de sua família, assim, dificilmente sobra uma renda para que ocorra uma suposta contribuição.

Entre os anos de 2009 e 2015, a arrecadação da previdência urbana foi maior do que as despesas com o pagamento das aposentadorias dos trabalhadores dessa categoria. Entretanto, o resultado do RGPS como um todo foi negativo porque, na previdência rural, a arrecadação sempre foi muito inferior às despesas.

De acordo com dados oficiais, em 2015 o valor arrecadado com a contribuição dos trabalhadores rurais representou 2% da receita total do INSS, enquanto os gastos com o pagamento das aposentadorias a essa categoria foram equivalentes a 22,5% do total.

Portanto, o déficit do INSS, está ligado principalmente à aposentadoria rural. Em 2015, o sistema rural registrou déficit de R\$ 91 bilhões, enquanto o urbano teve um superávit de R\$ 5 bilhões. Assim, o Estado faz uso do Princípio da Solidariedade, onde usando capital das contribuições dos trabalhadores urbanos,

paga os benefícios dos trabalhadores rurais já que ocorre uma incapacidade de autofinanciamento por parte dos rurícolas.

6 A PEC 287 E OS REFLEXOS PARA O SEGURADO ESPECIAL

Sabe-se que a Proposta de Emenda Constitucional nº 287 (PEC 287), enviada pelo governo ao Congresso Nacional no início de dezembro de 2016, altera diversas regras relacionadas aos benefícios da Previdência e da Assistência Social. As mudanças propostas para a Previdência incidem tanto sobre o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), que protege os trabalhadores da iniciativa privada e os servidores públicos que não contam com regimes próprios, quanto sobre os Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), voltados a atender as necessidades dos servidores públicos, federais, estaduais ou municipais.

Certamente um grande reflexo para o segurado especial na proposta da PEC é que terão que atingir a idade de 65 anos para se aposentar. Com isso, desaparece a aposentadoria com idade antecipada em cinco anos para os trabalhadores rurais e a distinção de sexo, também de cinco anos. Além disso, há o aumento de 15 para 25 anos no tempo de contribuição ou de atividade agrícola.

Acrescenta-se também que outra grande mudança para os segurados especiais, é a introdução da exigência de contribuição social, com uma alíquota favorecida a ser definida em lei, em substituição ao recolhimento que hoje incide sobre a comercialização da produção. Hoje, a contribuição de 2,1% sobre a produção comercializada e a comprovação da atividade agrícola por, no mínimo, 15 anos garantem ao produtor familiar e a família dele os benefícios previdenciários. A PEC, em substituição a esse sistema, exige contribuição em caráter individual, a ser feita pelo trabalhador e cada um dos membros da família.

Desta forma a aposentadoria poderá ficar mais distante para os trabalhadores rurais, tanto os segurados especiais quanto os assalariados. O pagamento monetário poderá ser inviável para agricultores de menor renda, pois a atividade que eles exercem tende a estar bastante sujeita a interrupções por fatores sazonais, meteorológicos e de mercado. Por outro lado, existe a necessidade de racionalização dos gastos previdenciários, adequando o sistema à realidade orçamentária. Além disso, a contribuição deverá ser individual, o que pode dificultar a filiação à Previdência de mais de um membro da família e impedir a busca do direito ao benefício na justiça.

Contudo, nem todos os segurados estarão imediatamente enquadrados nessas novas regras trazidas pela PEC 287, caso seja aprovada, em razão da chamada regra de transição. Essa regra de transição tem uma finalidade básica, atenuar os efeitos da reforma para aqueles que já estão inseridos no sistema previdenciário com as regras atuais, vigente nesse momento e, portanto, possuem uma expectativa de direito que não pode ser violado, o chamado de direito adquirido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta vereda, foi mostrado que os benefícios disponíveis aos segurados especiais não exigem do segurado a contribuição do período de carência, mas tão somente a prova do labor em regime de economia familiar. Assim, indo contra ao princípio da contributividade, representado no artigo 201 da CRFB/88, que reforça o caráter oneroso da previdência.

Por isso, é aceitável a teoria apresentada de que os benefícios voltados para os segurados especiais possuem natureza jurídica assistencial, representando a que melhor se enquadra aos aspectos legislativos e orçamentários.

Desse modo, como a seguridade social é formada por um tripé composto pela assistência social, saúde e Previdência Social garantindo a ordem social, e levando em conta o princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, os benefícios dos rurícolas não deixam de ser benefícios previdenciários, considerando suas disposições na lei da previdência, mas avaliando seus requisitos percebe-se a natureza jurídica assistencial

É de suma importância o uso do princípio da solidariedade por parte do governo em relação aos benefícios dos rurícolas, pois não existe uma forma de custeio específica e que supra totalmente os gastos, onde a arrecadação sempre foi muito inferior às despesas, carecendo da ajuda dos trabalhadores urbanos.

Por fim, abordou-se a importância da adequação do sistema previdenciário à realidade orçamentária, onde se torna relevante a Proposta de Emenda Constitucional nº 287 (PEC 287), enviada pelo governo federal ao Congresso Nacional no início de dezembro de 2016, como hipótese de racionalização dos gastos previdenciários.

REFERÊNCIAS

VIANNA, João Ernesto Aragonês. **Curso de direito previdenciário**. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BRAGANÇA, Kerlly Huback. **Manual de direito previdenciário**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. **Direito previdenciário I**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

HONÓRIO, Zenaide. **PEC 287: A minimização da Previdência Pública**.

Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec168Pec.pdf>>

Acesso em: 25 de abril. 2017.

DIAS, Eduardo Rocha; MACEDO, José Leandro Monteiro. **Curso de direito previdenciário**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forens; São Paulo : MÉTODO, 2012.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em 07 de abril de 2017.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16ª ed. Niterói/RJ: Impetus, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 5ª ed. São Paulo: LTR, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 21ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BRASIL. **Lei nº 11.718, de 20 de junho de 2008**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11718.htm>. Acesso em 07 de maio de 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>. Acesso em 27 de março de 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.435, de 06 de julho de 2011**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12435.htm>. Acesso em 10 abril de 2017.

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589438>

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **PEC 287: reforma ou implosão da Previdência Social?**

Disponível em: < <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/03/09/pec-287-reforma-ou-implosao-da-previdencia-social/>>. Acesso em 10 de abril de 2017.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KOVALCZUK, José Enéas. **Manual dos Direitos Previdenciários dos Trabalhadores Rurais: teoria e prática**. São Paulo: LTR, 2012.

HORVATH, Miguel Júnior. **Direito previdenciário**. Barueri, SP: Manole, 2011.

AMORIM, Heleneide Pinheiro. **Direito Previdenciário: princípios da solidariedade, proporcionalidade e razoabilidade**. Disponível em:

<<https://heleneideamorim.jusbrasil.com.br/artigos/112109011/direito-previdenciario-principios-da-solidariedade-proporcionalidade-e-razoabilidade>>

Acesso em 10 de abril de 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em 07 de abril de 2017.

NOTA:

[1] Professor do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins; Doutor em Direito pela PUC Minas, Mestre em Direito pela PUC Goiás, orientador deste artigo de conclusão de curso; fabio.barbosa@catolica-to.edu.br

DIREITO A MORADIA: APONTAMENTOS ACERCA DA INEFICÁCIA APLICAÇÃO DO PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA NO MUNICÍPIO DE GUANAMBI/BA

FELIPE TEIXEIRA DIAS: Acadêmico do curso de bacharelado em DIREITO. Faculdade Guanambi/CESG. Brasil.

RESUMO: A presente pesquisa foi realizada a partir da visão em um problema que perpassa de forma despercebida e apresenta elementos provocativos para a discussão acerca da ineficácia do Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) no município de Guanambi/BA. O estudo se deu a partir da observância em questionamentos diariamente feitos por muitos dos beneficiários do programa, o problema é ignorado pela sociedade no cotidiano e é de extrema relevância social, defendidos pelo Direito Urbanístico e o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), o Estatuto tem natureza constitucional, condicionando-o à função social da propriedade, impulsionando assim uma análise social do programa, resultante na presente pesquisa. Pode-se afirmar que a gestão do PMCMV não contribui para concretização da função social na cidade, a objetividade é demonstrar a falta de planejamento urbano, nos espaços geográficos escolhidos para aplicação do programa no município.

Palavras- Chave: Função social da cidade; Desenvolvimento Social; Direito à cidade.

ABSTRACT: The present work was based on the vision in a problem that goes through unnoticed and presents provocative elements for the discussion about the ineffectiveness of the My House My Life Program (PMCMV) in the municipality of Guanambi / BA. The study was based on observance of daily questioning by many of the beneficiaries of the program, the problem is ignored by society in daily life and it is extremely important social, urban law and the Statute of the City (Law 10.257 / 2001) the Statute Has constitutional nature, conditioning it to the social function of the property, thus impelling a social analysis of the program, resulting in the present research. It can be stated that the management of the PMCMV does not contribute to the fulfillment of the social function in the city, the objectivity is to demonstrate the lack of urban planning, in the geographical spaces chosen for the application of the program in the city.

Keyword: Social function of the city; Social development; Right to city

1. INTRODUÇÃO

Ao Considerar o processo de urbanização como um dos principais assuntos que perpassam de forma despercebida em nosso país e seus descendentes problemas sociais, principalmente no que se refere ao processo de planejamento municipal e gestão democrática das políticas urbanas.

É sabido que o Governo Federal, ao criar o Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) por meio de políticas públicas para que seja operado pelos estados em parceria com as prefeituras municipais na gestão do solo urbano, tem por finalidade a aplicação do Direito a Cidade realizando também a concretização do *Princípio da Dignidade Humana* constante no Art. 1º inciso III da Constituição Federal de 1988, para que, no que tange a moradia digna assim se materialize.

Não obstante é notório que o PMCMV se torna ineficaz no município de Guanambi/BA, em virtude da ineficácia da aplicabilidade local, ora, as obras são financiadas pela verba pública e que visam melhorar a qualidade de vida da população de um modo geral, no entanto a falta de planejamento urbano e desinteresse do poder público se faz perceptível.

Faz-se visível que na Constituição Federal de 1988, concomitantemente a Lei nº 10.257/2001, demonstra a existência do direito à cidade sustentável a partir do cumprimento da função social como forma de garantir a realização plena da dignidade da pessoa humana, por meio da execução de uma política de desenvolvimento urbano pelos municípios, garantindo a participação da sociedade em sua gestão. De acordo com Art. 182 do texto constitucional, corroborado pelo artigo 2º do Estatuto da Cidade.

Ocorre que a realização de tal obra é onerosa e sua abrangência não é somente no âmbito moradia, mas, em um conjunto de obras urbanísticas que tem por finalidade atender ao princípio da dignidade da pessoa humana fazendo do local um ambiente agradável digno de moradia e lazer como diz o texto constitucional.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.(BRASIL,1988).

A fim de modificar este problema promiscuo, o Plano Diretor deve prever em suas diretrizes gerais a justa distribuição dos benefícios e ônus da urbanização, para que desta forma, os moradores desta região da cidade possam ter acesso aos direitos básicos constantes no artigo 6º da constituição de 1988.

Tendo em vista a problemática apresentada, percebe-se o clamor por

atuação pública no âmbito local sob o PMCMV, pois as pessoas que são moradoras e beneficiárias destes residenciais precisam das mais variadas formas assistência. Assim, o objetivo do presente estudo é analisar as perspectivas de atuação urbanística do PMCMV, no sentido de promover à gestão social dos direitos a moradia abrangendo não somente a área centralizada do município mais também aos residenciais carentes e clementes por auxílio e concomitantemente concretizar a democratização do direito à cidade por meio da redistribuição de recursos para garantir o acesso urbanístico à todos.

Desta forma, o estudo, inicialmente ocorreu a partir da insatisfação dos beneficiários do programa, tanto no que tange a dificuldades oriundas de transporte, lazer, acessibilidade quanto às problemáticas oriundas da vizinhança, vale resaltar que tal fato é inaceitável pelo seguinte:

Art. 36. Lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal.

Art. 37. O EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo, das seguintes questões: I – adensamento populacional; II – equipamentos urbanos e comunitários; III – uso e ocupação do solo; IV – valorização imobiliária; V – geração de tráfego e demanda por transporte público; VI – ventilação e iluminação; VII – paisagem urbana e patrimônio natural e cultural. (BRASIL, 2001).

Concomitantemente com a finalidade de tratar das problemáticas existentes neste território fez-se necessário analisar pesquisas bibliográficas priorizando juristas, urbanistas, geógrafos e outros que discorrem sobre o Direito Urbanístico e seus instrumentos. Posteriormente, para compatibilizar o aspecto teórico com o real, foi necessário analisar a área por método de pesquisas empíricas visando detectar as potenciais falhas urbanísticas na área de estudo.

A pretensão aqui estabelecida é ensejar Guanambi, tanto do viés legal, quanto do socioespacial, a destacar-se quanto modelo de cidade cuja aplicação urbanística/social se torna eficaz e promovendo uma evolução da cidade de forma completa e não complexa, mostrando eminentemente a satisfação das pessoas que compõe a região urbana em seus quase 86.500 habitantes. Guanambi está localizada no interior do centro sul baiano.

Assim, o presente trabalho tem em seu viés de justificativa a primordial necessidade de estudar crítico e empiricamente o funcionamento da justa distribuição de urbanização através do instrumento Direito urbanístico, especificamente e concomitante ao Plano Diretor, para possibilitar análises jurídicas, políticas e sócio-espaciais que priorizem o direito à cidade para todos os cidadãos.

2. A FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE

Inicialmente com o propósito de trazer apontamentos validos para descrição da função social da cidade é de suma importância salientar conforme descreve Oliveira (2002) que “A cidade continua a exercer grande atração entre as populações que para ela se dirigem em busca de novas oportunidades de vida”, significa dizer que, muitas pessoas buscam a cidade com o intuito de evolução, moradia e de oportunidades que somente nesta é capaz de se obter.

Conforme aponta Saleme (2005, Apud PEREIRA 2014, p. 3) “A função social da cidade possui conceito constitucional como norma programática a ser instituída pelos municípios e pode entendida como desdobramento natural do princípio da função social da propriedade”. Com essa afirmativa é imprescindível que o município deva atuar para concretização dessa programática, afim compatibilizar seu plano diretor com as finalidades constitucionais no que tange a moradia e sua função social na cidade.

Coaduna-se com essas reflexões Lefebvre (1991 p. 12) quando aponta que a cidade é uma obra, “por tanto faz parte desta obra o uso das ruas das praças, dos edifícios e dos monumentos”. A partir desta exposição, deve-se comparar no que se diz respeito ao projeto, a ausência destes apontamentos nos residenciais, visto que estes se resumem em um conjunto de residências sem áreas de lazer apropriadas, ausência de escolas, de transportes públicos, policiamento entre tantos outros.

De acordo com a exposição feita por Pereira (2014):

Outra dificuldade apresentada é a exposição de várias formas possíveis de planejamento urbano, como o zoneamento, planos setoriais, planos

diretores, projeto de cidades novas, entre outras. Assim, muitas vezes o plano se confunde com o projeto, porém quando se trata de prática e discurso do Estado sobre o espaço urbano se está diante de plano, pois: a) há a abrangência de todo o espaço urbano e desse espaço com vários elementos constitutivos no tocante aos objetivos; b) continuidade de execução, necessidade de revisões e atualizações; c) intervenção da ação sobre grande parte da população e; d) tomada de decisões políticas com maior participação municipal (VILLAÇA,1999 Apud PEREIRA 2014).

Trazendo esse apontamento a realidade regional, percebe-se que os planos setoriais e planos diretores não estão tendo uma ampliação e deliberação necessária que possa atingir aos residenciais oriundos do PMCMV em Guanambi, não alcançando por tanto a função social da cidade.

Pois conforme descrição do projeto pelo Ministério das Cidades, portaria 139 de 13/04/2009 discorre sobre o PMCMV da seguinte maneira:

4.1 - Os projetos serão elaborados para a execução de empreendimentos inseridos na malha urbana e que contem com a existência de infraestrutura básica que permita as ligações domiciliares de abastecimento de água, esgotamento sanitário e energia elétrica, bem como vias de acesso e transportes públicos.

4.1.1 - Deverá ser considerada a existência ou ampliação dos equipamentos e serviços relacionados à educação, saúde e lazer.

4.2 - No caso de aquisição de projetos sob a forma de loteamento, cuja infraestrutura não se encontra executada, o valor de investimento poderá compreender os custos com a infraestrutura externa aos lotes adquiridos. (BRASIL, 2009)

Ora se os projetos deveriam cumprir os requisitos descritos acima, pois, deve-se então haver atuação do poder executivo municipal, plano diretor e urbanistas voltados a este para que desta forma se concretize a finalidade social da cidade.

3. A LOCALIDADE E O PMCMV EM GUANAMBI

Como é sabido, Guanambi é uma cidade que vem crescendo ao longo dos anos, no entanto percebe-se a falta de estrutura e zoneamento urbana existente no território, tal problema é oriundo do crescimento acelerado sem que haja tido uma programação urbanística adequada.

De forma histórica houve um momento em que de forma temporal o incremento populacional na cidade proporcionou novas necessidades, promovendo

alterações na organização espacial. A esse respeito Santos (2008a, apud PEREIRA, 2013, p. 67) afirma que “[...] sempre que a sociedade (a totalidade social) sofre mudança, as formas ou objetos geográficos (tanto os novos como os velhos) assumem novas funções”. Assim, em Guanambi o espaço vai se transformando para se adaptar às novas necessidades da sociedade.

Em seu contexto histórico a maior expansão urbana da cidade ocorreu principalmente nas décadas de 1970 e 1980 com a dinâmica econômica gerada pela monocultura do algodão. Na atualidade, entretanto, os residenciais, denominados Condomínios populares, foram alocados em uma região de difícil acesso para os moradores, chegando a ser considerado por estes os “locais excluídos”, essa taxativa ocorre pela ineficácia da aplicabilidade local do PMCMV, em virtude da distancia dos residenciais para o centro local, conforme pode-se observar na imagem que segue;

Abaixo consta a imagem do local onde está situado o Condomínio das Árvores que é um dos residenciais, a media em km é de 3 – 4 km para o centro comercial.

Figura 1 – Visualização que ilustra a localidade de um dos condomínios em de Guanambi.



Fonte: *Satélite Google Imagens 2017, Astrium, DigitalGlobe (Ano 2013)*

Conforme imagem abaixo, apresenta dois outros Condomínios;

Figura 2 – Visualização que ilustra a localidade de outros dois residenciais em de Guanambi.



Fonte: *Satélite Google Imagens 2017, Astrium, DigitalGlobe (Ano 2013)*

A distancia já é um obstáculo, para amenizar, pois, a situação critica, seria adequadamente propicio que o Plano Diretor, o Executivo Municipal em parceria com urbanistas, aplicassem no local os devidos tratamentos, criando um plano no qual a partir de uma observação profunda supra as deficiências existentes nestes locais, construindo um canal de políticas publicas eficiente para que a população carente possa recorrer a este e ter acesso digno à cidade conforme a Constituição de 1988 determina.

4. O DIREITO À CIDADE E A MORADIA

Cidade é constituída e composta por uma serie de obras como praças, ruas, comércios, no entanto um elemento fundamental para que à cidade seja eminentemente completa e regular é a moradia, ou seja, as residências individuais dos indivíduos que compõe a cidade.

Diante dessa interpretação e envolvendo políticas publicas a fim de sanar problemas oriundos da má distribuição de renda e benefícios sociais, Santos Junior

et al. (2011 p. 11) descreve a importância na criação do “Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), além de programas que visam a melhoria da gestão urbana, como o Programa de Fortalecimento da Gestão Urbana”, pois este seria primordial na consolidação de direitos sociais e o direito a moradia.

O direito à cidade é algo debatido cotidianamente e mais ainda é o direito a moradia digna como sendo primordial conforme apontamento de Santos Junior et al. (2011, p. 11) que diz o seguinte:

De modo transversal a esses programas, a gestão democrática está presente em todas as ações promovidas pelo Ministério das Cidades, tendo sua maior expressão no Conselho das Cidades, que tem participado ativamente dos avanços e debates sobre a política urbana, contribuindo sobremaneira para o fortalecimento da gestão democrática nos estados e municípios. O planejamento urbano também é um tema transversal a todas as políticas do Ministério, tendo o Plano Diretor como o principal instrumento integrador e articulador das demais políticas setoriais. Depois de aprovado o Estatuto da Cidade em 2001, os municípios avançaram na elaboração dos Planos Diretores, num momento em que os principais programas nacionais de investimento em infraestrutura urbana ainda não estavam instituídos, como o PAC e o Minha Casa Minha Vida.

Por essa razão deve-se atuar urgentemente nesta região, a população carente sofre os impactos geográficos e ambientais tendo como parâmetro as regiões cujo empreendimento se concretizou, outro fator determinante é a distância entre os referidos residenciais e o centro comercial da cidade é de longo percurso, ora faz com que as pessoas ou tenham onerosidade para chegar ao centro, ou percam muito tempo em caminhada.

Não obstante, ambas alternativas são indignas, visto que o ritmo de caminhada ao centro da cidade é extremamente fatigante em virtude da distância centro-residencial além do excesso de calor oriundos desta região, concomitante a esta problemática observa-se que também é função da cidade oferecer transporte público, pois, se trata de matéria social constitucional visto que consta também no art. 6º da Constituição de 1988.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente apontar que não há pretensão aqui em pautar um fim nas discussões acerca da presente temática, visto que a presente problemática é ampla e de abordagem multidisciplinar e que será tratada por variadas análises.

Salientar que as cidades passam por contínuos processos de expansão, por essa razão apontar o Plano Diretor e o Executivo Municipal, como principais responsáveis por modificar este problema promiscuo prevendo em suas diretrizes gerais a justa distribuição dos benefícios e ônus da urbanização. Desta forma o presente estudo por ser de natureza, social, Constitucional e urbanístico, merece uma atenção especial, observando o Estatuto da Cidade, que regulamentou a norma constitucional, trazendo diretrizes gerais para a Política Urbana, para que desta forma, os moradores dessa região da cidade possam ter acesso aos direitos básicos constantes na Constituição de 1988.

Diante do exposto, é importante resaltar que é dever do Poder Público garantir o acesso à cidade por todos os cidadãos, reprimindo a segregação sócio-espacial que privilegiam as disparidades socioeconômicos e agridam o exercício da função social das cidades, com a aplicação dos recursos necessários, tendo por finalidade sanar os problemas oriundos da ineficácia da aplicação inicial do PMCMV na região de Guanambi/BA.

Estes resultados também cominarão a ensejar Guanambi, tanto do viés legal, quanto do socioespacial, a destacar-se quanto modelo de cidade cuja aplicação urbanística/social se torna eficaz e promovendo uma evolução da cidade de forma completa mostrando eminentemente a satisfação das pessoas que compõe a região urbana em seus quase 86.500 habitantes.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Senado Federal. **Constituição da república federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL, **Legislação Minha Casa Minha Vida, LEI Nº11.977 de 07 DE Julho de 2009.** Brasília: disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm>
acesso em: 25 maio 2017.

LEFEBVRE, H. O direito à cidade. São Paulo: Ed. Moraes, 1991.

IBGE - FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA.. Censo Demográfico 2016. Disponível em: <<http://www.censo2016.ibge.gov.br>>. Acesso em 21 de abril. de 2017.

OLIVEIRA, Lúcia Lippi. **Cidade: história e desafios**. organizadora. Rio de Janeiro: Ed.Fundação Getulio Vargas, 2002.

PEREIRA, Deborah Marques. *Considerações teóricas do direito urbanístico contemporâneo e a função social da cidade*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 27 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.46817>>. Acesso em: 21 abr. 2017

PEREIRA, Deborah Marques. *Planejamento urbano no Brasil: uma análise à luz do direito urbanístico contemporâneo brasileiro*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 22 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.46773>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

PEREIRA, S. R. N. **A cidade de Guanambi - BA: Articulações Regionais e Suas Implicações na Configuração do Espaço Urbano**. In: colóquio baiano espaços, tempos e representações: abordagens históricas e geográficas., 2013, vitória da conquista. Colóquio baiano tempos, espaços e representações. Vitória da Conquista: UESB, 2013. v. 1.

SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos et al. **Os Planos Diretores Municipais pós-Estatuto da Cidade: balanço crítico e perspectivas**. 2011. Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Cidades: IPPUR/UFRJ, 2011



**EPM - ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA DO
ESTADO DE SÃO PAULO**

RONIVAL RODRIGUES DA SILVA COSTA

**O ESTADO NA CONDIÇÃO DE CONSUMIDOR: E A SUA
VULNERABILIDADE TÉCNICA**

SÃO PAULO

2016

RONIVAL RODRIGUES DA SILVA COSTA

**O ESTADO NA CONDIÇÃO DE CONSUMIDOR: E SUA
VULNERABILIDADE TÉCNICA**

Monografia apresentada à Escola Paulista da Magistratura, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação 'Lato Sensu' – Especialização em Direito do Consumidor.

Orientadora: Professora DESA. MARIA LUCIA RIBEIRO
DE CASTRO PIZZOTTI MENDES

SÃO PAULO

2016

RONIVAL RODRIGUES DA SILVA COSTA

**O ESTADO NA CONDIÇÃO DE CONSUMIDOR: E SUA
VULNERABILIDADE TÉCNICA**

Monografia apresentada à Escola Paulista da Magistratura, como requisito parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação “Lato Sensu” – Especialização em Direito do Consumidor.

Aprovada em: _____ / _____ / _____

BANCA EXAMINADORA

Professor (a) Corretor 1

Professor (a) Corretor 2

Professor (a) Corretor 3

CONCEITO FINAL _____

SÃO PAULO

2016

Oh! quão bom e quão suave é que os irmãos
vivam em união.

É como o óleo precioso sobre a cabeça, que
desce sobre a barba, a barba de Arão, e que
desce à orla das suas vestes.

Como o orvalho de Hermom, e como o que
desce sobre os montes de Sião, porque ali o
Senhor ordena a bênção e a vida para
sempre.

SI.133, BÍBLIA SAGRADA

Dedicatória: Agradeço a Jesus Cristo, amigo sempre presente, sem o qual nada teria feito.

Aos meus pais Antonio e Alice (**in memorian**), eles foram exemplos de caráter, amor e honestidade, sempre se dedicaram a dar o melhor a seus filhos.

A minha esposa Eloisa, a minha filha Analice, e aos meus filhos Guilherme e Edgard, pelo carinho e afeto, em todos os momentos que me apoiaram para a realização deste trabalho.

Aos amigos, que sempre incentivaram meus sonhos e estiveram sempre ao meu lado. Aos meus colegas de classe e demais formandos pela amizade e companheirismo que recebi.

A todos os que passaram pela minha vida e que de alguma forma contribuíram para que eu realizasse os meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Aos meus professores Dr. Alexandre David Malfatti, Dr. Alberto Alonso Muñoz, Dra. Andréia Maura Bertoline Rezende de Lima, Dra. Cláudia Maria Chamorro Reberte Campaña, Dr. Guilherme Ferreira da Cruz, Dr. José Paulo Camargo Magano, Dra. Márcia Helena Bosch, Des^a. Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti Mendes, Dra. Maria Paula Cassone Rossi, Dr. Paulo Henrique Ribeiro Garcia e ao Dr. Paulo Rogério Bonini, que foram exemplos de dedicação, dignidade pessoal, e acima de tudo de carinho, respeito e amor por seus alunos. Pessoas de caráter ímpar que souberam além de transmitir seus conhecimentos dividiram suas experiências e quando mais precisei me apoiaram e me ensinaram na hora de minhas dificuldades. Serei eternamente grato a vocês que os honrarei chamando de meus mestres, e acima de tudo pela ética, conduta, zelo e profissionalismo ao tratar dos assuntos que nos ensinavam. Muito obrigado, por tudo e que Deus os abençoe!

RESUMO

O objetivo geral do presente trabalho é contribuir na reflexão sobre a possibilidade jurídica ou não do Estado, na qualidade de contratante se enquadrar no conceito de consumidor previsto no Código de Defesa do Consumidor. Diante do previsto no artigo 2º do CDC pode o Estado ser considerado consumidor quando contrata obra e serviços para sociedade, diante da possível pacificação das divergências a serem estudadas e interpretadas pelos operadores do direito. O presente trabalho monográfico tem objetivo específico apresentar argumentos que reduzam a insegurança jurídica e a desigualdade contratual, para facilitar a chegar-se a uma solução prática quando o Estado, na condição de consumidor, contrata serviço ou obra para a sociedade. Para isso, faz-se uma análise do surgimento da figura do Estado consumidor, das espécies de vulnerabilidade existentes, diante das relações econômicas e comerciais, bem como dos princípios relevantes aplicáveis a espécie, servindo de base as teorias existentes acerca do conceito de consumidor, que passou a adequar-se a nova proposta socioeconômica. Na pesquisa utilizaremos da história, fundamento jurídico, princípios, harmonização doutrinária e legislativa dos institutos jurídicos, com área de concentração em Direito do Consumidor e na Constituição da República Federativa do Brasil. A metodologia adotada é a Pesquisa de Revisão de literatura, com análise crítico-reflexiva, para que ao final possa-se responder ao problema de pesquisa. Há possibilidade jurídica sim de reconhecermos o Estado como consumidor por conta de sua vulnerabilidade técnica, quando em determinada situação concreta, se encontre em posição frágil em relação a determinado fornecedor de produtos ou serviços no mercado de consumo. A posição de consumidor, que é decorrente de uma presunção legislativa de vulnerabilidade, somente pode ser descaracterizada se for também descaracterizada no caso concreto a vulnerabilidade, integralmente em seus três aspectos técnico, jurídico e econômico para que não haja o reconhecimento do Estado como consumidor e assim possamos afastar de fato a sua vulnerabilidade para não aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-Chave: Contextualização do Direito do Consumidor, O Estado na condição de consumidor, e sua Vulnerabilidade Técnica.

ABSTRACT

The overall objective of this study is to contribute to the reflection on the legal whether or not the state, acting as contractor falls within the concept of planned consumer in the Consumer Protection Code. On the provisions of Article 2 of the CDC can the state be considered as consumer contracts work and services to society, given the possible pacification of differences to be studied and interpreted by law enforcement officers? This monograph has specific objective to present arguments that reduce legal uncertainty and contractual inequality, to facilitate arrive at a practical solution when the state, as a consumer, service or work contracts to society. For this, faz-an analysis of the emergence of the consumer state figure, the existing vulnerability of species in the face of economic and trade relations, as well as the relevant principles applicable to species, serving as the basis of existing theories about the consumer concept, which began to adapt to the new socio-economic proposal. In the survey we will use the history, legal basis, principles, doctrinal and legislative harmonization of legal institutions, with specialization in Consumer Law and the Constitution of the Federative Republic of Brazil. The methodology adopted and the Research Literature review with critical and reflective analysis, so that the end can be answered to the research problem. There are legal possibility but we recognize the state as a consumer because of its technical vulnerability when in a given concrete situation, is in a weak position in relation to a particular supplier of goods or services in the consumer market. The consumer position, which results from a legislative presumption of vulnerability can only be uncharacteristic if it is also des-characterized in this case the vulnerability, fully in its three technical, legal and economic aspects so that there is no recognition of the State as consumer and so can the fact away their vulnerability to non-application of the Consumer Protection Code.

Keywords: Contextualization of Consumer Law, The State as a consumer, and its Technical Vulnerability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR	14
1.1 MASSIFICAÇÃO DAS PRÁTICAS COMERCIAIS	17
2 REGULAMENTAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	20
3 CONCEITO DE CONSUMIDOR.....	30
4 CONCEITO DE FORNECEDOR	35
5 PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR	37
6 ESPECIES DE VULNERABILIDADE.....	40
6.1 VULNERABILIDADE TÉCNICA.....	40
6.2 VULNERABILIDADE JURÍDICA OU CIENTÍFICA.....	41
6.3 VULNERABILIDADE FÁTICA OU SOCIOECONÔMICA.....	42
7 O ESTADO E AS RELAÇÕES DE CONSUMO	43
8 O ESTADO COMO CONSUMIDOR	48
CONCLUSÃO.....	53
REFERENCIA BIBLIOGRAFICA.....	57

INTRODUÇÃO

A relevância do presente trabalho monografia está no fato de existir divergência doutrinária e jurisprudencial em atribuir o conceito de consumidor ao Estado quando contrata obras e serviços para a sociedade, para uma parcela respeitável da doutrina como Pedro Paulo Cristofaro o Estado não se enquadraria no conceito de consumidor por duas razões: a primeira é que para ser considerado consumidor deve existir uma vulnerabilidade entre consumidor e fornecedor, ou seja, um desequilíbrio na relação de consumo, consoante prevê o artigo 4º, I, do CDC. Essa vulnerabilidade não ocorreria quando o Estado contrata, eis que se encontra sujeito a um regime jurídico próprio que o coloca em posição de supremacia em face do contratado; a segunda razão é que, por força deste regime jurídico peculiar, é o Estado quem define a prestação a ser executada pelo particular, assim como as condições de requisitar e descrever o objeto contratual. Em sentido oposto, para outra corrente defendida por *Leon Freida Szklarowsky* o Código de Proteção e Defesa do Consumidor seria aplicável ao Estado por três razões fundamentais: a primeira é que o artigo 2º do CDC não faz qualquer distinção ao mencionar a expressão “pessoa jurídica”, de modo que se a lei não fez distinção, não caberia ao interprete fazê-la e afastar do conceito as pessoas jurídicas de Direito Público; a segunda, é que por força do artigo 54 da Lei 8.666/93, os contratos administrativos regem-se pelos preceitos de Direito Público, mas são aplicáveis, supletivamente, as normas de Direito Privado, o que autorizaria a utilização do CDC, quando o Estado fosse consumidor; a terceira, é que mesmo na relação contratual regida predominantemente pelo Direito Público há uma vulnerabilidade técnica dos servidores da Administração Pública em relação ao conhecimento e a expertise do fornecedor.

Diante da possível pacificação das divergências doutrinárias a serem estudadas e interpretadas pelos operadores do direito, poderíamos considerar o Estado como consumidor quando contrata obra e serviços para a sociedade conforme o previsto no artigo 2º do Código de Defesa e Proteção do Consumidor – CDC.?

A idéia de proteção do consumidor surgiu através do constituinte originário que previu na Constituição da Republica de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXII, o Estado

promovera na forma da lei a defesa do consumidor, confirmando esta perspectiva ao elencar como princípio a ser observado pela ordem econômica à defesa do consumidor, no inciso V do artigo 170.

Com a orientação constitucional, criou-se o Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Lei 8.078/90 – CDC, traçando as diretrizes gerais de um sistema nacional e legislativo de proteção ao consumidor. O Direito do Consumidor então nasce e procura se justificar na sociedade consumerista. A intenção do legislador originário ao inserir na Constituição da República Federativa do Brasil o artigo 5º, inciso XXXII, foi o de tutelar a igualdade material como forma de garantir efetiva proteção entre os desiguais.

Para protegermos o consumidor primeiro precisaríamos definir quem seria esse sujeito de direitos. Conceituação esta, que encontraremos a partir do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que traz, expressamente, em seu texto, o conceito de consumidor no artigo 2º, e completa essa conceituação nos artigos 17 e 29.

“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29. “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

A saber, existem três correntes doutrinárias, cada uma com sua própria teoria, para definir a conceituação de consumidor: a finalista, a maximalista e a mista.

A teoria finalista - A corrente finalista defende a teoria que o consumidor – destinatário final seria apenas aquela pessoa física ou jurídica que adquire o produto ou contrata o serviço para utilizar para si ou para outrem de forma que satisfaça uma necessidade privada, e que não haja, de maneira alguma, a utilização deste bem ou deste serviço com a finalidade de produzir, desenvolver atividade comercial ou mesmo profissional

A teoria maximalista - A corrente maximalista defende a teoria de que o consumidor – destinatário final seria toda e qualquer pessoa física ou jurídica que retira o produto ou o serviço do mercado e o utiliza como destinatário final.

A teoria mista - Nesta corrente doutrinária, o consumidor – destinatário final seria aquela pessoa que adquire o produto ou o serviço para o uso privado, porém, admitindo-se esta utilização em atividade de produção, com a finalidade de desenvolver atividade comercial ou profissional, desde que seja provada a vulnerabilidade desta pessoa física ou jurídica que está adquirindo o produto ou contratando o serviço.

As duas primeiras correntes se apóiam no fim de Retirar o produto do mercado implicaria na idéia de romper a cadeia de fornecedores, de maneira que o ultimo que a integrasse não poderia mais ser considerado consumidor, pois o produto ou serviço não se destinaria a sua atividade comercial.

A corrente mista defende a idéia de vulnerabilidade que tem como conceito a condição da pessoa, que a coloca em estado inerente de risco nas relações entabuladas no mercado de consumo. Essa vulnerabilidade pode ser permanente ou provisória, entendida a partir de um viés individual ou coletivo.

A vulnerabilidade por fazer parte do conceito de consumidor não é um fundamento que justifica a proteção, como se configura proteção favorável ao consumidor quando se esta diante da relação de consumo. As normas previstas no CDC visam mitigar ou corrigir situações de flagrante desequilíbrio advindas das relações entre fornecedor e consumidor. De acordo com os ensinios de Cláudia Lima

Marques cabe estabelecer a existência de três tipos principais de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica e a fática.

Fala-se, portanto, em vulnerabilidade técnica quando o consumidor não possui conhecimentos técnicos específicos sobre o produto ou serviço que adquire no mercado e, deste modo, encontra-se em situação propícia ao engano acerca das características e utilidade deste bem.

O mesmo vale para a denominada vulnerabilidade jurídica ou científica, que se relaciona à falta de acesso a conhecimentos jurídicos, econômicos e contábeis específicos, necessários à celebração e execução equilibrada dos contratos de consumo.

Por fim, há a vulnerabilidade fática ou socioeconômica, a partir da qual se presume a posição de fragilidade do consumidor em face do poderio econômico do fornecedor de produtos e/ou serviços, do monopólio que ele exerce em determinada esfera da economia ou da essencialidade do produto ou serviço que ele oferece no mercado.

O Estado pode se inserir regularmente nas relações de consumo, se colocando como destinatário final do serviço ou produto disponibilizado no mercado pela cadeia de fornecedores. Uma vez estando nesta situação, caberia verificar a existência ou não dos aspectos da vulnerabilidade em relação ao Estado.

Cabe analisar se existe a aplicação de algum princípio, norma especial ou garantia de outro ramo do Direito, a que o Estado faça jus pelo ordenamento jurídico, por se tratar de Poder Público. Somente depois de verificados esses pontos seria possível responder se o Estado pode ou não ser considerado consumidor.

O objetivo do presente trabalho é contribuir na reflexão sobre a possibilidade jurídica ou não do Estado, na qualidade de contratante de obras e serviços se enquadrar no conceito de consumidor previsto no Código de Defesa do Consumidor. Conforme o previsto no artigo 2º do CDC pode o Estado ser considerado consumidor

quando contrata obra e serviços para sociedade, tendo em vista a possível pacificação das divergências a serem estudadas e interpretadas pelos operadores do direito.

O presente trabalho monográfico tem objetivo específico apresentar argumentos que reduzam a insegurança jurídica e a desigualdade contratual, para facilitar a chegar-se a uma solução prática quando o Estado, contrata serviço ou obra para a sociedade.

O trabalho monográfico é desenvolvido a partir dos princípios constitucionais previstos na CF passando pelas teorias que definem o conceito de consumidor com análise nas espécies de vulnerabilidades para ao final nos posicionamos diante do que foi visto e pesquisado. O estudo sobre as divergentes posições doutrinária e jurídica construída ao longo dos tempos não esgota a possibilidade de futuros estudos sobre as metodologias que são utilizadas para mudança da sociedade e do Direito.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Há relatos da exploração comercial desde a antiguidade, colônias como a de Kane, na Ásia Menor, os egípcios, hebreus e fenícios também praticavam o comércio em larga escala de produtos tais como, perfume, cereais, marfim, metais, jóias dentre outros.

As práticas comerciais estavam arraigadas na cultura do povo antigo, porém durante a decadência do Império Romano, o povo para fugir da crise que assolava a população deixa as cidades para se refugiarem no campo tornando-se assim uma população camponesa. As pessoas isoladas formaram novas vilas e consumiam tão somente aquilo que produziam, mantendo com isto uma estrutura auto-suficiente de cada vila.

Após a queda do Império Romano surge um novo tipo de organização da sociedade – o feudalismo. O modo de produção do sistema feudal tinha como essência a agricultura auto-suficiente e monetária, não mais havia uma forte visão nas relações comerciais.

O sistema feudal dominante sai de cena com o surgimento da Baixa Idade Média, isto se deu por conta das necessidades da população europeia que culminou com a substituição da antiga estrutura social feudal por uma economia comercial, as forças políticas dos senhores feudais estavam sendo sobrepostas por causa de um novo grupo social em que sua estrutura estava diretamente ligada ao comércio – a burguesia.

Nesta época a igreja católica passa a difundir o cristianismo no oriente e ao mesmo tempo passa a combater a expansão muçulmana, combinado a outros fatores, faz surgir o movimento das Cruzadas, fato este que tornou a mola propulsora da Revolução Comercial e a reabertura do Mediterrâneo, o que possibilitou a entrada de produtos e especiarias vinda do oriente na Europa.

Com o surgimento de um novo comércio estimulado por um mercado consumidor, impulsionado pelos produtos vindos do oriente, fez com que a sociedade Européia se interligasse comercialmente com outros povos, ocasionando novas transações financeiras e trazendo de volta a invenção do povo Lídio: a circulação da moeda nas relações comerciais.¹

O desenvolvimento comercial neste período foi tão intenso e bem sucedido ao mesmo tempo, que as feiras de comércio acabam se transformando em vilas e cidades, com esta ascensão faz surgir um novo e forte grupo de comerciantes, que só visavam à expansão de mercado, já que as trocas comerciais traziam cada vez mais lucros para eles. Essas mudanças apontavam para o surgimento de um novo sistema capitalista.

Com o desenvolvimento comercial renascem as cidades, com isto o comércio se desenvolvia a cada dia mais e mais em decorrência do aumento populacional nas cidades recém surgidas. Com o comércio em ascensão, os senhores feudais necessitavam ampliar a linha de produção para atender a demanda consumerista, assim o sistema feudal gradativamente se sucumbe.

Com a vinda do sistema capitalista traz para os Europeus a idéia de acúmulo de capitais e riquezas, esse novo entendimento, que se dava ao sistema derrubou por completo a revolução burguesa e permitiu de uma vez por todas o início da revolução na indústria mundial.

A Revolução Industrial tem seu início na Inglaterra e logo se espalha por toda a Europa e Estados Unidos, contribuindo diretamente para as transformações dos grandes centros urbanos.

¹ Alguns registros atribuem, erroneamente, a invenção da moeda aos gregos. É bem verdade que a Grécia Antiga tinha sua própria moeda, a primeira versão do *Dracma*, identificado pela efígie de coruja, desde 575 a.C.; porém a invenção da moeda se deu, realmente, muito antes disso, no antigo reino da Lídia, na Anatólia, onde os reis decidiram cunhar a antiga moeda *Stater*, que trazia um leão em seu semblante. Após o surgimento da *Stater*, foi que os gregos, e depois os romanos, cunharam suas moedas.

Desta forma a ampliação do consumo era inevitável, e para atender a demanda das pessoas foram criadas fabricas de grande porte com produção em larga escala de produtos que agora eram iguais para todos os consumidores – produção em serie.

A fabricação das mercadorias passou a ser dividida em varias etapas, num processo conhecido como produção em serie, concentrada em apenas uma atividade o trabalhador especializou-se em aumentar a linha de produção. Essas características acabaram influenciando no custo final do produto. “Com mercadorias produzidas por meios mais baratos, era possível aumentar a margem de lucro e o mercado consumidor”².

Os artesões passam a vender de forma personalizada seus bens que antes produziam artesanalmente, e como isto não há como competir com as indústrias que se utilizavam da produção em serie e do poderio econômico, por conta desta situação surge uma crise e os artesões são obrigados a vender mão-de-obra por salários baixíssimos para as indústrias, ampliando, desta forma a classe operaria.

Para aumentar a produtividade e margem de lucro, e conquistar o mercado externo, os empresários passam a explorar ao Maximo a mão-de-obra infantil e feminina, motivados pelo lucro mulheres e crianças recebiam pagamentos ainda menores do que os recebidos por homens. Estes operários se submetiam a jornadas de trabalhos subumanas e condições de vida absolutamente miseráveis.

Esta situação fez com que surgissem os sindicatos, os movimentos sociais que buscavam a regulamentação das condições de trabalho em que os operários eram submetidos dentro das indústrias. Os interesses desses movimentos iam além de melhores condições de trabalho, na verdade buscava-se um maior respeito a dignidade da classe operaria, do ser humano.

Esses ideais estavam diretamente ligados com os objetivos de lutar por melhores direitos humanos e trabalhistas, e dão o ponto de partida para o surgimento do movimento consumerista.

² FIGUEIRA, Divalte Garcia. *História*. São Paulo: Ática, 2001. p. 198. Volume Único.

“Fica evidenciado, por conseguinte, que a qualidade de vida, sobretudo – e não é por acaso que o movimento consumerista caminhou lado a lado com os movimentos sindicalistas, notadamente a partir da segunda metade do século XIX, por melhores condições de trabalho e do poder aquisitivo – insere-se, em última análise, no macrotema ‘direitos humanos’ e, pois, universais.”³

Com a industrialização em crescimento e o aumento da população nas cidades concorreram para a evolução dos transportes e dos meios de comunicação, sendo o jornal escrito considerado o primeiro meio de transmissão de notícias, que na verdade não passava de uma forma de divulgar os informes e propagandas das guerras.

A população nas cidades crescia e por conta disso havia a necessidade de expansão do espaço para acomodá-los, e por conta disso os comerciantes sentiam a necessidade de um meio de divulgação que atingisse a maior parte possível de consumidores, e não demorou em perceberem que o jornal seria o melhor aliado, afinal era um veículo eficiente e capaz de ofertar seus produtos, de uma só vez a diversos consumidores em potencial.

Desta feita as propagandas publicadas nos jornais sobre as guerras vão aos poucos cedendo lugar para as publicidades que divulgavam os produtos oferecidos pelos comerciantes locais.

1.1 Massificação das Práticas Comerciais

Como visto anteriormente o movimento das cruzadas deu início ao comércio entre as nações europeias no mar mediterrâneo, o que acabou por fortalecer o comércio internacional. Porém, com o advento da Revolução Industrial e o da Segunda Guerra

³ FILOMENO, José Geraldo Brito, *Manual de direitos do consumidor*. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2010. p. 5.

Mundial o processo de produção em serie no mercado permitiu a comercialização das mercadorias a preços mais barato, isto devido a homogeneização dos produtos, e ao avanço tecnológico e a interligação entre os povos no mundo.

Essas transformações foi o que caracterizou a massificação das relações de compra e venda, e por fim as relações pessoais de consumo. Consumidor e fornecedor deixam de ser conhecido um do outro para assumirem a nova estrutura imposta pelo capitalismo mundial.

“É provável que o proprietário do bar da esquina conheça algumas pessoas. É possível que um gerente de banco num subúrbio conheça seus clientes mais importantes – e geralmente ambos trabalharão para isso. Há mesmo um esforço nesse sentido, um esforço para reviver o relacionamento geográfico. Mas, apesar de toda a boa vontade, os resultados são precários. O relacionamento já não é mais geográfico, é social. As relações se fazem em função não do local onde se vive, mas de interesses comuns, e não de proximidades geográficas. A produção em grande escala pressupõe o consumo em escala idêntica, e isso transforma o consumidor num ser anônimo, inidentificado. Curiosamente, ele continua a ser uma unidade. É ele quem vai ler, ouvir, ver, sentir, assimilar, decodificar a mensagem. Mas o transmissor dessa mensagem não o conhece. Não sabe se ele está triste ou alegre; se está amando ou odiando; satisfeito ou insatisfeito.”⁴

Após esse processo de transformação que passou o mundo, podemos identificar de forma definida o consumidor e o fornecedor de produtos e serviços, que nos dias atuais pode facilmente ser indicado como pólos constitutivos de dois, dos três elementos que compõem a relação jurídica de consumo, a saber: elemento subjetivo, objetivo e o finalístico.

⁴ CABRAL, Plínio. Propaganda, técnica da comunicação industrial e comercial. São Paulo: Atlas, 1986. p. 19. *Apud* BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos in GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 243.

O capitalista foi e continua sendo o sistema dominante nas sociedades, tudo isto atrelado a idéia de acúmulo de riqueza pensamento este tão forte que a produção em série e aprimorada a fim de garantir a comercialização a nível mundial.

A partir do século XX, as empresas passam a ter outra postura e começam a operar com o intuito de ampliar o mercado e disseminar a marca por todo o continente, isto faz com que os produtos regionalizados desapareçam para darem lugar aos produtos globais.

Durante a Revolução Industrial, a empresa automobilística Ford marcou época com a fase econômica intitulada “fordismo” que transformou seus trabalhadores em consumidores.

Nos dias atuais as empresas automobilísticas abandonaram o estilo de produção regionalizada a cada continente e buscam hoje em dia o estilo de produção em série, ou seja, veículos montados sob uma única plataforma, sendo que o veículo produzido é idêntico para todos os mercados, em todos os continentes.

Esta medida tem como objetivo principal a redução de gastos na produção. As variações existentes entre os veículos produzidos para os mercados diferentes visam somente obedecer a legislação de cada país quanto a utilização de peças e acessórios.

A mesma forma utilizada para se produzir um produto, seguiu-se para elaboração dos contratos entre as empresas e os consumidores, era único o contrato. Ao produzirem uma única espécie de contrato a todos surge então o contrato de adesão para todos os produtos e similares, ao adquirir o produto ou serviço, o consumidor adere ao contrato estabelecido pela empresa sem que lhe caiba a possibilidade de negociar as cláusulas existentes em seu corpo.

Casos como o supramencionado levaram ao entendimento de que o consumidor é a parte vulnerável nas relações de compra e venda. Esse pensamento visa à harmonia nas relações entre os consumidores e os fornecedores. Conforme podemos observar tal entendimento nas palavras de Henry Ford, um dos maiores empresários da história, que revolucionou a forma de produção da indústria

automobilística: “O consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco”.⁵

Com a identificação do consumidor como parte vulnerável nas relações de consumo se fez necessário a criação pelo Estado de normas de proteção, regulando as relações de compra e venda, uma vez que os contratos de adesão eram impostos de forma arbitrária pelo fornecedor ao consumidor, tudo como forma de se evitar o cometimento de abusos durante o processo de comercialização, ou até mesmo, através de anúncios por meio das mais variadas espécies de publicidades que levassem o consumidor a entender erroneamente alguma informação sobre o produto ou serviço.

Para o jurista J. M. Othon Sidou, as relações comerciais são a própria essência do Direito do Consumidor, o que tornava imprescindível a criação de mecanismos eficientes para a proteção dos direitos dos consumidores. “O que deu dimensão enormíssima ao imperativo cogente de proteção ao consumidor, ao ponto de impor-se como tema de segurança do Estado no mundo moderno, em razão dos atritos sociais que o problema pode gerar e ao Estado incumbe delir, foi o extraordinário desenvolvimento do comércio e a conseqüente ampliação da publicidade, do que igualmente resultou, isto sim, o fenômeno desconhecido dos economistas do passado – a sociedade de consumo, ou o desfrute pelo simples desfrute, ampliação da riqueza por mera sugestão consciente ou inconsciente”⁶

2 REGULAMENTAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A regra de proteção de condutas e deveres estabelecidos nas relações de consumo não é coisa recente como alguns podem imaginar, podemos encontrar

⁵ RÓNAI, Paulo. *in Dicionário universal nova fronteira de citações*. Apud FILOMENO, José Geraldo Brito in GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Ibidem*, p. 61.

⁶ SIDOU, J. M. Othon. *Proteção ao consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 5.

desígnio de um sistema protetivo em um dos mais antigos documentos jurídicos que se tem conhecimento na história do homem, o Código de Hammurabi.

Formulado pelo Rei Hammurabi (1728-1686 a.C.), com a finalidade de “torná-lo glorioso entre os reis”⁷, o código adotava o princípio do “olho por olho, dente por dente”. Entre os preceitos legais 215 - 240, o Código de Hammurabi trazia leis que regulavam algumas categorias especiais de trabalhadores, assim como: médicos, veterinários, barbeiros, pedreiros, arquitetos, entre outros.

Essas leis conferiam direito e obrigações entre esses profissionais e àquelas pessoas que contratavam os seus serviços. Adiante podemos aferir cinco leis (229-233) extraídas do referido código, que, ao seu modo, determinavam as responsabilidades às partes nas relações de consumo:

Lei nº 229 - Se um arquiteto constrói para alguém e não o faz solidamente e a casa que ele construiu cai e fere de morte o proprietário, esse arquiteto deverá ser morto.

Lei nº 230 - Se fere de morte o filho do proprietário, deverá ser morto o filho do arquiteto.

Lei nº 231 - Se mata um escravo do proprietário ele deverá dar ao proprietário da casa escravo por escravo.

Lei nº 232 - Se destrói bens, deverá indenizar tudo que destruiu e porque não executou solidamente a casa por ele construída, assim que essa é abatida, ele deverá refazer à sua custa a casa abatida.

Lei nº 233 - Se um arquiteto constrói para alguém uma casa e não a leva ao fim, se as paredes são viciosas, o arquiteto deverá à sua custa consolidar as paredes.

⁷ ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. *Toda a história: história geral e história do Brasil*. São Paulo: Ática, 2001. p.25.

Apesar dos povos perpetrarem atividades comerciais desde a época da antiguidade, poucos desses tinham um direito que regulasse essas atividades. Diferentemente dos babilônicos que dispunham do Código de Hammurabi, “os fenícios, que são considerados um povo que praticou o comércio em larga escala, não possuíam regras especiais aplicáveis às relações comerciais”.⁸

Na Índia do século XIII a.C., o “sagrado” Código de Massú estabelecia punições para os casos de adulteração de alimentos.

Os gregos tinham normas que regiam o assunto, porém entre eles imperava um direito calcado nos costumes, com cuidados em preservar os direitos do consumidor. “Na Grécia, conforme lição extraída da *Constituição de Atenas*, de Aristóteles, também havia essa preocupação latente com a defesa do consumidor.

Como explicitado pelo mestre estagirista, são também designados por sorteio os fiscais de mercado, cinco para o Pireu e cinco para a cidade; as leis atribuem-lhes os encargos atinentes às mercadorias em geral, a fim de que os produtos vendidos não contenham misturas nem sejam adulterados; são também designados por sorteio os fiscais das medidas, cinco para a cidade e cinco para o Pireu; ficam a seu encargo as medidas e os pesos em geral, a fim de que os vendedores utilizem os corretos; havia também os guardiães do trigo; eles se encarregam, em primeiro lugar, de que o trigo em grão colocado no mercado seja vendido honestamente; depois, de que os moleiros vendam a farinha por um preço correspondente ao da cevada, e de que os padeiros vendam os pães por um preço correspondente ao do trigo e com o seu peso na medida por eles prescrita (com efeito, a lei ordena que eles o fixem); são também designados por sorteio dez inspetores do comércio, aos quais se atribuem os encargos mercantis, devendo eles obrigar os comerciantes a trazerem para a cidade dois terços do trigo transportados para comercialização (...) o juro de uma dracma incidente sobre o capital de uma mina implicava uma taxa de 1% ao mês ou 12% ao ano.”⁹

⁸ MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 33.

⁹ ARISTÓTELES. *Constituição de atenas*. São Paulo: Hucitec, 1995. p. 103-247. *Apud* FILOMENO, José Geraldo Brito, *Op. Cit.*, p. 3.

Em Roma, apesar da forte evolução jurídica promovida pelos romanos, eles também não dispunham de um ordenamento centralizado sobre o assunto. O Direito Comum, com algumas poucas exceções, é que regulava as relações de compra e venda entre eles. “Não se pode, porém, deixar de admitir que o *Ius Gentium* melhor se adaptasse às atividades de comércio, chegando alguns autores a sustentar ser esse direito uma consequência do tráfico mercantil.”¹⁰

“Destacam-se ainda, no Império Romano, as práticas do controle de abastecimento de produtos, principalmente nas regiões conquistadas, bem como a decretação de congelamento de preços, no período de Deocleciano, uma vez que também nesse período se fazia sentir o processo inflacionário, gerado em grande parte pelo déficit do tesouro imperial na manutenção das hostes de ocupação.”¹¹

Tratando efetivamente do movimento consumerista, como uma relação definida aos moldes atuais, seu desenvolvimento se deu ao mesmo passo em que os sindicatos lutavam por melhores condições de trabalho para os operários.

Tanto o movimento consumerista como sindicalistas entrelaçaram-se a ponto de 1891, possibilitar o surgimento nos Estados Unidos, da *New York Consumer's League*, atualmente denominada como *Consumer's Union*, um instituto de conscientização aos consumidores sobre os seus direitos.

Nesta época foram criados boicotes aos fornecedores - patrões, que eram considerados “maus” a seus empregados, eram maus porque se opunham as mudanças sociais propostas pelos sindicatos que lutavam por melhores condições de trabalho aos trabalhadores.

Como analisa Hélio Zaghebo Gama, “Um mau comerciante, que explorasse menores, velhos ou mulheres, ou que não se mostrasse razoável frente ao progresso dos direitos sociais, era execrado pelos sindicatos. Um curioso mecanismo de

¹⁰ NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 15 ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 89.

¹¹ FILOMENO, José Geraldo Brito, *Op. cit.* p. 3-4.

interligação entre as reivindicações trabalhistas e as aspirações dos consumidores gerou boicote aos maus fornecedores.”¹²

Em 1960 surgiu a *IOCU – Organization of Consumers Unions*, que foi inicialmente constituída por organizações de cinco países: Austrália, Bélgica, Estados Unidos, Holanda e Reino Unido. Atualmente a IOCU é designada como *CI – Consumers International*, uma federação mundial de grupos de consumidores que atua em 115 países distribuídos por todos os continentes do Planeta e congrega mais de duzentas e vinte associações de proteção e defesa do consumidor. Inclusive, o Brasil é representado na *Consumers International* através do IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor e pelo PROCON. A organização é reconhecida pela ONU – Organização das Nações Unidas.

Em 15 de março de 1962, o então presidente dos Estados Unidos, John Fitzgerald Kennedy, encaminha uma mensagem ao Congresso daquele país, reconhecendo os direitos do consumidor, onde considera, por definição, que todos nós somos consumidores, compondo, assim, o maior grupo econômico, e apesar de ser o único grupo importante, muitas vezes suas opiniões não são ouvidas.

“Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest (John Fitzgerald Kennedy):

Para o Congresso dos Estados Unidos:

Consumidores, por definição, somos todos nós. Os consumidores são o maior grupo econômico na economia, afetando e sendo afetados por quase todas as decisões econômicas públicas e privadas. Dois terços de todos os gastos da economia são feitos pelos consumidores. Mas é o único grupo importante da economia que não é eficientemente organizado, cujos pontos de vista quase nunca são ouvidos.

¹² GAMA, Hélio Zaghebo. *Curso de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 3.

O Governo Federal – Por natureza, o maior porta voz de todas as pessoas – tem a obrigação de estar alerta para as necessidades do consumidor e promover os seus interesses. Desde que a legislação foi promulgada em 1872 para proteger o consumidor das fraudes decorrentes de uso do U.S. Mail, o congresso e o Poder Executivo têm a consciência que para a economia ser justa e adequada, deve servir de acordo com os interesses dos consumidores.

(...)

O Marketing é cada vez mais impessoal. A escolha do consumidor é influenciada pela propaganda de massa, que é desenvolvida se utilizando de artes de persuasão. O consumidor geralmente não tem a possibilidade de saber se os preparativos dos remédios cumprem com as normas mínimas de segurança, qualidade e eficácia. Ele geralmente não sabe quanto paga pelo crédito, se um alimento tem mais valor nutritivo que outro, se o desempenho de um produto, de fato, supre suas necessidades, ou ainda, se a “grande economia” publicitada é realmente uma pechincha. (...)”¹³

Neste comunicado proferido por John F. Kennedy, aferimos ainda a indicação de quatro direitos fundamentais dos consumidores, quais sejam: direito à segurança (os consumidores devem ser protegidos da comercialização de produtos que sejam prejudiciais a sua saúde ou vida); direito à informação (os consumidores devem receber todos os dados que precisam para fazer suas escolhas, coíbe-se assim, as práticas fraudulentas ou enganosas em informações, publicidades, rotulagens, ou de outras práticas); direito à escolha (deve-se assegurar ao consumidor, sempre que possível, o acesso a uma variedade de produtos e serviços a preços competitivos; nas indústrias em que a concorrência não é exequível e os regulamentos governamentais substituíveis, uma garantia de qualidade satisfatória e serviços a preços justos) e o direito de ser ouvido (dar a devida atenção aos interesses dos consumidores na formulação da política do Governo e um tratamento justo e rápido nos tribunais administrativos). Esta declaração apresentou tal importância para o movimento

¹³ KENNEDY, John F. (John Fitzgerald). *John F. Kennedy: containing the public messages, speeches, and statements of the president, january 1 to december 31, 1962 Collected and on Public Papers of the Presidents of the United States*. Washington: Office of the Federal Register National Archives and Records Service General Services Administration, 1963. p. 235 - 243. (tradução nossa).

consumerista que se passou a comemorar nesta data o Dia Internacional dos Direitos do Consumidor.

Seguindo esse entendimento, em 16 de abril de 1985 a ONU – Organização das Nações Unidas adota a Resolução 39-248, que estabelece diretrizes internacionais para uma política de proteção ao consumidor e enfatiza a vulnerabilidade que o consumidor apresenta em suas relações com os fornecedores de produtos e serviços.

“A Resolução 39-248, em última análise, traçou uma política geral de proteção ao consumidor destinada aos Estados filiados, tendo em conta seus interesses e necessidades em todos os países e, particularmente, nos em desenvolvimento, reconhecendo que o consumidor enfrenta, amiúde, desequilíbrio em face da capacidade econômica, nível de educação e poder de negociação. Reconhece, ainda, que todos os consumidores devem ter o direito de acesso a produtos que não sejam perigosos, assim como o de promover um desenvolvimento econômico e social justo, equitativo e seguro.

Nela, basicamente, encontra-se a preocupação fundamental de: proteger o consumidor quanto a prejuízos à saúde e segurança, fomentar e proteger seus interesses econômicos fornecer-lhe informações adequadas para capacitá-lo a fazer escolhas acertadas de acordo com as necessidades e desejos individuais, educá-lo, criar possibilidades de real ressarcimento, garantir a liberdade para formação de grupos de consumidores e outras organizações de relevância, e oportunidade para que essas organizações possam intervir nos processos decisórios a elas referentes.”¹⁴

Nessa Resolução, notadamente, se evidencia a preocupação da Assembléia Geral da ONU em incumbir aos Estados o dever de constituir e aplicar políticas próprias para se perpetuar a defesa do consumidor, bem como adotar medidas que garantam a manutenção desses regramentos.

¹⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Op. cit.* p. 6.

O direito do consumidor é um dos direitos econômicos do indivíduo, considerados como um dos direitos fundamentais de segunda geração, cuja consagração deu-se somente no século XX, após diversas crises econômicas. Os direitos de segunda geração ou dimensão não excluíram os da primeira, posto que fossem mantidos os direitos individuais, surgindo a concepção do indivíduo como parte integrante da sociedade.

Durante todo o século XX, diversos países adotaram políticas de proteção aos consumidores a fim de propiciar-lhes equilíbrio e harmonização nos contratos de consumo perante os fornecedores de produtos e serviços. Amparar o consumidor, considerado a parte vulnerável da relação de consumo, visa assegurar o desenvolvimento salutar do mercado de consumo que, nos dias atuais, expande-se por meio de contratos de massa, de forma impessoal e indireta.

No Brasil, foi na década de 1970 que o consumidor passou a ser visto como parte vulnerável no que diz respeito a proteção de seus direitos como parte integrante desta relação consumerista. Isso aconteceu por conta do maior índice inflacionário sofrido pelo país em todos os tempos, o fusca, o veículo mais popular vendido na época teve seu preço elevado em 760% enquanto a gasolina subiu 5.412%

Após este acontecimento da década de 1970 e com o objetivo de tutelar o consumidor frente às abusividades praticadas no mercado de consumo surge então vários órgão de proteção ao consumidor. No ano de 1975 foi criado por Frederico Renato Mótola, na cidade de Porto Alegre a Associação de Proteção ao Consumidor (APC) que recebia inúmeras reclamações, entre as principais estava o mau funcionamento de produtos eletroeletrônicos.

Já no ano de 1976 no Estado de São Paulo foi fundado o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor, hoje denominado PROCON, este foi de fato o primeiro órgão oficial que tinha como finalidade orientar os consumidores e promover acordo em situações de conflito nas relações de consumo. Já no ano de 1977, foi apresentado pelo deputado federal Nina Ribeiro o primeiro projeto de lei que objetivava a criação do Código de Defesa do Consumidor.

Aos poucos foram sendo criados vários outros institutos que visavam à proteção do consumidor como o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro), Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDIC), a implementação dos Juizados Especiais, a Secretaria de Defesa do Consumidor em São Paulo, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), dentre outros.

Somente no ano de 1988, ano de promulgação da atual constituição, até então vigente, foram reiniciados os trabalhos para a feitura do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Coube então ao Estado a proteção e defesa do consumidor, conforme se estabeleceu no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 'O Estado promoverá na forma da lei a Defesa do Consumidor'. Princípio este refletido no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, que prevê uma política Nacional de Relações de Consumo, sendo sua maior finalidade a proteção dos interesses econômicos dos consumidores.

Tanto a Constituição Federal, como o Código de Defesa do Consumidor determinaram a defesa do consumidor pelo Estado. A real intenção do legislador originário ao inserir na Constituição o inciso XXXII do artigo 5º, foi o de tutelar o princípio da igualdade material e de garantir a essas relações consumerista especial proteção jurídica.

O anteprojeto que mais tarde se transformou na lei 8.078/90, trouxe ao consumidor respaldo legal para a defesa de suas pretensões em juízo contra a abusividades do mercado de consumo, contou com nomes de peso na seara jurídica. Coordenando os trabalhos estava a jurista e professora Ada Pelegrini Grinover, que contou com a colaboração de Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe e Zelmo Denari, ainda a assessoria de Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, Eliana Cárceres, Nelson Nery Júnior, dentre outros.

Toda esta sistemática de proteção ao consumidor fundamentou-se principalmente na sua situação de vulnerabilidade, trazendo a Lei 8.078/90 normas que garantissem o justo equilíbrio e harmonia entre consumidor e fornecedor nas relações de consumo.

A lei 8.078/90 foi um avanço significativo na proteção do consumidor, pois “trata-se de um verdadeiro microsistema jurídico, em que o objetivo não é tutelar os iguais, cuja proteção já é encontrada no Direito Civil, mas justamente tutelar os desiguais, tratando-os de maneira desigual em relação aos fornecedores com o fito de alcançar a igualdade.” (GARCIA, 2006, p. 03).

Ainda tratando da importância da criação do CDC pondera Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamim (2004, p. 06):

A sociedade de consumo, ao contrário do que se imagina, não trouxe apenas benefícios para os seus atores. Muito ao revés, em certos casos, a posição do consumidor, dentro desse modelo, piorou em vez de melhorar. Se antes fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha (até porque se conheciam), agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador, ou comerciante), que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, “dita as regras”.

Ada Pellegrini e Antônio Herman (2004, p. 07), defendem que o consumidor possui vulnerabilidade frente ao fornecedor no mercado de consumo e justificam a necessidade e importância da criação do Código de Defesa do Consumidor citando Eike von Hippel:

É com os olhos postos nessa vulnerabilidade do consumidor que se funda a nova disciplina jurídica. Que enorme tarefa, quando se sabe que essa fragilidade é multifária, decorrendo ora da atuação dos monopólios e oligopólios, ora da carência de informação sobre qualidade, preço, crédito e outras características dos produtos e serviços. Não bastasse tal, o consumidor ainda é cercado por uma publicidade crescente, não estando, ademais, tão organizado quanto os fornecedores.

Por fim concluem que “Toda e qualquer legislação de proteção ao consumidor tem, portanto, a mesma *ratio*, vale dizer, reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando , quando possível, a posição de consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado”.

Muitos defendem com fervor que o Código de Defesa do Consumidor não é uma mera lei, mas o microssistema mais importante criado após a Constituição Federal de 1988, é responsável pela regulação de uma relação complexa entre consumidor e fornecedor, engloba desde a compra de uma bijuteria na feira livre à aquisição de um apartamento de auto padrão, e é suficientemente capaz de dirimir todas as controvérsias que possam surgir no âmbito consumerista.

3 CONCEITO DE CONSUMIDOR

A denominação de “consumidor” é, apesar de bastante familiarizada nos dias atuais, às vezes, de difícil compreensão, haja vista que, diante de determinadas situações, gera dúvida de quem de fato se enquadra nesse contexto. Há de levar em consideração que no mundo atual capitalista, este ocupa posição de destaque, conforme afirma Herman Benjamin (1988, p. 1-2).

O consumidor é parte mais importante para caracterização da relação consumo, ele é responsável pela retirada do mercado do produto ou serviço como destinatário final. Sem a presença do consumidor na relação jurídica não teria razão lógica para o fornecedor fabricar, produzir, construir, importar, ou comercializar bens de consumo que podem ser produto ou serviço.

Quando se trata da temática do consumidor, faz-se mister, compreender seu conceito, inicialmente, no que tange ao campo econômico. Assim sendo, é, segundo Herman Benjamin (1988, p.5): “agente econômico responsável pelo ato de consumo

de bens finais e serviços” em linhas gerais, é compreendido como indivíduo, porém pode ganhar a roupagem de instituição ou até mesmo de grupo de indivíduo.

Ao falarmos do conceito de consumidor, em âmbito jurídico, devemos ter como base o que preceitua o Código de Defesa do Consumidor, isto porque, as vezes quando o legislador cria conceitos que, geralmente, pertencem ao campo da doutrina ou jurisprudência acaba criando problemas de interpretação.

No entanto o que vem a ser consumidor? O CDC o conceitua em seu art. 2º: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” Parece-nos simples a definição da figura do consumidor, no entanto, não é, o CDC o conceituou de maneira abrangente, dando margem a interpretações.

Pela simples leitura do artigo 2º do CDC percebe-se que consumidor seriam as pessoas físicas (natural) e também as pessoas jurídicas, sendo esta última de qualquer natureza, seja microempresa ou multinacional. De acordo com Nehemias Domingos Melo (2010, p. 13):

não se há de ficar adstrito à figura do consumidor *stricto sensu* previsto no *caput* do art. 2º, que prevê como tal aquele que seja destinatário final de um produto ou serviço, pois é forçoso que se amplie esta conceituação porque o legislador, no parágrafo único do mesmo artigo, criou a figura do consumidor por equiparação ao prever a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, desde que tenham intervindo nas relações de consumo, devem ser equiparadas a consumidores.

Para Leonardo de Medeiros Garcia (2006, p. 07), defendendo a ideia de Nelson Nery Júnior, a composição do conceito de consumidor definido pelo art. 2º do CDC possui três elementos: “o primeiro deles é o *subjético* (pessoa física ou jurídica), o segundo é o *objetivo* (aquisição de produtos ou serviços) e o terceiro e último é o *teleológico* (a finalidade pretendida com a aquisição de produto ou serviço) caracterizado pela expressão *destinatário final*.”

Ainda de acordo com (GARCIA, 2010, p. 07), essa definição é chamada pela doutrina de consumidor *stricto sensu*, e em conformidade com a definição legal, a única característica restritiva para se alcançar o conceito de consumidor seria a aquisição ou utilização do bem como *destinatário final*. Ocorre que, a legislação não cuidou de definir a expressão destinatário final, deixando tal encargo à doutrina.

Na tentativa de conceituação da expressão supracitada, criou-se na doutrina correntes de pensamento, que como sempre, divergem entre si. Formaram-se duas correntes, a primeira denominada de Finalista e a segunda de Maximalista.

Em conformidade com (FIGUEIREDO; FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2011, p. 24): “Para a teoria finalista a expressão “destinatário final” deve ser interpretada de maneira restrita, sendo consumidor somente aquele que adquire ou utiliza o produto ou serviço (destinatário final econômico), colocando um fim na cadeia de produção”.

Fábio Vieira Figueiredo, Simone Diogo Carvalho Figueiredo e Georgios Alexandridis (2011, p. 24) cita ainda a ilustre jurista Cláudia Lima Marques, que ensina: para os finalistas, pioneiros do consumerismo a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, in. I. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, que é o consumidor e quem não é. Propõem, então que se interprete a expressão ‘destinatário final’ do art. 2º de maneira restrita, como requererem os princípios básicos do CDC, expostos nos artigos. 4º e 6º.

Para os defensores da corrente finalista somente é considerado consumidor aquele que retira o bem do mercado de consumo dando um fim no ciclo de comercialização, em outras palavras, os finalistas defendem que somente é consumidor aquela pessoa que usa o produto ou serviço em seu dia-a-dia, por

exemplo, uma dona de casa que adquire certo produto de limpeza para utilizá-lo em seu lar.

Arrematando a idéia da teoria finalista Nehemias Domingos de Melo (2010, p. 17) escreve o seguinte:

Para os defensores da teoria minimalista, as pessoas jurídicas e os profissionais estão praticamente excluídos da proteção consumerista, pois os mesmos dificilmente poderiam ser considerados consumidores, na exata medida em que seus defensores reservam tal conceito tão somente para as pessoas físicas que retiram do mercado de consumo um bem ou um serviço para seu uso pessoal ou de sua família, como usuário final, admitindo a pessoa jurídica só por exceção, quando seja pequena ou microempresa ou o profissional liberal.

Tratando-se da corrente maximalista, denominada por alguns doutrinadores de objetiva, parte-se da idéia que “a expressão “destinatário final” deve ser interpretada da maneira mais ampla possível, abarcando maior número de relações. Para essa teoria não importa se a pessoa física ou jurídica adquiriu ou utilizou produto ou serviço com o fim de obter lucro” (FIGUEIREDO; FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2011, p. 25).

Entende os defensores da corrente maximalista que a caracterização do consumidor independe se o bem foi adquirido para uso próprio ou para colocá-lo novamente no comércio, se é pessoa física ou jurídica, basta simplesmente que o produto ou serviço seja retirado do mercado de consumo.

Discorrendo sobre a teoria maximalista, Leonardo de Medeiros Garcia (2006, p. 08), *apud* Cláudia Lima Marques (2002, p. 254), no seguinte:

os maximalista ‘vêm nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor-não profissional. O CDC

seria um código para a sociedade de consumo, o qual institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário fático do produto, aquele que retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para seu escritório.

O que se percebe é que os defensores da teoria maximalista procuram simplificar o conceito de consumidor dado pelo CDC. No entanto, essa abrangência dificulta a proteção do consumidor. A teoria em comento deixa de lado os requisitos da vulnerabilidade e da hipossuficiência, desvirtuando assim a essência do Código Consumerista. Sobre o tema, mais uma vez, Cláudia Lima Marques, em razão de seu brilhantismo, é citada por Fábio Vieira Figueiredo (2011, p. 27):

A doutrina e jurisprudência majoritárias adotam, para o alcance da 'expressão destinatário final', a teoria finalista, mas admitem certa mitigação (abrandamento) dessa teoria, para atender a situações em que a vulnerabilidade se encontra demonstrada no caso concreto. Desta forma, destinatário final e, portanto, consumidor é aquele que se encontra vulnerável, o que somente poderá ser verificado no caso concreto.

Importante esclarecer que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em regra, consagra a teoria finalista, para a definição de consumidor, no entanto, admite e reconhece a necessidade de abrandamento em casos específicos, onde a

vulnerabilidade é evidente, esse abrandamento é tratado pela doutrina como uma subteoria do conceito de consumidor, chamada de teoria finalista mitigada.

Neste sentido, a teoria finalista mitiga, atualmente adota, assim como o próprio artigo 2º do CDC passaram a permitir que pessoas jurídicas passassem a ser consideradas como consumidoras, e isso foi um importante passo para que possa identificar o maior número de pessoas participantes da relação de consumo e lhes oferecer uma maior proteção jurídica.

Assim como os demais institutos jurídicos, o consumidor pode ser classificado de modo a facilitar a compreensão de seu conceito, seja pelos sujeitos da relação, pelo seu objeto, pela finalidade ou até mesmo pela natureza do vínculo. Teremos, pois: Quanto a sujeito da relação jurídica: individual, familiar ou coletivo. Pelo ângulo do produtor ou prestador de serviço, consumidor de bens e serviços públicos e de bens e serviços privados.

Quanto ao objeto da relação de consumo: consumidor de bens ou de serviços. Quanto ao vínculo com o produtor: principal ou secundário. Conforme demonstrado, o conceito de consumidor atualmente adotado é bastante amplo e mais dependente de verificação da casuística, sendo suas prerrogativas adotadas quando a situação o exigir.

4 CONCEITO DE FORNECEDOR

O fornecedor é a outra ponta da relação consumerista, enquanto o consumidor é o responsável pela retirada do produto ou utilização do serviço do mercado de consumo, o fornecedor, em conformidade com o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor: “é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Como se extrai do próprio conceito legal, o fornecedor pode ser pessoa jurídica como também pessoa física. A pessoa física é menos visualizada como fornecedora de produtos e serviços, uma vez que a pessoa jurídica, na maioria das vezes, é constituída para tal fim. No entanto, transcrevendo as palavras de Fábio Vieira Figueiredo (2011, p. 34), “a luz da primazia da realidade, será fornecedor pessoa física aquela cuja atividade desenvolvida mostra-se típica de um fornecedor, quase sempre evidenciada por sua habitualidade”.

Para efeito de fornecedor, o CDC também considerou os entes despersonalizados, nas palavras de Rizzatto Nunes (2005, p. 88 e 89):

A colocação do termo “ente despersonalizado” leva-nos a pensar primeiramente na massa falida, o que é adequado. Importante notar que, apesar de uma pessoa jurídica falir, existirão no mercado produtos e, eventualmente, resultados dos serviços que ela ofereceu e efetivou, e que continuarão sob a proteção da lei consumerista.

Não seria adequado, que pelo fato do consumidor ter adquirido um produto ou contratado um serviço, de uma não empresa e por isso ficasse desamparada em caso de problemas no produto ou serviço. Diante disso, Rizzatto Nunes completa acerca dos entes despersonalizados afirmando:

Além disso, é de se enquadrar no conceito de ente despersonalizado as chamadas “pessoas jurídicas de fato”: aquelas que, sem constituir uma pessoa jurídica, desenvolvem, de fato, atividade industrial, comercial, de prestação de serviços etc. A figura do “camelô” está aí inserida. O CDC não poderia deixar de incluir tais “pessoas” pelo simples fato de que elas formam um bom número de fornecedores, que suprem de maneira relevante o mercado de consumo.

O CDC se preocupou em dar abrangência ao conceito de fornecedor, tentando abarcar todos aqueles que disponibilizam no mercado de consumo bens, sejam eles produtos ou serviços. No entanto, como pondera (FIGUEIREDO, 2010, p. 34) “referido

rol é apenas exemplificativo”, em outras palavras, podem-se inserir no conceito de fornecedor, outras pessoas que não estejam taxativamente elencadas no caput do art. 3º do CDC.

Cláudia Lima Marques *apud* (MELO, 2010, p. 27) leciona que “o critério caracterizador é desenvolver atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de uma certa habitualidade, como a transformação, e a distribuição de produtos”.

Em resumo, nos termos do próprio Código de Defesa do Consumidor quem disponibiliza no mercado de consumo produtos e serviços em escala comercial é fornecedor e está sujeito integralmente a seus dispositivos.

5 PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor foi editado segundo os Princípios de um Estado Democrático de Direito aliado a Dignidade da Pessoa Humana. Para tanto, o artigo 5º, inciso XXXII, da Carta Magna, reza que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor, como meio de garantia aos direitos à vida, liberdade, segurança e propriedade, os quais têm ligação direta com o consumo.

A Carta Magna, em seu artigo 170, inciso V, prevê a defesa do consumidor como um dos princípios gerais da atividade econômica, visto que o consumidor é um dos responsáveis pelo desenvolvimento econômico de um país.

Princípios são normas fundamentais a serem analisados nas relações de consumo. Esses estão diretamente vinculados ao conceito de justiça. Nelson Nery Junior (2010, p. 28), refere-se “por intermédio dos princípios é que se torna possível sustentar a existência de respostas adequadas (corretas para cada caso concreto)”.

Com relação aos princípios aplicáveis ao Código de Defesa do Consumidor, destaca Bonatto.

[...] as regras de conduta e as regras de organização do CDC precisam de um “norte” para serem bem entendidas, sendo os princípios, portanto, os pilares do microssistema integrado pelo CDC, pela Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), pela Lei nº 8.884/94 (Lei Anticartel) e outras legislações esparsas. (BONATTO, 2003, p. 28).

A Política Nacional de Defesa do Consumidor tem como objetivo atender as necessidades dos consumidores, respeitando a sua dignidade, saúde e segurança, bem como os interesses econômicos e a harmonia nas relações de consumo, no entanto devem-se respeitar alguns princípios.

O princípio da vulnerabilidade é o “ponto inicial” da lei 8.078/1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, está previsto no capítulo voltado à Política Nacional de Relações de Consumo, no seu art. 4º, inciso I.

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios; I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

O Código de Defesa do Consumidor foi criado para defender do poderio e da força das empresas pessoas que dependem, no atual sistema capitalista, dos produtos e dos serviços por elas oferecidos no mercado de consumo. Consumidores sempre existiram, mas somente no mundo de hoje, no qual o poder econômico das

empresas freqüentemente faz frente às pessoas comuns, que trabalham para manter seu sustento e não vivem do lucro, acabou por tornar tais pessoas vulneráveis.

Como já foi dito nas relações de consumo, trabalha-se com a noção de desequilíbrio entre os contratantes, e, por esta razão, o ordenamento jurídico dispõe de normas que visam proteger o consumidor, parte mais vulnerável nas relações consumerista.

De fato, a vulnerabilidade serviu não apenas como um dos elementos que fundamentaram o surgimento de um sistema de defesa e proteção do consumidor. Para alguns autores, a vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor é um dado de realidade que justifica a adoção de uma serie de normas protetivas pelo ordenamento jurídico.

A vulnerabilidade seria, então, uma realidade pré-jurídica, ou seja, não se trataria de um conceito do direito, mas um conceito reconhecido por ele. Assim, hoje se tem o entendimento de que o individuo é vulnerável pelo simples fato de ser consumidor

Como se percebe, por fazer parte da construção do conceito de consumidor, a vulnerabilidade não é apenas um fundamento que justifica a proteção, como também se configura presunção favorável ao consumidor quando verificada a relação consumerista. A presunção de vulnerabilidade, contudo, não pode ser tomada de maneira taxativa ou absoluta. Nesse sentido:

Entendemos que a verificação da ocorrência de vulnerabilidade é a regra estabelecida na lei, ficando a verificação das eventuais exceções a cargo da prudente apreciação do magistrado, interpretando tais normas *cum grano salis*, tendo aqui cabimento a preocupação externada no inciso III, do artigo 4º, do CDC (...).

As normas previstas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor visam mitigar ou corrigir situações de flagrante desequilíbrio advindas das relações travadas entre consumidores e fornecedores.

De acordo com os ensinamentos de Cláudia Lima Marques cabe estabelecer a existência de três tipos principais de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica e a fática.

6 ESPECIES DE VULNERABILIDADE

A doutrina identifica três espécies principais de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica e a fática.

6.1 Vulnerabilidade Técnica

Fala-se, portanto, em vulnerabilidade técnica quando o consumidor não possui conhecimentos técnicos específicos sobre o produto ou serviço que adquire no mercado e, deste modo, encontra-se em situação propícia ao engano acerca das características e utilidade deste bem.

A vulnerabilidade técnica do consumidor não é profissional é presumida pelo sistema normativo do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Ficando sujeito aos imperativos do mercado, tendo como único aparato a confiança na boa-fé da outra parte. Pode ser observado o que Cláudio Bonatto disserta nessa mesma linhagem:

“Esta vulnerabilidade concretiza-se pelo fenômeno da complexidade do mundo moderno, que é ilimitada, impossibilitando o consumidor de possuir conhecimentos das propriedades, malefícios, e benefícios dos produtos e/ou serviços adquiridos diuturnamente. Dessa forma, o consumidor encontra-se totalmente desprotegido, já que não consegue visualizar quando determinado produto ou serviço apresenta defeito ou vício, colocando em perigo, assim, a sua incolumidade física e patrimonial.”

Deve ser salientado, todavia, que o artigo 2º do diploma legal consumerista não faz qualquer menção à idéia de conhecimento técnico específico da pessoa natural ou jurídica que retira produto ou serviço do mercado enquanto destinatária final. Assim sendo, não cabe, pelo menos a princípio, restringir o âmbito de aplicação das normas consumerista quando se estiver diante de pessoa jurídica ou natural que possa ser categorizada como profissional, mormente quando ela retira produtos ou serviços do mercado de consumo como destinatária final.

Com efeito, em tese se poderia questionar a existência de vulnerabilidade do Estado quando este frui o bem ou serviço como destinatário final, tendo a seu dispor uma equipe técnica capaz de avaliar o serviço ou produto. Entretanto, como a legislação não restringe expressamente a vulnerabilidade nesta situação, tal fato, por si só, não seria suficiente para excluir o Estado do rol de consumidores.

Verifica-se que essa vulnerabilidade vem em decorrência da concepção de consumidor observado por John Kennedy, quando, na declaração dos direitos fundamentais dos Estados Unidos declarou o consumidor como hipossuficiente.

6.2 Vulnerabilidade Jurídica ou científica

O mesmo vale para a denominada vulnerabilidade jurídica ou científica, que se relaciona à falta de acesso a conhecimentos jurídicos, econômicos e contábeis específicos, necessários à celebração e execução equilibrada dos contratos de consumo.

Nessa subespécie de vulnerabilidade se encontram dois posicionamentos distintos. Essa espécie é explicada “na avaliação das dificuldades que o consumidor enfrenta na luta para a defesa de seus direitos, quer na esfera administrativa ou judicial”.

Também neste caso se presume a vulnerabilidade do consumidor, pessoa natural ou jurídica, ainda que seja mais difícil visualizar essa espécie de posição

fragilizada da pessoa jurídica profissional que retira produtos ou serviços do mercado como destinatária final. Nesta hipótese é de se presumir que a pessoa jurídica profissional há de estar amparada em instrumental jurídico e técnico capaz de permitir a melhor realização de seus fins econômicos.

Lembre-se, contudo, como já foi dito anteriormente, a lei consumerista não faz qualquer distinção entre pessoa natural e pessoa jurídica para incidência de seus comandos protetivos e, mais ainda, não há menção, para fins de aplicação do conceito de consumidor, à idéia de profissionalidade.

Assim sendo, vale a presunção de vulnerabilidade, em qualquer de suas modalidades, do consumidor pessoa natural ou jurídica, profissional ou não. Cabe dizer, entretanto, que essa presunção de vulnerabilidade do consumidor pode ser afastada, a partir da análise cuidadosa das características de cada caso concreto, tendo em vista que não é absoluta.

O contra-senso se apresenta na posição de CLÁUDIA LIMA MARQUES que, "é a falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia".

Dentro desse prisma, Alírio Maciel Lima de Brito fecha a discussão afirmando o seguinte no tocante ao posicionamento de Cláudia Lima Marques: "Discordamos da conceituação oferecida pela ilustre jurista, pois da maneira por Ela exposta estamos diante da vulnerabilidade técnica".

6.3 Vulnerabilidade Fática ou Socioeconômica

A vulnerabilidade fática (também conhecida como vulnerabilidade econômica) é a real desproporção fática de forças existentes entre os protagonistas da relação de consumo. O consumidor é considerado fraco diante de um fornecedor que possui um grande poderio econômico, de maneira que, somente resta ao consumidor se submeter às imposições do fornecedor.

Quando o STJ diz que “há de ser considerada a vulnerabilidade do mutuário, não só decorrente da sua fragilidade financeira, mas também, pela ânsia e necessidade de adquirir a casa própria e se submete ao império da parte financiadora, econômica e financeiramente muitas vezes mais forte” está considerando que o consumidor-mutuário é vulnerável pelo ponto de vista fático.

A vulnerabilidade fática do consumidor em relação de consumo é reconhecida em virtude de sua fraqueza intelectual, psicológica e econômica.

7 O ESTADO E AS RELAÇÕES DE CONSUMO

Para a satisfação do bem estar coletivo a administração pública contrata obras e serviços que devem ser satisfatório aos cidadãos, com isso disponibiliza de recursos públicos para atender as ações prioritárias exigidas para a comunidade.

Na relação contratual estabelecida pela Lei de Licitações e Contratos a posição da Administração, em regra, é a de usuária ou adquirente de bens, consumidora final, não sendo fornecedora. Mas não se lhe pode recusar, quando for usuária ou consumidora, como destinatária final, a proteção legal, como a reparação de danos patrimoniais ou por defeitos relativos à prestação de serviços públicos.

O Estado pode se inserir regularmente nas relações de consumo, se colocando como destinatário final do serviço ou produto disponibilizado no mercado pela cadeia de fornecedores. Uma vez estando nesta situação, caberia verificar a existência ou não dos aspectos da vulnerabilidade em relação ao Estado.

Não se alegue que a Administração, gozando das benesses da lei especial, a que se submetem os contratos administrativos, não necessita do agasalho do Código.

Realmente, o artigo 76 da Lei 8666/93 dispõe que a Administração rejeitará, no todo ou em parte, a obra, o fornecimento ou o serviço executado, contrariamente aos termos do contrato, ensejando assim a rescisão, com as conseqüências contratuais, legais e regulamentares.

Aliás, o artigo 54 expressamente indica, com precisão matemática, que os contratos administrativos se regem pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público e de direito privado e, ainda, pela teoria geral dos contratos, numa harmônica constelação

O Código de Defesa do Consumidor, tratando dos partícipes das relações de consumo, procura tratar desigualmente pessoas desiguais, “levando-se em conta que o consumidor está em situação de manifesta inferioridade frente ao fornecedor de bens e serviços ”(Filomeno, José Brito. In: Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 26).

Estado como contratante/consumidor ele deve seguir necessariamente os procedimentos legais de licitação e contratação, com destaque para as previsões da Lei n. 8.666/1993 (Licitações e Contratos) e Lei n. 10.520/ 2002 (Pregão).

Isto porque, na Lei 8.666/1993 o Estado conta com um serie de regras e princípios que lhe garantem uma “posição de vantagem” em relação ao contratante particular, em prestígio do princípio administrativo da supremacia do interesse público. Interessamos, as hipóteses legais que contêm permissivo para que o Estado adquira bens ou serviços no mercado de consumo.

Cabe analisar se existe a aplicação de algum princípio, norma especial ou garantia de outro ramo do Direito, a que o Estado faça jus pelo ordenamento jurídico, por se tratar de Poder Público.

Já os contratos administrativos submetem-se ao regime jurídico administrativo. A expressão regime jurídico administrativo é reservada para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o direito administrativo, colocando a

Administração Pública numa posição privilegiada vertical, na relação jurídica - administrativa (Maria Sylvia Zanella di Pietro).

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de direito administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 383), o contrato administrativo “é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado”.

Destarte, nos contratos administrativos, o órgão ou entidade estatal contratante coloca-se, na relação, com inegável superioridade jurídica, sempre como forma de proteger o interesse público.

Dois elementos são essenciais para o deslinde da questão. O primeiro diz respeito ao pressuposto inafastável de que, nas relações de consumo, há vulnerabilidade do consumidor, havendo necessidade de atribuir-se-lhe vantagens jurídicas naquela relação de modo a compensar o desequilíbrio imposto por sua hipossuficiência perante o fornecedor. O segundo é relativo ao conceito de consumidor como destinatário final, ou seja, aquele que retira o bem do mercado ao adquirir, aquele que coloca um fim na cadeia de produção.

No que concerne à vulnerabilidade do consumidor, ainda segundo Cláudia Lima Marques (ob. cit., p. 147/148), existem três tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica e a fática. Na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. A vulnerabilidade técnica, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não-profissional, mas também pode atingir o profissional, destinatário final fático do bem.

Não só é possível, como até mesmo provável, que o Estado, em determinada situação concreta, se encontre em posição mais frágil em relação a determinado fornecedor de produtos ou serviços no mercado de consumo, especialmente quando

falte a ele conhecimentos mais específicos sobre as características e utilidade das mercadorias (produtos ou serviços) adquiridas.

A vulnerabilidade jurídica é a falta de conhecimentos e meios jurídicos específicos, bem como a ausência de condições para ter acesso a eles. No plano jurídico, “a vulnerabilidade do consumidor manifesta-se na alteração dos mecanismos de formação dos contratos, que deu origem ao aparecimento e consolidação dos contratos de massa” (Amaral Jr. Apud Cláudia Lima Marques. ob. cit., p. 148).

Esta vulnerabilidade, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não-profissional, e para o consumidor pessoa física. Quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas vale a presunção em contrário, isto é, de que devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos ou devem poder consultar profissionais especializados antes de obrigar-se.

A vulnerabilidade fática ou econômica relaciona-se ao fato de que o fornecedor, por sua posição de monopólio, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam, por exemplo, quando um médico adquire um automóvel, através do sistema de consórcios, para poder atender suas consultas e submete-se às condições fixadas pela administradora de consórcios.

Observa-se, portanto, perfeitamente possível ao órgão ou entidade pública contratante, a despeito de sua supremacia jurídica, presumida por lei, estar numa posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor.

Nesse sentido, caberia agora a nos indagar em quais dos três tipos de vulnerabilidade o Estado, enquanto destinatário final de produtos e serviços postos no mercado de consumo, regra geral, pode se enquadrar. Em princípio não há o que poderíamos excluir do âmbito de proteção do consumidor, ainda que este seja o Estado, qualquer tipo de característica intrínseca de vulnerabilidade.

Relativamente ao conceito de consumidor, a doutrina e a jurisprudência majoritárias tendem a defini-lo como o destinatário final do produto ou serviço, ou seja, aquele que adquire o produto ou serviço para atender a necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma atividade comercial.

O conceito não abrange, portanto, aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para oferecê-lo ao seu cliente, este sim, consumidor final. “Portanto, em princípio, estão submetidos às regras do Código os contratos firmados entre o fornecedor e o consumidor não-profissional, e entre o fornecedor e consumidor, o qual pode ser um profissional, mas que, no contrato em questão, não visa lucro, pois o contrato não se relaciona com sua atividade profissional, seja este consumidor pessoa física ou jurídica” (Marques, Cláudia Lima, ob. cit., p. 150).

Nesse sentido, parece essencial a José Geraldo Brito Filomeno (ob. cit., p. 30):

“a) se o consumidor/fornecedor’, na hipótese concreta, adquiriu bem de capital ou não;

b) “se contratou serviço para satisfazer uma necessidade ou que lhe é imposta por lei ou natureza de seu negócio, principalmente por órgãos públicos”

“Ninguém por certo negará sua condição de consumidoras ao adquirirem produtos defeituosos ou contratarem serviços deficientes” (ob. cit., p. 31). Com mais razão ainda, o princípio aplica-se aos órgãos e entidades públicas, por natureza não lucrativos, em cuja essência encontra-se o interesse público. A exceção evidentemente está nas empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, constituídas na forma do artigo 173 da Constituição.

8 O ESTADO COMO CONSUMIDOR

Inicialmente, quando falamos do Estado como consumidor, temos que ter em mente que parte da doutrina assim não o considera, pois para o Estado ser considerado consumidor e necessário o reconhecimento da vulnerabilidade, ou seja, o reconhecimento do desequilíbrio entre consumidor e fornecedor.

Para os defensores da corrente de que o Estado não poderia ser considerado consumidor, eles assim o faz por duas razões: A primeira é que, para que se possa ser considerado consumidor, deve existir uma vulnerabilidade entre consumidor e fornecedor, ou seja, um desequilíbrio na relação de consumo, consoante prevê o artigo 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor.

Esta vulnerabilidade não ocorreria quando o Estado contrata, eis que se encontra sujeito a um regime jurídico próprio que o coloca em posição de supremacia em face do contratado. A segunda razão é que, por força deste regime jurídico peculiar, é o Estado quem define a prestação a ser executada pelo particular, assim como as condições contratuais que disciplinaram a relação jurídica, ou seja, o Estado tem o poder de requisitar e descrever o objeto contratual.

Confira-se, neste sentido, a lição de PEDRO PAULO CRISTOFARO:

Assim, o Estado, quando contrata, como “destinatário final”, o fornecimento de bens ou serviços, o faz mediante normas próprias de Direito Administrativo que lhe outorgam uma proteção específica que não se superpõe, sob pena de implementar-se incontrolável confusão, aquela que a Lei nº. 8.078/90 dispensa aos “consumidores”. O Estado adquire bens e serviços das empresas privadas, mas o fazem em condições próprias e peculiares que o protegem – ou devem protegê-lo desde que os administradores sejam diligentes como é o seu dever --, melhor do que são protegidos os destinatários do Código de Defesa do Consumidor. O Estado (refiro-me às

peças jurídicas de Direito Público, não às empresas estatais que se submetem às normas de direito privado – CF de 1988, art.173,§1º) pode ser fornecedor (v. arts. 4º, VII, 6º, X e 22 da Lei 8.078/90. Aliás, essa proteção certamente desfavoreceria o Estado, limitando-lhe o poder de autotutelar seus interesses.

MARÇAL, JUSTEN FILHO também se posiciona nesta linha:

“Alguém poderia defender a aplicação subsidiária do regime da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), no tocante à responsabilidade por vício do produto ou do serviço. Isso é inviável, porquanto a Administração é quem define a prestação a ser executada pelo particular, assim como as condições contratuais que disciplinarão a relação jurídica. Ainda que se pudesse caracterizar a Administração como “consumidor”, não haveria espaço para incidência da regras do CDC, estando toda a matéria subordinada às regras da Lei de Licitações, do ato convocatório e do contrato. Quando muito, poderia cogitar-se da situação quando a Administração Pública adquire produto no mercado, em situação equivalente à de um consumidor”¹⁵.

Com efeito, o entendimento apresentado é adotado por parte da doutrina internacional e decorre do fato de que os consumidores intermediários ou os que se valem de produtos ou serviços, como bens de produção, devem ser excluídos do conceito de consumidor.

Essa posição decorre do entendimento de que os órgãos públicos são verdadeiros fornecedores, ou seja, consumidores intermediários, já que utilizam os bens e serviços como instrumentos de execução de seus serviços, não estando, portanto, sob a égide da Lei n. 8.078/90. Nesse sentido, o Poder Público não seria consumidor, uma vez que não adquire os serviços como consumidor final.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal – Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Dialética, 8ª Ed, 2000

Ademais, também se fundamenta a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no fato de que a Administração Pública, ao celebrar os seus contratos, encontra-se em uma posição de supremacia que, por sua vez, não se coaduna com um sistema jurídico de tutela típico do Código em tela, que exige um prova da vulnerabilidade, conforme a corrente dos finalistas adotada pela maioria da doutrina, ao caracterizar o destinatário final.

Ocorre que, a Administração Pública não atua na busca de lucro, mas sim na prestação de serviços à coletividade e, como tal, pode ser considerada usuária final destes serviços.

Dessa forma, Toshio Muka¹⁶ assevera, com muita pertinência, que o Código de Defesa do Consumidor pode e deve ser invocado pelo contratante, uma vez que, ao contratar o fornecimento de bens ou serviços, coloca-se na posição de destinatário final e, portanto, sob a égide protetora da Lei 8.078/1990, não podendo a mesma ser ignorada.

De fato, a supremacia jurídica determinada pela legislação administrativa, não afasta a possibilidade de vulnerabilidade técnica ou econômica. Sendo assim, dependendo da situação e circunstâncias do caso concreto, a Administração poderá ser considerada vulnerável quando adquirir produtos ou utilizar serviços na qualidade de destinatário final, merecendo, portanto, a tutela jurídica da Lei n. 8.078/90. Nestes casos, como a finalidade da atuação administrativa é o interesse público, deve ser em nome deste que o Código de Defesa do Consumidor será aplicado, sempre de forma subsidiária, aos contratos administrativos, nas situações em que esteja configurada a vulnerabilidade do ente contratante.

O entendimento a ser adotado por esta obra, então, é o de que o órgão ou entidade pública poderá ser considerado consumidor final e, como tal, gozar dos benefícios do CDC sempre que estiver em posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor, visto que a superioridade jurídica do ente público é presumida nos contratos administrativos e desde que a

¹⁶ MUKAI, Toshio – Direito Administrativo Sistematizado. São Paulo: Saraiva, 1999

Administração esteja adquirindo o produto ou serviço na condição de destinatário final, ou seja, para o atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma atividade econômica.

Sendo este o entendimento, o poder público poderá aplicar sanções que não estão previstas na Lei. 8.666/93, mas são previstas no Código de Defesa do Consumidor, como, por exemplo, a inclusão do nome do fornecedor no cadastro de maus fornecedores, previsto no art. 44, CDC, assim como pleitear ao juiz imposição de contrapropaganda, no caso de se verificar que, mediante procedimento licitatório, o fornecedor incorre na prática de publicidade enganosa ou abusiva, consoante art. 56 e 60, do CDC.

Pode-se concluir, portanto, que, não obstante a divergência do tema, entende-se que a corrente mais consentânea com os princípios do direito brasileiro e do direito internacional, do qual tem origem a tutela aos consumidores, é a que admite a Administração Pública como destinatária final, e, conseqüentemente, como consumidora, sempre que estiver em posição de vulnerabilidade na aquisição de bens e serviços.

Inclusive, o conceito jurídico de consumidor estampado no art. 2º da Lei n. 8.078/90 se coaduna perfeitamente com este entendimento, mesmo tratando-se de uma pessoa jurídica de direito público, já que a lei prevê pessoa jurídica em geral.

O Tribunal de Contas da União já enfrentou esta questão, tendo o entendimento sido o da permissibilidade da aplicação da Lei n. 8.078/90 aos Contratos Administrativos de forma subsidiária. Foi no processo n. TC-015.972/1999-2 atinente ao Relatório de Auditoria realizada no Instituto de Pesquisas da Marinha – IPqM, nos dias 29 e 30/11/1999, abrangendo a área de contratos de consultoria celebrado com a empresa IES S. A. Informática e Engenharia de Sistemas.

O acórdão segue transcrito abaixo:

1. Processo TC 015.972/1999-2 (com 1 anexo)
2. Classe de Assunto: I – Pedido de Reexame.

3. Interessada: Diretoria de Contas da Marinha.
4. Unidade: Instituto de Pesquisas da Marinha (IPqM).
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Jatir Batista da Cunha.
7. Unidade Técnica: 3ª Secex/Serur.
8. Decisão: Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da Primeira Câmara, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento no art. 48 c/c os artigos 32, parágrafo único, e 33 da Lei 8.443/92 e nos arts. 230 e 233 do Regimento Interno, DECIDEM:
 - 8.1. conhecer do expediente encaminhado pela Diretoria de Contas da Marinha como Pedido de Reexame e dar-lhe provimento parcial;
 - 8.2. dar à determinação constante do item II, do Ofício – 3ª Secex 1.064/00, que comunicou ao IPqM a deliberação tomada por esta Primeira Câmara, em sessão de 6.6.00, contida na Relação 44/00, Ata 19/00, a seguinte redação:

“II – observe, nas contratações futuras, as disposições constantes da Lei 8.666/93, artigo 57, que dispõe sobre o prazo da duração dos contratos, sem incluir no período de vigência o prazo de garantia, uma vez que esse direito, de acordo com o que preceitua o art. 69, e o § 2º, do art. 73, todos da Lei 8666/93, perdura após a execução do objeto do contrato.”
 - 8.3. esclarecer ao IPqM que, nas hipóteses em que for aplicável a Lei 8.078/90, poderá exigir do contratado, termo de garantia em separado, segundo o disposto no art. 50 e parágrafo único, da mencionada lei; e
 - 8.4. dar ciência desta Decisão ao IPqM e à Diretoria de Contas da Marinha.

Pelo exposto, a Administração Pública, apesar de sua supremacia jurídica, na celebração de contratos, disposta na lei 9.666/93, pode, em algumas situações, se tornar vulnerável tecnicamente, factualmente e economicamente, merecendo,

nestes casos a aplicação, de forma subsidiária, do sistema jurídico de tutela que é proporcionado pelo Código de Defesa do Consumidor, independentemente da modalidade de contrato celebrado pela administração, sejam contratos administrativos ou os contratos privados celebrados pelo poder público.

O fato de a Administração Pública ter a possibilidade de definir o objeto da licitação não ilide as circunstância fática de que os bens, serviços e obras adquiridos são aqueles que se encontram disponíveis no mercado e, portanto sujeitos a caracterização e descrições usualmente praticadas pelo fornecedor desses objetos.

Em outras palavras o simples fato do ente público requisitar o objeto da contratação não faz com que o mesmo adquira bens e serviços diferentes do setor privado e nem torna o Estado um contratante privilegiado.

Não seria viável criar expectativa de que um órgão ou mesmo entidade pública por mais aparelhado que seja deva dispor de servidores e técnicos que conheçam profundamente todos os objetos a serem adquiridos.

CONCLUSÃO

Nos últimos cinqüenta anos, a par do surgimento dos blocos econômicos comunitários, entre os quais se destaca a União Européia, assistimos ao agigantamento dos grupos econômicos e empresariais e à concentração da produção em empresas em variados setores.

E no crepúsculo do século passado, o fenômeno da globalização possibilitou ainda mais que os fornecedores de produtos e de serviços se unissem em corporações internacionais de grande porte. Enquanto isso, do outro lado, permanecia os “consumidores” em sua esfera individual, como destinatários finais dessa produção.

Neste contexto, a sistematização do direito do consumidor surgiu como respostas da ciência jurídica ao abismo entre as poderosas redes de fornecedores e os milhões de consumidores, que se viam afastados da efetiva proteção de seus direitos.

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) aos serviços públicos tem sido debatida pela doutrina e pela jurisprudência atuais.

O objetivo foi o de estabelecer as possibilidades de incidência do CDC nos contratos firmados pelo Estado através de licitação ou não. Da mesma forma, foi apresentadas argumentações sobre a possibilidade de o Estado ser qualificado como consumidor para se beneficiar da aplicação do CDC, tema ainda incipiente na doutrina nacional.

Com o passar dos tempos houve grande avanço na conscientização da sociedade que em tempos passados ficavam inerte quando o estado contratava obras ou serviços os quais eram executados com emprego de matérias de baixa qualidade, isto levaria o Estado a ter que desembolsar mais recursos para execução do mesmo serviço que já foi anteriormente contratado e prestado de forma ineficaz.

Com a ampliação do exercício da cidadania o povo passou a exigir do estado melhores contratações como forma de melhor atender ao fim esperado pela sociedade, pois sabemos que não se esta a tratar de verba particular a qual pode ser livremente disposta, mas sim de verba pública a qual não pode ser disposta sem que haja o retorno esperado para o fim que ora se esperava.

Muitos consideram a legislação fraca ou carente de elementos efetivos de punibilidade, elementos considerados essências, o regramento traz sim uma serie de elementos que se bem interpretados podem ser utilizados para punir aqueles que se utilização de desvio de conduta para praticar atos que onerem o Estado na execução da obra ou serviço.

O emprego de material de boa qualidade na execução de obras e serviços permitira aos técnicos e cidadãos conhecerem que o investimento realizado obedece ao padrão da normatização técnica da ABNT.

Por outro lado seria inviável ao Estado a manutenção de um corpo de funcionários capacitados em diversas áreas técnicas para acompanhar cada projetista, nos seus diversos setores de fiscalização, em cada órgão público, menos naqueles de menor porte financeiro.

Muitas das vezes os técnicos de controle estão mais preocupados com o processo licitatório, e deixam passar despercebida a fase executiva, que é aquela que, se não determinar totalmente, acaba por influir direta e significativamente sobre a qualidade na execução da obra.

Não há tampouco uma abordagem sobre a qualidade dos projetos apresentados pelo vencedor, justificando ser uma etapa discricionária, sem perceber com isso que esta análise e que definirá objetivamente a qualidade da obra a ser desejada pelo contratante, sendo de existência bem definidas as regras e de cumprimento compulsório pelas partes aquela prevista na lei de licitação e no edital de contratação.

As obras e serviços públicos devem ser planejados de forma a atender as necessidades da sociedade obedecendo sempre o que for melhor ao fim sem termos com isso de disponibilizar de recursos por um serviço de má qualidade prestado ao ente estatal sem direito a receber de volta ou ter novamente o serviço executado quando ficar evidenciado que o material utilizado não obedecia as normas da ABNT ou por serem de baixa qualidade visível ao homem médio.

No Ordenamento Jurídico Brasileiro, existe grande controvérsia se poderíamos atribuir ao Estado a condição de consumidor ou não, muitos partem da idéia de grandeza do mesmo frente aquele que com ele contrata, por outro lado alguns entendem que não há previsão normativa na lei para excluirmos o Estado desta proteção.

O Estado nos representa enquanto sociedade ele é responsável pela administração dos recursos públicos que ao serem utilizados devem ser empregados de forma a atender ao fim para o qual foi destinado, por outro lado estaríamos a contemplar com benefícios aquele que com ele contrata e executa seus projetos empregando material de baixa qualidade com objetivo de que nunca cesse o serviço.

Tendo em vista a possibilidade de existir vulnerabilidade técnica por parte dos agentes públicos em relação ao fornecedor, bem como pelo fato do conceito legal de consumidor (art. 2º do CDC) não estabelecer qualquer restrição nesse sentido.

Realmente, ainda que a situação seja rara, parece possível em determinadas situações considerar o Estado como consumidor, desde que haja vulnerabilidade técnica em relação ao fornecedor.

Por melhor preparo técnico dos agentes públicos, não é possível exigir que eles conheçam todos os bens e serviços oferecidos no mercado, sendo possível que determinados particulares tenham uma relevante supremacia técnica em casos pontuais.

É bem verdade que a Lei nº 8.666/93, em regra, protege, suficientemente, o Estado em situações de inadimplemento contratual ou de necessidade de mudanças contratuais para o melhor atendimento do interesse público.

Todavia, o CDC confere proteção suplementar importante que, por vezes, são necessárias à proteção do Estado. No que se refere à responsabilidade civil por vício ou defeito do produto ou serviço, por exemplo, o Estado poderia se valer da responsabilidade civil solidária e objetiva, prevista no CDC, para pleitear ressarcimento não apenas em relação ao fornecedor, mas também em relação às demais pessoas que participaram da cadeia de consumo (artigos 12 e 18 do CDC).

Da mesma forma, além das sanções previstas na Lei nº 8.666/93, o Estado-consumidor poderia aplicar outras sanções, previstas no CDC (ex: inscrição do nome do contratado no cadastro de maus pagadores ou pleitear ao juiz uma “contrapropaganda”).

Seria indiscutível aplicação do CDC aos contratos administrativos e aos contratos privados da Administração, sendo possível considerar o Estado como consumidor, desde que verificada a vulnerabilidade técnica.

O que verdadeiramente falta ao judiciário diante do caso concreto seria analisar as teorias existentes sobre as espécies de vulnerabilidade e identificar que há por parte do Estado vulnerabilidade técnica, pois muitas das vezes em caso de execução de obras e serviços é fácil notar que o material ora empregado não satisfaz as exigências regulamentares para que possam ser empregados em qualquer serviço ou obra.

Por outro temos que ter em mente que o Estado quando contrata seja ou não através de licitação o faz por pessoas que muitas das vezes não possui nenhum conhecimento técnico ou científico para analisar o projeto apresentado pela empresa ou pelo consorcio vencedor do certame, o que se procura e que o dinheiro público seja investido de forma a satisfazer as necessidades dos que se beneficiaram com a utilização da obra ou serviço.

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**, 05 de outubro de 1988. Brasília: Diário Oficial da União. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 04outubro2015.

BRASIL. **Lei nº. 8078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providencias. Brasília: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em <[Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em 04outubro2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COSTA, Ângelo Brandelli. HENNINGEN, Inês. Processos de Subjetivação nas políticas de defesa do consumidor: Vulnerabilidade e cidadania em questão. **Psico**.(Rev.) V.41,n.3,PP.406-4013. p.408.

CORRÊA, Luis Fernando Nigro. CORRÊA, Osiris Leite. **Código de Defesa do Consumidor: aspectos relevantes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8º Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

http://download.rj.gov.br/documentos/10112/754454/DLFE-45731.pdf/Revista_60_Doutrina_pg_50_a_58.pdf

JUSTEN FILHO, Marçal – **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 8ª Ed, 2000

NORAT, Markus Samuel Leite. Evolução Histórica do Direito do Consumidor. **Revista Cognitione Juris**. João Pessoa. Ano I, n. 2, agosto de 2011. Disponível em <<http://www.cognitionejuris.com/artigos/02/12.htm>>. Acesso 04outubro2015.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 4ª Ed.. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

MUKAI, Toshio – **Direito Administrativo Sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999

[1] Alguns registros atribuem, erroneamente, a invenção da moeda aos gregos. É bem verdade que a Grécia Antiga tinha sua própria moeda, a primeira versão do *Dracma*, identificado pela efígie de coruja, desde 575 a.C.; porém a invenção da moeda se deu, realmente, muito antes disso, no antigo reino da Lídia, na Anatólia, onde os reis decidiram cunhar a antiga moeda *Stater*, que trazia um leão em seu semblante. Após o surgimento da *Stater*, foi que os gregos, e depois os romanos, cunharam suas moedas.

[2] FIGUEIRA, Divalte Garcia. *História*. São Paulo: Ática, 2001. p. 198. Volume Único.

- [3] FILOMENO, José Geraldo Brito, **Manual de direitos do consumidor**. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2010.
- [4] CABRAL, Plínio. **Propaganda, técnica da comunicação industrial e comercial**. São Paulo: Atlas, 1986. p. 19. *Apud* BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos in GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- [5] RÓNAI, Paulo. **in Dicionário universal nova fronteira de citações**. *Apud* FILOMENO, José Geraldo Brito in GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Ibidem*.
- [6] SIDOU, J. M. Othon. **Proteção ao consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- [7] ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. *Toda a história: história geral e história do Brasil*. São Paulo: Ática, 2001.
- [8] MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- [9] ARISTÓTELES. **Constituição de atenas**. São Paulo: Hucitec, 1995. p. 103-247. *Apud* FILOMENO, José Geraldo Brito, *Op. Cit.*, p. 3.
- [10] NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. 15 ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- [11] FILOMENO, José Geraldo Brito.
- [12] GAMA, Hélio Zaghebo. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- [13] KENNEDY, John F. (John Fitzgerald). *John F. Kennedy: containing the public messages, speeches, and statements of the president, january 1 to december*

31, 1962 Collection Public Papers of the Presidents of the United States.
Washington: Office of the Federal Register National Archives and Records Service
General Services Administration, 1963. (Texto traduzido livremente pelo autor).

[14] FILOMENO, José Geraldo Brito.