

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 819

(Ano IX)

16/09/2017)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2017

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*. Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



15/09/2017 Valdinei Cordeiro Coimbra

» [Efeitos da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/CONFINS para o Direito Penal Tributário](#)

ARTIGOS

14/09/2017 Lucas Martins Sanson

» [Produção judicial normativa: um comentário propedêutico a sistemática do direito jurisprudencial](#)

14/09/2017 João Paulo Santos Borba

» [A celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos de infrações disciplinares de menor potencial ofensivo](#)

14/09/2017 Kely Inila Rambo

» [Uma análise sobre a impenhorabilidade do bem de família](#)

13/09/2017 Kiyoshi Harada

» [Breves comentários ao texto preliminar da Reforma Tributária](#)

13/09/2017 Elder Corrêa Sena

» [Teoria geral do crime e a teoria tripartite: o corte metodológico](#)

13/09/2017 Sergio Ricardo do Amaral Gurgel

» [Os vinte anos do Código de Trânsito brasileiro](#)

12/09/2017 Bruno Fonseca de Andrade

» [Análise crítica do prazo legal para impugnação ao cumprimento de sentença \(Art. 525 do novo Código de Processo Civil de 2015\)](#)

12/09/2017 Giuliana Freitas Spano

» [É cabível a remessa necessária nas ações de improbidade administrativa?](#)

12/09/2017 Roberto Monteiro Pinho

» [JT estagnada está ociosa e desestruturada](#)

11/09/2017 Julio Vicente Andrade Diniz

» [Mudança de nome e gênero para as pessoas trans e a proteção do direito fundamental à identidade de gênero](#)

11/09/2017 José Mário Delaiti de Melo

» [Limitações ambientais à propriedade imobiliária privada no Brasil](#)

11/09/2017 Lesimônia Soares Costa

» [Os movimentos sociais raciais](#)

MONOGRAFIA

11/09/2017 Heloíne Pereira dos Santos

» [Limites da discricionariedade administrativa: exoneração de cargo comissionado e a teoria dos motivos determinantes](#)

EFEITOS DA INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS PARA O DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA: Advogado exercendo o cargo de Assessor de Procurador-Geral da CLDF. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário de Direito Penal e Orientação de Monografia. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado). Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF.

Notícia o site do Supremo Tribunal Federal que a **“Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins é inconstitucional”**, decidindo o que já se consolidava nas instâncias inferiores, sem receptividade na Fazenda Pública, pois não é lógico pagar PIS e COFINS sobre patrimônio que não possui. Vale a pena trazer à colação a referida notícia^[1]:

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em sessão nesta quarta-feira (15), decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins). Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 574706, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se

incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

Prevaleceu o voto da relatora, ministra Cármen Lúcia, no sentido de que a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade social previstas nas Constituição, pois não representa faturamento ou receita, representando apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual. A tese de repercussão geral fixada foi a de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins”. O posicionamento do STF deverá ser seguido em mais de 10 mil processos sobrestados em outras instâncias.

Além da presidente do STF, votaram pelo provimento do recurso a ministra Rosa Weber e os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. Ficaram vencidos os ministros Edson Fachin, que inaugurou a divergência, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. O recurso analisado pelo STF foi impetrado pela empresa Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos Ltda. com o objetivo de reformar acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) que julgou válida a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições.

Votos

O julgamento foi retomado na sessão de hoje com o voto do ministro Gilmar Mendes, favorável à manutenção do ICMS na base de cálculo da Cofins. O ministro acompanhou a

divergência e negou provimento ao RE. Segundo ele, a redução da base de cálculo implicará aumento da alíquota do PIS e da Cofins ou, até mesmo, a majoração de outras fontes de financiamento sem que isso represente mais eficiência. Para o ministro, o esvaziamento da base de cálculo dessas contribuições sociais, além de resultar em perdas para o financiamento da seguridade social, representará a ruptura do próprio sistema tributário.

Último a votar, o ministro Celso de Mello, decano do STF, acompanhou o entendimento da relatora de que a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins é inconstitucional. Segundo ele, o texto constitucional define claramente que o financiamento da seguridade social se dará, entre outras fontes, por meio de contribuições sociais sobre a receita ou o faturamento das empresas. O ministro ressaltou que só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa, o que não ocorre com o ICMS, que é integralmente repassado aos estados ou ao Distrito Federal.

Modulação

Quanto à eventual modulação dos efeitos da decisão, a ministra Cármen Lúcia explicou que não consta no processo nenhum pleito nesse sentido, e a solicitação somente teria sido feita da tribuna do STF pela Procuradoria da Fazenda Nacional. Não havendo requerimento nos autos, não se vota modulação, esclareceu a relatora. Contudo, ela destacou que o Tribunal pode vir a enfrentar o tema em embargos de declaração interpostos

com essa finalidade e trazendo elementos para a análise.

Resta agora verificar as consequências da decisão no âmbito do Direito Penal Tributário, pois muitos empresários respondem a ações penais, outros até mesmo foram condenados por terem excluído da base do cálculo do PIS/COFINS o ICMS, sendo-lhes imputados o art. 1º, inc. II, da Lei n. 8.137/90, que tem a seguinte teor:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

[....]

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

Ora, se a decisão do STF entendeu que o ICMS não pode integrar a base de cálculo do PIS e COFINS, significa dizer que o crédito constituído definitivamente, que fez incidir o ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, e que tem como consequência a caracterização do crime tributário, consoante Súmula Vinculante n. 24 do STF, tal conduta por parte da Fazenda Nacional deve ser revista, com o recálculo do tributo recortando o ICMS de tais créditos, para ao final constituí-lo novamente.

Neste sentido, para os casos concretos em que o crédito tributário objeto da ação penal foi reduzido em face da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez declarada a inconstitucional a sua inclusão, o crime deixa de existir, pois não tem mais materialidade. A redução do tributo, nestes termos, não implica em conduta criminosa, mas sim um direito do contribuindo, agora reconhecido pela Suprema Corte.

Assim, nestas hipótese específica, não há outra solução senão a de trancar as ações penais em curso, uma vez que, consoante Súmula Vinculante n. 24 do STF, não há materialidade do delito. Para os casos

em que já existem condenações transitadas em julgado, deve o juiz da execução criminal extinguir a punibilidade, pois a decisão do Supremo tornando inconstitucional a inserção do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS deve ser aplicada de forma retroativa uma vez que é benéfica para o acusado ou condenado, pois torna a conduta que antes era crime em conduta lícita.

No nosso entendimento, mesmo que o STF, em sede de embargos de declaração, faça a modulação dos efeitos da decisão, o que será certo tendo em vista a manifestação da Ministra Carmem Lúcia, entendemos que na esfera penal a decisão da Suprema Corte deve retroagir, pois equipara-se à causa de extinção de punibilidade pela *abolitio criminis*, pois o que antes era considerado ilícito (excluir da base de cálculo do PIS e COFINS o ICMS) passou a ser lícito, ou seja, se uma lei tipifica um crime e posteriormente o STF a considera inconstitucional, não há como modular os efeitos dessa decisão na esfera penal, apenas para garantir que aqueles que foram condenados na sua vigência continuem executando a pena. Seria muita injustiça da mais alta Corte de Justiça.

NOTA:

[1] Disponível

em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=338378&tip=UN> . Acesso em 16 mar. 2017.

PRODUÇÃO JUDICIAL NORMATIVA: UM COMENTÁRIO PROPEDÊUTICO A SISTEMÁTICA DO DIREITO JURISPRUDENCIAL

LUCAS MARTINS SANSON: Advogado.
Especialista em Direito Tributário pela
Anhaguera-Uniderp/SP.

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo introduzir uma análise contextual daquilo que alguns teóricos convencionaram denominar “teoria dos precedentes judiciais” face à inovação legislativa trazida pelo Novo Código de Processo Civil em seu Livro III, Título I, Capítulo I, abordando-se, em primeiro plano, a distinção existente entre os precedentes, jurisprudência e súmula; num segundo plano trazer a lume um panorama constitucionalmente adequado do direito jurisprudencial, e num terceiro momento, expor como as produções judiciais normativas no direito contemporâneo representam uma técnica de proteção do direito objetivo.

Palavras-chave: Precedente. Jurisprudência. Súmula. Produção judicial normativa.

ABSTRACT: The present study has since objective introduces an analysis circumstantial of what some theoreticians agreed to call “theory of the judicial precedents” in front the legislative innovation brought by the New Code of Civil Process in his Book III, Title I, Chapter I, when the existent distinction is boarded, in the foreground, between the precedents, jurisprudence and summula, and, in a flat second to bring to fire a constitutionally adapted view of the right jurisprudencial and, in a third moment, to expose like the precedents in the contemporary right they represent a technique of protection of the objective right.

Keyword: Precedent. Jurisprudence. Summula. Prescriptive judicial production.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo tem por objetivo uma breve análise do instituto em epígrafe e com base alguns referenciais bibliográficos esboçar de forma

sucinta alguns dos desdobramentos decorrentes de sua positivação no ordenamento jurídico pátrio. Ressalta-se, de plano, não se vislumbrar exaurir a matéria, senão que exteriorizar o esforço empreendido para se alcançar a uniformidade, estabilidade e coerência das decisões judiciais proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário como legítimo instrumento de proteção do direito objetivo.

Nesse vislumbre, tem-se que o exame da temática em apreço (versando acerca da produção judicial normativa, notadamente quantos a temática teoria dos precedentes) é fruto de um anseio natural, que deve ser visualizado sob o seu viés social, político, econômico, histórico, e, sobretudo, jurídico.

O marco histórico que promoveu substancial reformulação das instituições sociais e, notadamente, no modo de produção e aplicação do direito, foi, sem sombra de dúvidas, a derrocada do Antigo Regime levado a efeito na França, em final do século XVIII. A partir desse momento, tornaram-se mais evidentes e distintas as prerrogativas que foram investidas nos poderes componentes do Estado, operando-se a substituição do arbítrio do monarca pela almejada estabilidade que se apresentava o estabelecimento de regras genéricas, abstratas e impessoais, cujo parâmetro de aplicabilidade foi relegado a um órgão institucionalmente imparcial, com função de mero aplicador da vontade literal da lei a partir de um processo lógico-subsuntivo de abstração.

Entretanto, em que pese o louvável avanço em termos de segurança jurídica e proteção à liberdade, ressalte-se, na linha do que preconiza Streck (2009), que esse sistema engessado, onde prevalecia o modo literal de interpretar e enxergar a lei (*sed lex dura lex*), abriu caminho para que se arvorassem os regimes totalitaristas. Portanto, os Estados que estruturam os seus ordenamentos jurídicos segundo o modelo da Civil Law, de obediência incondicionada à lei, viram-se forçados a reconhecer que sob esse arquétipo a pretensa estabilidade institucional poderia ser facilmente solapada. O que houvera, a bem da verdade, se o olharmos pura e simplesmente, foi à substituição do arbítrio do monarca pelo do legislador, que poderia justificar sob o manto da legalidade insuperáveis violações à

dignidade do ser humano (como ocorreu efetivamente no regime do nazismo, do fascismo etc.).

Diante desse quadro de instabilidade, foram-se necessárias a criação de novos modelos de se construir e interpretar o Direito e de se conferir efetividade aos direitos e garantias fundamentais adquiridos pelo novo modelo de Estado. Nesse sentido, sentencia Marcelo Abelha (2016, p. 1262) que foi a necessidade de superação do pensamento liberal-individualista que obrigou os países partidários do modelo romano-germânico de produção do Direito a ajustar o trilho em relação ao modelo de ser e pensar o ordenamento jurídico, mediante o fortalecimento do Direito Constitucional, dos direitos fundamentais, da necessidade de reconhecer os princípios como categoria de norma jurídica, de compreender que a lei deve conter espaços de interpretação que permitam uma melhor adequação do texto normativo, e o de reconhecer que o juiz não é apenas a boca da lei, mas um intérprete que ajusta o texto normativo e o enquadra ao caso concreto.

A dogmática jurídica brasileira (pode-se dizer, ao menos no plano teórico) tem seguido esses passos. A Constituição Federal representa o diploma normativo que se encontra no ápice da estrutura jurídica, a Carta fundamental da República Federativa do Brasil, com extenso rol de direito e garantias fundamentais e normas de estruturas que organizam os poderes e os entes políticos componentes da federação. Em termos de evolução institucional, pode-se também afirmar que o Poder Judiciário galgou níveis consideráveis, protagonizando a instância incumbida de não somente declarar a vontade da lei, mas, igualmente, interpretá-la e aplicá-la, extraíndo de sua descrição legal o seu real sentido e alcance, de modo a torná-la mais adequada aos casos submetidos à sua apreciação, compatibilizando-as de forma sistêmica com os preceitos e princípios emanados da Constituição Federal.

Frente a esses delineamentos históricos, o artigo em deslinde tem por objetivo introduzir uma análise contextual daquilo que alguns teóricos convencionaram denominar “teoria dos precedentes judiciais em face da inovação legislativa trazida pelo Novo Código de Processo Civil em seu Livro III, Título I, Capítulo I, abordando-se, em primeiro plano, a distinção

existente entre os precedentes, jurisprudência e súmula, e, num segundo plano, trazer a lume um panorama constitucionalmente adequado do direito jurisprudencial e, num terceiro momento, expor como as produções judiciais normativas no direito contemporâneo representam uma técnica de proteção do direito objetivo.

2. DA DISTINÇÃO EXISTENTE ENTRE OS PRECEDENTES, AS SÚMULAS E A JURISPRUDÊNCIA

Vale esclarecer, neste ponto, que precedentes, súmulas e jurisprudência não representam a mesma coisa, embora sejam concebidos a partir de um mesmo fenômeno jurídico. Nesse sentido, conforme preleciona NEVES:

Precedente é qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de um outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido. Dessa forma, sempre que um órgão jurisdicional se valer de uma decisão previamente proferida para fundamentar sua decisão, empregando-a como base de tal julgamento, a decisão anteriormente prolatada será considerada um Precedente (2016, p. 2328).

Um precedente, para efetivamente se configurar como tal, não precisa necessariamente ser fruto de reiteradas decisões no mesmo sentido sobre uma determinada matéria, que são pressupostos inafastáveis para configuração da jurisprudência. À luz do que ensina Marcelo Abelha (2016), o precedente servirá como fonte prospectiva de fatos alvos (futuros), cuja identidade ou semelhança com àquele permitirá o seu julgamento pela mesma razão de decidir adotada no caso pretérito.

Entretanto, quadra ressaltar que nem toda decisão proferida por um tribunal será um precedente, porquanto necessário que a *ratione decidendi* transcenda, a princípio, o caso concreto (NEVES, 2016). Do mesmo modo, uma decisão que acolhe a razão de decidir de um precedente não será considerada um precedente (ZANETI Jr, 2015). Não será igualmente um

precedente uma decisão que se limita a aplicar a literalidade da lei (MARINONI, 2013).

Quanto à jurisprudência, Marcos Claudio Acquaviva (2000, p. 750) já a concebia no sentido de orientação uniforme dos tribunais na decisão de casos semelhantes. Ressalta, ainda, o referido autor que, à medida que os casos concretos se repetem, é natural que sentenças e acórdãos passem a consolidar uma orientação uniforme, de tal forma que se possa vislumbrar, antecipadamente, e com certa segurança, como decidirão os tribunais a respeito de casos que, a eles submetidos, já foram anteriormente objeto de análise em casos semelhantes em relação à hipótese fática.

Ainda quanto ao sentido da expressão jurisprudência, NEVES:

[...] é o resultado de um conjunto de decisões judiciais no mesmo sentido sobre uma mesma matéria proferidas pelos tribunais. É formada por precedentes, vinculantes e persuasivos, desde que não venham sendo utilizados como razões do decidir em outros processos, e de meras decisões (2016, p. 2328).

A jurisprudência, ainda no escólio de NEVES (2016), é abstrata porque não vem materializada de forma objetiva em nenhum enunciado ou julgamento, sendo obtida por intermédio da extração do entendimento majoritário dos tribunais versando acerca de uma mesma questão jurídica.

Nesse plano de abstração, vale registrar as palavras de ABELHA (2016, p. 1253):

[...] A palavra jurisprudência, por si só, não significa nenhuma relação entre dois elementos como ocorre no precedente. A própria palavra precedente pressupõe transitividade e relação com algo que preceda, que é anterior a outro. Isso não significa dizer que a jurisprudência dominante de um tribunal, eventualmente até

mesmo vertida em enunciado de súmulas, não pode ser relacionadas com outros casos futuros, antes o contrário; contudo, mesmo assim, ainda que tratemos a jurisprudência (ou enunciado de uma súmula de jurisprudência dominante) como *fonte* servível para um alvo posterior, não estaremos diante de um caso particular para outro caso particular, mas sim de um enunciado genérico (não tão genérico como a lei, é verdade) para um caso particular [...]

Por sua vez, a súmula, segundo CAMBI e FOGAÇA^[1]:

[...] tem por objetivo veicular o resumo editado, numerado e sintético das teses vencedoras componentes da jurisprudência predominante de um tribunal sobre matéria específica, sobre o qual existiu considerável discussão em algum período histórico, esclarecendo a interpretação vencedora do debate (2015, p. 343).

No mesmo sentido, MANCUSO elucida que:

A súmula é uma consolidação objetiva da jurisprudência, ou seja, é a materialização objetiva da jurisprudência. O tribunal, reconhecendo já ter formado um entendimento majoritário a respeito de uma determinada questão jurídica, tem o dever de formalizar esse entendimento por meio de um enunciado, dando notícia de forma objetiva de qual é a jurisprudência presente naquele tribunal a respeito da matéria (2015, p. 401).

3. UM PANORÂMA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO DO DIREITO JURISPRUDENCIAL

No escólio de RAMIRES (2010, p. 149), vale ressaltar que foi em virtude do “uso diletante de enunciados descontextualizados retirados de decisões de casos passados sobre cujas particularidades não se sabe” que o Novo Código de Processo Civil consolidou regras objetivas versando acerca da estruturação das decisões judiciais. Nesse sentido, o artigo 926 do NCPD preceitua que “Os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Oportuno registrar que a ideia de uniformidade, estabilidade, coerência e integridade sacramentada no dispositivo supra, estendem-se aos enunciados sumulares, seja eles vinculante ou não. Parte-se, portanto, segundo STRECK e ABOUD (2015, p.179), com o objetivo de solapar o sujeito solipsista, da ideia de uniformidade no campo da produção judicial, sobretudo que a este aspecto se assome à ideia de estabilidade, de integridade e coerência com o sistema jurídico.

Segundo os precitados autores:

O processo civil quando observa a integridade e coerência no seu desenvolvimento, deve ser associado a um verdadeiro *jogo limpo*. Nessa perspectiva a integridade quer dizer: tratar a todos do mesmo modo e fazer da aplicação do direito um “jogo limpo” (*fairness* – que também quer dizer tratar todos os casos equanimemente). Exigir coerência e integridade quer dizer que o aplicador não pode dar o drible da vaca hermenêutico na causa ou no recurso, do tipo “seguindo minha consciência, decido de outro modo”. O julgador não pode tirar da manga do colete um argumento que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu. Também o julgador não pode quebrar a cadeia discursiva “porque quer” (ou porque sim) (DIDIER Jr., Fredie (Org) et al., 2015, p. 179).

No mesmo sentido, NUNES e HORTA (2015)^[2] elucidam que a uniformidade e estabilidade são atributos autorreferentes, guardando em seu referencial a ideia de compromisso com a prática jurídica como um todo e com a sistemática principiológica encetada pela Constituição,

exigindo-se, portanto, para manutenção da ordem jurídica, uma linearidade entre as decisões judiciais futuras e os casos julgados no passado.

Entretanto, essa uniformidade e estabilidade não encerram a atividade judicial. Não quer dizer que se deva unicamente decidir com base em que já se decidiu noutras ocasiões em casos iguais ou semelhantes, olvidando-se do direito posto, dos preceitos estabelecidos na Constitucional e seus princípios. A manutenção da ordem jurídica, conforme acima aludido, não será obtida apenas com a observância irrestrita das decisões judiciais proferidas pelos tribunais superiores, os quais devem guardar harmonia com o sistema jurídico e com a prática judicial como um todo.

Por esta razão a integridade e a coerência não repousam pura e simplesmente no postulado da uniformidade e estabilidade. Se estas, por sua vez, num primeiro momento se apresentam relacionadas à noção abstrata de ordem, noutro lado não podem exprimir em si mesmas a ideia de harmonia com o ordenamento jurídico, sobretudo em se considerando a possibilidade de se decidir reiteradamente em sentido equivocado.

Em vista disso, NUNES e HORTA (2015, p. 324) sentenciam que:

[...] decidir de forma coerente é decidir para e no sistema jurídico e nos princípios que o definem (não apenas respeitar o que se decidiu anteriormente – isto é ser estável -; é preciso ser coerente com o contexto histórico e jurídico em que se está inserido), e decidir de forma íntegra é identificar direitos e deveres a partir do pressuposto de que foram criados por um único autor – a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.

O trecho transcrito reforça o pensamento de que o ato de decidir não deve guardar relação com o voluntarismo do julgador. Decidir no e para o sistema jurídico representa, no escólio filosófico de DWORKIN (2007, p. 230), “o substrato ético-político para a sua concretização” (in casu, do direito). O NCPC em seus artigos 926 e 927 não introduziu proibição de

interpretação do direito e da própria jurisprudência, precedente e súmula adotada pelos tribunais. Pensar nesse sentido, segundo STRECK E ABOUD (2015, p. 177), é sustentar o paradigma obsoleto da Jurisprudência analítica do sec. XIX.

Dentre outros fundamentos, vale destacar o disposto no parágrafo primeiro do artigo 927 do NCPC, que preceitua que “Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, §1º, quando decidirem com fundamento neste artigo”. Verifica-se, portanto, que este preceptivo se encontra em estrita consonância com o artigo 93, IX, da Constituição Federal, compartilhando da mesma preocupação, que é a limitação ao poder decisório como corolário dos preceitos democráticos de contenção do arbítrio e da discricionariedade judicial.

Nessa via de inteligência conclui-se que, mesmo estando os juízes e tribunais, conforme previsão do artigo 927 do NCPC, atrelados a observância das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; dos enunciados de súmula vinculante; dos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; dos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e das orientações do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados, o ato decisório deve estar sempre fundamentado e em conformidade com o artigo 489, §1º, da Lei processual civil de regência.

Portanto, mesmo se valendo de uma das modalidades constantes em um dos incisos do artigo 927 para decidir, isso não o dispensará do ônus argumentativo de fundamentar a sua decisão, de modo que deve declinar as razões pelas quais o caso sub examine se enquadra a uma das modalidades acima descritas. Sobre o exposto, NUNES e HORTA, analisando o artigo 927 à luz do artigo 489, §1º, elucidam que:

[...] os incs. V e VI do parágrafo único em questão estabelece, de um lado, a necessidade de que a aplicação de determinado precedente (oriundo de julgamento de casos repetitivos ou não, bastando que

constitua indício formal da viabilidade de determinada interpretação e aplicação do direito) e/ou enunciado sumular (que deve ser sempre lido levando em consideração os julgados que, conjugadamente, lhe deram origem) seja realizada com a demonstração de que o entendimento neles consubstanciado se ajusta ao caso concreto (raciocínio por analogia), e, de outro, a obrigatoriedade de fundamentação da não aplicação de determinado precedente e/ou enunciado sumular por ocasiões de distinções existentes no caso concreto que recomendam tratamento diferenciado (raciocínio por contra-analogia) .

Vê-se, portanto, a preocupação do Novo Código de Processo Civil com a aplicação dos precedentes e enunciados sumulares no ato de decidir, os quais não devem servir apenas para otimizar a atuação judicial concedendo aos juízes e tribunais uma espécie de “salvo conduto” para decidirem apenas reproduzindo o entendimento firmado em julgados passados pelas Cortes de vértice em matéria constitucional e infraconstitucional, enunciados de súmulas e acórdãos dos tribunais em incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, sem explicar, respectivamente, a sua relação com a causa ou a questão decidida.

Frente a estas breves considerações, consoante entendimento perfilhado por NUNES e HORTA, resta evidente que a idéia de direito jurisprudencial

não deve servir de atalho para, no atacado, resolver massivamente os casos que chegam ao judiciário. Se, de um lado, a formatação de teses e de enunciados sumulares favorece a uniformidade do Direito e a previsibilidade e confiança do jurisdicionado, de outro, não deve servir de escusa para o judiciário deixar de analisar, profunda e detidamente, os casos que lhes são submetidos, aplicando, ou deixando de

aplicar, o direito jurisprudencial com base em razões de fato e de direito construídas compartilhadamente pelos sujeitos processuais (2015, p. 331).

4. OS PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS DOS TRIBUNAIS DE CÚPULA COMO TÉCNICA DE PROTEÇÃO DO DIREITO OBJETIVO

Em vista das considerações que foram tecidas até o momento, pode-se vislumbrar que o modo de produção, interpretação e aplicação do direito na dogmática jurídica brasileira galgou níveis consideráveis com o advento da Constituição Federal. As Leis não encerram em si mesmas toda a solução para a resolução de conflitos postos em análise dos juízes e tribunais, antes devem representar o ponto de partida da atividade do hermeneuta na busca do real sentido e alcance de um determinado dispositivo legal de forma a melhor adequá-lo ao caso concreto de acordo com as regras e os princípios fundamentais previstos na Carta Cidadã.

Nesse compasso, a produção judicial normativa, individual ou coletiva (precedentes e jurisprudência), dos tribunais de cúpula tem a atribuição institucional de velar pela inteireza do direito positivo constitucional e federal, conferindo uniformidade, estabilidade, coerência e integridade as decisões proferidas, porque somente assim é possível haver harmonia, segurança, isonomia, credibilidade e celeridade em relação à atividade jurisdicional (ABELHA, 2016).

Quadra ressaltar, na espécie, que o artigo 1º da Constituição Federal estabelece que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Distrito Federal e Municípios, cada qual com competências legislativas distintas e previamente definidas e com capacidade de organização administrativas próprias. Nesse cenário, cada um dos referidos entes políticos atuam com poder de normatizar assuntos de seus respectivos interesses, prerrogativa esta pré-definida pela Constituição. Dada essa tessitura jurídica, isso há de implicar na existência de órgãos fracionários do poder judiciário para apreciar a diversidades de questões e relações jurídicas delas subjacentes, havendo, para tanto, incontáveis juízes federais e estaduais, e também tribunais dos Estados e Tribunais Regionais Federais.

Aos juízes singulares (federais ou estaduais) compete, a priori, o conhecimento das relações controvertidas deflagradas em primeiro grau de jurisdição, ressalvando-se as de competência originária dos tribunais superiores. Aos tribunais estaduais e regionais federais, por sua vez, o reexame da pretensão deduzida, de revisão dos julgados de primeiro grau, com típica atuação de correção para a proteção dos direitos subjetivos (BUZOID, 1972), observando-se, nessa empreitada, os entendimentos majoritários consolidados pelo STF e STJ acerca da matéria discutida a fim de se assegurar a isonomia entre os jurisdicionados, a credibilidade do poder judiciário, a segurança jurídica e o efetivo cumprimento dos escopos sociais e jurídicos colimados no exercício da jurisdição.

Entretanto, quanto ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, estes, ao que pelo menos deveria ser, não possuem como função um papel de terceiro grau de julgamento de recursos excepcionais. Segundo ABELHA (2016, p. 1250) o STF e o STJ:

[...] possuem um papel destacado e diferenciado no tocante à uniformização do direito, que por sua vez está diretamente relacionada com a garantia da isonomia dos jurisdicionados em relação à interpretação do texto normativo federal e constitucional. Essa isonomia é íntima da confiança e credibilidade da justiça enquanto função institucional do Estado Democrático de Direito.

Esse entendimento deve ser enxergado dentro do contexto jurídico contemporâneo de abarrotamento do poder judiciário oriundo do elevado aumento da litigiosidade e, por consequência, das incontáveis ações judiciais que estão sendo ajuizadas diariamente, índice, decerto, alarmante em vista dos recursos materiais e humanos existentes para apreciar de forma efetiva as pretensões deduzidas, o que faz com que se passe a exigir que as funções dos juízes e tribunais sejam repensadas. Diante desse quadro, o problema do congestionamento nos tribunais produz inexoráveis prejuízos à credibilidade do poder judiciário e a isonomia dos jurisdicionados, com efeitos deletérios, portanto, a prestação jurisdicional justa, efetiva e tempestiva.

É em virtude dessa concepção que o STF e o STJ não deveriam desempenhar a função de tribunal de correção. Isso implicar dizer que os referidos tribunais devem atuar na uniformização (de entendimentos existentes acerca) do direito positivo federal e constitucional. Nesse sentido, ABELHA (1250-1251) também ressalta a necessidade de se refletir acerca da natureza dos provimentos emanados destes tribunais de cúpula, se persuasivos ou vinculantes. Não se pode, é verdade, atribuir a toda decisão judicial destes tribunais (e doutros) o efeito vinculante sem que o tenha previsão na Constituição Federal, conforme o caso do artigo 102, §2º e artigo 103-A, ambos da Carta Republicana^[3].

De um ou de outro modo, é importante registrar que, sendo persuasivo ou vinculante, é sabido que na aplicação de um determinado dispositivo legal o juízo ou tribunal deve se atentar para os pronunciamentos proferidos pelos tribunais de vértice, não que isso deva engessar a sua atividade jurisdicional, mas serve de limite para as arbitrariedades e voluntarismos indesejados em um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, ressalte-se, a propósito, o disposto no artigo 489, §1º, V e VI, do Código de Processo Civil, que preceitua não se considerar fundamentada a decisão ou acórdão que: V) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar os seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob o seu julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Vê-se que, se por um lado não pode invocar um precedente, súmula (vinculante ou não) e/ou jurisprudência sem identificar fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob o seu julgamento se ajusta àqueles fundamentos, não pode, outrossim, deixar de aplicá-los, quer sejam invocado pelas partes ou não, sem demonstrar a existência de distinção (distinguishing) no caso em julgamento ou a superação do entendimento (overruling).

Portanto, quer sejam vinculantes quer sejam persuasivos, uma coisa é certa: embora os juízes e tribunais não estejam vinculados aos pronunciamentos judiciais normativos, a exceção do artigo 102, §2º e artigo 103-A, ambos da Carta Republicana, a aplicação do direito ao caso concreto não pode ser um ato de vontade ao arbítrio do sujeito-solipsista, devem, conforme acima aludido, declinar os fundamentos pelos quais adota ou deixar adotar um determinado precedente, súmula (vinculante ou não) e/ ou jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores.

É nesta perspectiva que reside a fundamentalidade dos pronunciamentos judiciais normativos, e os tribunais de cúpula nesse contexto desempenham papel essencial na consagração dos preceitos democráticos que estruturam o Estado Constitucional de Direito que é a uniformidade e a integridade do direito objetivo como salvaguarda dos direitos subjetivos, bem como de proteção à previsibilidade, à irrestrita observância da legalidade, à isonomia, à confiança no poder judiciário, de respeito à cidadania e, sobretudo, no efetivo cumprimento do escopo social e jurídico da jurisdição com a pacificação dos conflitos sociais de forma justa e tempestiva.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, diante de tudo o que foi exposto até o momento, que o nosso ordenamento jurídico se encontra em nítida mutação. O Direito, como fruto da criação humana, como objeto de uma ciência nitidamente social, não pode ser vislumbrado como autorreferente. O Direito é o reflexo dos valores sociais e dos princípios institutivos de determinada organização social.

Os precedentes judiciais, as súmulas (vinculantes ou não) e a jurisprudência dominante nos tribunais superiores desempenham a função cardeal de uniformizar e conferir coerência e integridade ao direito positivo, conforme previsão do artigo 926 do Processo Civil. A produção judicial normativa, como foi visto, de forma louvável tem sido investida da função institucional de salvaguardar a isonomia entre os jurisdicionados, a inteireza do direito objetivo, a segurança jurídica, de garantia da credibilidade do poder judiciário.

Por derradeiro, não se pretende com o presente estudo exaurir a abordagem da temática, sobretudo ante brevidade que se fez imperativa, senão que analisar de forma expositiva a necessidade de se repensar os modelo brasileiro de ver e pensar o direito. O direito jurisprudencial representa, no cenário jurídico contemporâneo, instrumento genuíno de garantia do direito objetivo. Isso não quer dizer que esses pronunciamentos substituirão a aplicação da Lei (ou a própria lei), o que, decerto, além de inaceitável, evidenciará insuperável vício de inconstitucionalidade, logo contrário a sistemática Constitucional. O objetivo é operacionalizar a aplicabilidade do direito posto por intermédio de técnica que vá obstar a existência de pronunciamentos judiciais notadamente destoantes versando acerca de uma mesma matéria fática e jurídica, garantindo assim a segurança jurídica e isonomia entre os jurisdicionados.

REFERÊNCIAS:

ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000.

ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel**. 22 ed. São Paulo: Rideel, 2016.

BUZUID, Alfredo. **Estudos de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1972.

DIDIER Jr., Fredie (Org) et al. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015;

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Martins Fontes: São Paulo, 2007.

ZANETI JR., Hermes. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coords. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **O Direito Brasileiro segue filiado (estritamente) à família civil law? O Novo Código de Processo Civil – Questões controvertidas.** São Paulo: Atlas, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

RAMIRES, Mauricio. **Crítica à Aplicação de Precedente no Direito Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NOTAS:

[1] DIDIER Jr., Fredie (Org) et al. **Precedentes.** Salvador: Juspodivm, 2015.

[2] DIDIER Jr., Fredie (Org) et al. **Precedentes.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 323.

[3] ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel.** 22 ed. São Paulo: Rideel, 2016.

A CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NOS CASOS DE INFRAÇÕES DISCIPLINARES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

JOÃO PAULO SANTOS BORBA: Advogado da União. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-Graduado em Direito Civil e em Direito Público. Pós-Graduando em Direito Público pela Universidade de Brasília.

RESUMO: O presente estudo versa sobre a celebração de termo de ajustamento de conduta nos casos de infrações disciplinares de menor potencial ofensivo. Inicialmente, é apresentada uma breve exposição sobre o quantitativo aproximado de servidores públicos civis ativos no Poder Executivo Federal, assim como é demonstrada a estimativa atual do custo financeiro advindo da persecução disciplinar.

Em seguida, aborda-se o poder-dever da Administração Pública Federal de apurar condutas faltosas dos servidores públicos e o enquadramento das irregularidades administrativas que permitem a aplicação da penalidade de advertência como infrações disciplinares de menor potencial ofensivo.

Posteriormente, é abordada celebração do termo de ajustamento de conduta das infrações disciplinares de menor potencial ofensivo como instrumento alternativo à instauração de processo administrativo disciplinar.

Palavras-chave: Infrações administrativas. Potencial lesivo reduzido. Celebração de termo de ajustamento de conduta.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Poder-dever de apurar irregularidade funcional; 3. Infrações disciplinares de menor potencial ofensivo 4. Termo de ajustamento de conduta na seara disciplinar; 5. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

Atualmente, o quantitativo de servidores públicos civis ativos no âmbito do Poder Executivo Federal é de aproximadamente um milhão e duzentos mil pessoas, conforme informações existentes no sítio eletrônico do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão[1].

Face ao significativo número de agentes públicos federais ocorre constantemente descumprimento dos deveres funcionais ou mesmo o cometimento de atos proibidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

O instrumento usual para apuração de fatos relacionados à responsabilidade administrativa de servidor público, e, se for o caso, aplicação da respectiva penalidade administrativa é o processo administrativo disciplinar.

Ocorre que diversas infrações administrativas cometidas podem ser consideradas de menor potencial ofensivo, não justificando, em várias situações, a instauração de um processo administrativo disciplinar que é de aproximadamente de cinqüenta mil reais[2].

Acrescente-se também que, em diversos casos concretos, a penalidade de advertência, cabível nas infrações de menor lesividade, não pode ser aplicada de forma efetiva em razão da consumação do direito de punir ou da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública.

Diante do significativo custo financeiro e do expressivo cometimento de infrações de menor grau ofensivo, tem-se que a celebração do termo de ajustamento de conduta das infrações disciplinares constitui instrumento relevante e alternativo à instauração de processo administrativo disciplinar.

PODER-DEVER DE APURAR IRREGULARIDADE FUNCIONAL

O art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990, estabelece que a autoridade competente que tiver conhecimento de ilicitude no serviço público deve adotar as medidas necessárias para sua apuração, *in verbis*:

Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a

promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

Depreende-se do referido dispositivo legal que é cogente a averiguação disciplinar pela autoridade competente diante da ciência de fatos que possam render ensejo à responsabilidade administrativa de servidor público.

A respeito da obrigatoriedade de apuração irregularidade administrativa imputada a servidor público, cumpre colacionar a seguinte ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça – STJ sobre o assunto em questão, *in litteris*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ANALISTA JUDICIÁRIO, EXECUÇÃO DE MANDADOS. SINDICÂNCIA INVESTIGATIVA E PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DENÚNCIA ANÔNIMA. PODER-DEVER DA ADMINISTRAÇÃO. ART.143 DA LEI 8.112/1990. DENÚNCIA ACOMPANHADA POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA SUFICIENTES A DENOTAR A CONDUTA IRREGULAR DO SERVIDOR. COMISSÃO DE SINDICÂNCIA E DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. OBSERVÂNCIA DA REGRA DO ART. 149 DA LEI 8.112/1990. EXIGÊNCIA APENAS DO PRESIDENTE DA COMISSÃO OCUPAR CARGO EFETIVO SUPERIOR OU DO MESMO NÍVEL, OU TER NÍVEL DE ESCOLARIDADE IGUAL OU SUPERIOR AO DO INDICIADO. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE INFRAÇÃO DISCIPLINAR OU ILÍCITO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO. NECESSÁRIA DILAÇÃO

PROBATÓRIA. DESCABIMENTO. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO.

1. Trata-se de recurso ordinário em Mandado de Segurança onde pretende o recorrente a concessão integral da segurança a fim de reconhecer a nulidade da Sindicância e do Processo Administrativo Disciplinar e, conseqüentemente, do ato apontado como coator, porquanto teriam sido deflagrados através de denúncia anônima, a violar a regra do art. 144 da Lei 8.112/1990; tendo em vista que o fato noticiado não configuraria evidente infração disciplinar ou ilícito penal, porquanto ocorrido em evento externo ao local de trabalho e que sequer haveria a comprovação da autoria e materialidade, não guardando relação direta com os deveres ou proibições impostas aos servidores públicos federais e diante da inobservância do princípio da hierarquia na formação das Comissões de Sindicância e de Processo Administrativo Disciplinar.

2. É firme o entendimento no âmbito do STJ no sentido de que inexistente ilegalidade na instauração de sindicância investigativa e processo administrativo disciplinar com base em denúncia anônima, **por conta do poder-dever de autotutela imposto à Administração (art. 143 da Lei 8.112/1990)**, ainda mais quando a denúncia decorre de Ofício do próprio Diretor do Foro e é acompanhada de outros elementos de prova que denotariam a conduta irregular praticada pelo investigado, como no presente casu. Precedentes.

(...)

(RMS 44.298/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 24/11/2014)

Nessa linha argumentativa da obrigatoriedade de apuração de fatos relacionados a irregularidades funcionais atribuídas a servidores públicos, vale transcrever o seguinte argumento doutrinário, *ipsis verbis*:

Por conseguinte, **em função do princípio da supremacia do interesse público, o superior hierárquico que toma conhecimento, pessoalmente ou por meio de denúncia, da prática de faltas administrativas de seu subordinado, está obrigado a apurar os fatos, mediante sindicância investigatória, ou exercer o direito de punir estatal com a abertura de sindicância punitiva ou processo administrativo disciplinar** (art. 143, caput, Lei Federal nº 8.112/90), sob pena de incorrer em crime contra a Administração Pública (condescendência criminosa: art. 320, Código Penal) (...)

(CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 5. ed. rev. atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2016.)

Não subsiste dúvida, portanto, a respeito do poder-dever atribuído à Administração Pública para apurar a responsabilidade administrativa de agente público, independentemente de a infração administrativa caracterizar-se como de menor ou maior potencial ofensivo.

INFRAÇÕES DISCIPLINARES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

A partir da leitura dos arts. 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112, de 1990, infere-se que são tipificadas diversas hipóteses em que a inobservância da norma legal pode implicar aplicação de reprimenda disciplinar.

O grau da responsabilidade administrativa está diretamente relacionado à natureza do ilícito funcional perpetrado, pelo que às infrações consideradas leves são apenadas com advertência.

O art. 129 da Lei nº 8.112, de 1990 textualiza o seguinte sobre a aplicação da penalidade administrativa de advertência, *in verbis*:

Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave.

Portanto, é possível a aplicação de advertência nas hipóteses de descumprimento das proibições do art. 117, incisos I a VIII e XIX, da Lei nº 8.112, de 1990, assim como pela inobservância dos deveres funcionais, *ipsis litteris*:

Art. 116. São deveres do servidor:

I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;

II - ser leal às instituições a que servir;

III - observar as normas legais e regulamentares;

IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;

V - atender com presteza:

a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo;

b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal;

c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública.

VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração;

VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;

VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;

IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;

X - ser assíduo e pontual ao serviço;

XI - tratar com urbanidade as pessoas;

XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa.

Art. 117. Ao servidor é proibido:

I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato;

II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;

III - recusar fé a documentos públicos;

IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço;

V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição;

VI - cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado;

VII - coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político;

VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;

(...)

XIX - recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado.

Após essa breve exposição, cumpre demonstrar que as hipóteses de cabimento da penalidade de advertência podem ser enquadradas como infrações de menor potencial ofensivo na seara disciplinar.

Como é consabido, na seara penal, a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, define crime ou contravenção como as infrações penais de menor potencial ofensivo a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos.

O referido diploma legal também prevê a possibilidade de celebração de transação penal nas infrações de menor potencial ofensivo, *ipsis litteris*:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.

A doutrina pátria assim aborda a possibilidade da transação penal nos delitos de menor potencial ofensivo, *in verbis*:

Se a regra, em sede de ação penal pública, é o princípio da obrigatoriedade, algumas exceções merecem ser lembradas:

a) transação penal: em se tratando de infrações de menor potencial ofensivo, ainda que haja lastro probatório suficiente para o oferecimento de denúncia, desde que o autor do

fato delituoso preencha os requisitos objetivos e subjetivos do art. 76 da Lei nº 9.099/95, ao invés de o Ministério Público oferecer denúncia, deve propor a transação penal, com a aplicação imediata de penas restritivas de direitos ou multa. Nessa hipótese, há uma mitigação do princípio da obrigatoriedade, comumente chamada pela doutrina de princípio da discricionariedade regrada ou princípio da obrigatoriedade mitigada;

(Lima, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.)

Ante o exposto, é factível sustentar que as infrações disciplinares que permitem a aplicação da penalidade administrativa de advertência podem ser definidas como infrações disciplinares de menor potencial ofensivo.

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NA SEARA DISCIPLINAR

Como é consabido, o processo administrativo disciplinar constitui o instrumento usualmente utilizado pela Administração Pública Federal para apurar a responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido, consoante o disposto no art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990.

Porém, nas hipóteses de averiguação do cometimento de infrações disciplinares de menor potencial ofensivo, constata-se que não existe, na maioria dos casos concretos, efetividade na aplicação da penalidade de advertência, quer seja pela prescrição, quer seja pela ausência de consequências práticas advindas da reprimenda aplicada ao servidor público.

Some-se ainda ao fato relacionado ao significativo custo financeiro advindo da instauração de um processo administrativo disciplinar.

Diante desse contexto e considerando o sistema jurídico pátrio, afigura-se que a celebração de termo de ajustamento de conduta entre o servidor público e o órgão competente da Administração Pública Federal constitui relevante meio para preservar a efetividade do poder disciplinar.

Com a finalidade de permitir uma melhor compreensão a respeito do instituto do termo de ajustamento de conduta, cumpre transcrever os seguintes argumentos doutrinários:

(...)

É comum que a simples instauração de um inquérito civil ou a celebração de um termo de ajustamento de conduta resulte na solução da controvérsia, quer porque a conduta lesiva nem se iniciou, quer porque os seus efeitos maléficos são plenamente reparados, tornando ausente o interesse jurídico de se propor demanda judicial. **Apresenta-se o termo de ajustamento de conduta, portanto, como importante instrumento de solução extrajudicial desses conflitos.** Ademais, pelo princípio da subsidiariedade, como as sanções não penais serão suspensas em virtude da celebração e cumprimento do quanto pactuado no termo de ajustamento de conduta, não se afigura razoável, a nosso juízo, cobrar responsabilidade penal pela mesma conduta delituosa.

Para além disso, não se pode perder de vista **que o cumprimento das penas restritivas de direitos a que estão submetidas as pessoas jurídicas (interdição temporária de direitos, suspensão parcial ou total de atividades e prestação pecuniária – Lei nº 9.605/98, art. 8º) pode ser obtido por meio do termo de ajustamento de conduta, sem a necessidade de se iniciar um processo penal, com todos os custos**

dele decorrentes, seja para o acusado, que se livraria das cerimônias degradantes do processo penal, seja para o próprio Ministério Público, que passaria a se preocupar com os delitos mais

graves. Portanto, lavrado um termo de ajustamento de conduta, e desde que o acordo esteja sendo cumprido, o oferecimento de denúncia em razão de ilícito ambiental praticado perde completamente o sentido e, em especial, a utilidade, condição da ação penal sem a qual não é possível a deflagração da *persecutio criminis in judicio*. Logo, pelo menos enquanto houver o cumprimento do quanto acordado no termo de ajustamento de conduta, o Ministério Público está impedido de oferecer denúncia. Como se pronunciou o Supremo, cuidando-se de delitos ambientais, o termo de ajustamento de conduta não pode consubstanciar salvo-conduto para que empresa potencialmente poluente deixe de ser fiscalizada e responsabilizada na hipótese de reiteração da atividade ilícita.

(Lima, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.)

O compromisso de ajustamento de conduta é um título executivo extrajudicial, por meio do qual um órgão público legitimado toma do causador do dano o compromisso de adequar sua conduta às exigências da lei.

(...)

O compromisso de ajustamento de conduta não é um contrato, a uma, porque seu objeto não são direitos patrimoniais de caráter privado; a duas, porque o órgão público que o toma não é titular do direito transindividual nele objetivado, e, como não pode dispor do direito material, não pode fazer

concessões quanto ao conteúdo material da lide. Nem se diga que o compromisso teria natureza contratual porque o órgão público nele também assumiria uma obrigação, qual seja a de fiscalizar o seu cumprimento. Essa obrigação não tem caráter contratual, e decorre do poder de polícia da Administração, tanto que, posto omitida qualquer cláusula a respeito no instrumento, mesmo assim subsiste por inteiro o poder de fiscalizar.

É, pois, o compromisso de ajustamento de conduta um ato administrativo negocial por meio do qual só o causador do dano se compromete; o órgão público que o toma, a nada se compromete, exceto, implicitamente, a não propor ação de conhecimento para pedir aquilo que já está reconhecido no título. Mas mesmo isto não é verdadeira concessão, porque, ainda que o órgão público a nada quisesse obrigarse, e assim propusesse a ação de conhecimento, vê-la-ia trancada por carência, pois lhe faleceria interesse processual em formular um pedido de conhecimento, se já tem o título executivo.

(...)

(MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 23. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.)

À luz dos ensinamentos doutrinários acima apresentados e considerando a aplicabilidade do termo de ajustamento de conduta no âmbito do direito processual penal e civil, tem-se que a utilização do referido instrumento evita a instauração de processo administrativo disciplinar, permitindo uma melhor utilização do recurso financeiro, conforme orienta o princípio constitucional da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal).

Ademais, permite que o servidor público transgressor assuma o compromisso de ajustar sua conduta e observar os deveres e proibições previstos na Lei nº 8.112, de 1990, garantindo, dessa forma, o relevante caráter pedagógico das medidas disciplinares.

Deste modo, é possível sustentar que o referido instituto jurídico pode ser aplicado à seara disciplinar nas hipóteses de infrações disciplinares de menor potencial ofensivo que são punidas com a penalidade de advertência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante os argumentos acima articulados, afigura-se que a utilização do termo de ajustamento de conduta na seara disciplinar, nas hipóteses de infrações administrativas de menor potencial ofensivo, está em plena consonância com o sistema jurídico pátrio.

É imperioso destacar, também, a utilização do referido instrumento como alternativa à tradicional persecução disciplinar implica significativa economia de recursos financeiros, haja vista o elevado custo financeiro do processo administrativo disciplinar.

Face ao exposto e considerando a relevância da matéria, compete ao órgão correccional da Administração Pública Federal, sempre que for recomendável, celebrar termo de ajustamento de conduta com o servidor público faltoso, assegurando o caráter pedagógico do sistema disciplinar.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. Lei n. 8.112, 11 de dezembro de 1990. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 5. ed. rev. atual. Belo Horizonte. Fórum, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 23. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2009.

NOTAS:

[1] Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/gestao-publica/arquivos-e-publicacoes/BEP>.

[2] Disponível em: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/eu-estudante/tf_carreira/2017/07/02/tf_carreira_interna,606629/cgu-lanca-nova-ferramenta-para-corriger-servidores-por-meio-de-adverte.shtml

UMA ANÁLISE SOBRE A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

KELY INILA RAMBO: Acadêmica da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - Campus Toledo.

Orientador: Prof. José Raphael Batista Freire[1]

RESUMO: com o advento do CPC/2015, a impenhorabilidade do bem de família foi relativizada, abriu-se espaço para que todos os bens do devedor pudessem ser penhorados, mesmo aqueles denominados como bem de

família, com o intuito de que o devedor honrasse com as dívidas por ele contraídas. A lei estabelece expressamente algumas exceções à impenhorabilidade, entretanto, isso não significa que penhorabilidade foi restringida a apenas o que foi determinado pela Lei 8009/1990, isto, pois, ao retirar a palavra “absolutamente” permitiu-se que em várias situações, mesmo aquelas não firmada em lei, o credor pudesse alcançar o bem de família e, portanto, todos os bens presentes e futuros podem ser penhorados para satisfazer a dívida do devedor, a fim de garantir a satisfação do credor.

PALAVRAS-CHAVES: Bem de Família, Responsabilidade Patrimonial, Impenhorabilidade, Inalienabilidade, Bens Penhoráveis.

SÚMARIO: 1 Introdução. 2 Da Responsabilidade Patrimonial. 3 Bem de Família. 4 Bens Absolutamente Impenhoráveis. 5 Relativização Da Impenhorabilidade Absoluta do Bem De Família. 6 Exceções à Impenhorabilidade. 7 Conclusão. 8 Referência Bibliográfica.

1. INTRODUÇÃO

Esse instituto, titulado como o bem de família surgiu para assegurar a impenhorabilidade do bem de família do devedor, entretanto com o advento do CPC/2015, a impenhorabilidade do bem que era absoluta, se tornou relativa. Isso quer dizer que, apesar de ampla proteção que o instituto garante ao devedor, é necessário garantir que ele cumpra com as obrigações que contrai, ou seja, é uma maneira de garantir a satisfação do credor, impedindo que este se prejudique quando o devedor, de má fé, garante o bem de família para adimplir a dívida, sabendo que este não lhe pode ser retirado, o que poderia gerar fraude.

Esse trabalho tem por finalidade analisar as mudanças trazidas pelo CPC/2015 juntamente com a Lei 8.009/90, pois esta lei garante a impenhorabilidade do bem de família, entretanto, o CPC/2015 ao retirar a palavra “absolutamente” do artigo 833 deu abertura para que o credor pudesse se necessário, saldar a dívida pelo bem de família do devedor.

Entende-se que a impenhorabilidade do bem de família é uma regra, e sua penhora é uma exceção que deve ser abordada com cuidado, visto que poderia ferir o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e por isso, citaremos algumas dessas exceções, onde o devedor poderá perder o direito sobre o seu bem.

2. DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

Na forma do artigo 789 CPC/2015, a responsabilidade patrimonial se caracteriza como a responsabilidade que o devedor tem de responder suas dívidas, apenas com seus bens, sendo eles presentes ou futuros, disponíveis e possíveis de serem penhorados.

Ou seja, o ordenamento jurídico pátrio adota a regra de que apenas os bens do devedor serão responsáveis pelas suas dívidas, respeitando os bens impenhoráveis, com base em princípios importantes, como o da máxima utilidade da execução e o da menor onerosidade ao devedor.

Entretanto, como toda regra tem sua exceção, existem bens que não podem ser penhorados. São os chamados bens impenhoráveis, os quais veremos mais a frente.

3. BEM DE FAMÍLIA

O instituto do bem de família busca proteger a residência da entidade familiar, decorrente de casamento, união estável, entidade monoparental, etc. Juntamente, a Súmula 364 do STJ, estende a proteção para o imóvel onde reside pessoa solteira, separada ou viúva.

O parágrafo 2º do art. 833 CPC/15, dispõe que em relação aos incisos IV e X do caput, ou seja, quando se tratar de pensão alimentícia e quando o valor que ultrapassar 40 (quarenta) salários mínimos mensais, não poderá ser aplicado à penhora.

Atualmente o salário mínimo gira em torno de R\$ 937,00 (novecentos e trinta e sete reais), isso quer dizer que, os 50 (cinquenta) salários mínimos descritos no artigo acima são de aproximadamente R\$40.000,00 (quarenta mil reais). Entretanto, nota-se que poucas pessoas

no Brasil tem um salário maior ou equivalente a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) e portanto, uma pessoa que ganha este valor, terá o excesso separado para ser penhorado.

O questionamento fica a parte, de que, é abuso dizer que uma pessoa que ganha R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), não pode ter R\$ 500,00 (quinhentos reais) penhorados.

Existem duas formas de bem de família previstas no ordenamento jurídico, sendo elas bem de família voluntário ou convencional e bem de família legal ou obrigatório. A primeira ocorre por parte dos cônjuges, pela entidade familiar ou por terceiro, mediante escritura pública ou testamento. Já o segundo é instituído por meio legal.

O alvo da presente pesquisa é o bem de família obrigatório, protegido pela Lei 8009/1990, que em seu art. 1º dispõe:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2011 p.589)^[2] “[é] instituidor dessa modalidade o próprio Estado, que a impõe por norma de ordem pública em defesa do núcleo familiar, independe de ato constitutivo e, portanto, de registro no Registro de Imóveis”.

A instituição do bem de família pode ser formado pelos cônjuges, pela entidade familiar, pelo separado ou divorciado judicialmente ou de fato, pelo viúvo ou viúva, pelo solteiro e por terceiros, conforme o caso,

com seus bens particulares, desde que haja consentimento expresso dos cônjuges beneficiados, por testamento ou doação.

Apesar da penhora do bem ser necessário para se garantir o direito do credor de readquirir os valores que lhe são devidos, existem limites para tal ato, esses limites perduram para que a dignidade do devedor seja conservada.

Para o bem de família voluntário foi estabelecido à impossibilidade de ultrapassar 1/3 do patrimônio líquido e existente, sob pena de ferir o princípio da responsabilidade patrimonial. Bem como se determinado bem de menor importância for suficiente para saldar a dívida, deve-se preservar o patrimônio de maior valor a fim de se evitar fraude.

O doutrinador e desembargador José de Mello Junqueira faz a seguinte observação:

Hipótese interessante e para a qual devemos estar atentos: se uma pessoa for proprietária de única moradia e adquirir uma segunda casa, de maior valor que a primeira, ela não poderá deverá exigir o cumprimento desse limite? A lei 6.015/73 regulamentou a instituição do bem de família na esfera registral (art. 260 a 265) Essa lei deverá disciplinar, também, a prova do valor do bem. Caberá ao registro submeter ao juiz a sua dúvida. O Código permite que o instituidor destine recursos para manutenção dos prédios e de seus habitantes, integrantes da família (art. 1.7123). O artigo 1.713 dispõe que os valores mobiliários não poderão exceder o valor do prédio instituído. Outro terço do patrimônio pode ser afetado? Acredito que o limite do terço engloba o valor do prédio, pertencas, acessórios e os valores mobiliários afetados” ([Boletim do Irib em Revista n. 313, p. 58](#)).

Outros requisitos formais para edificar o bem de família é a instrumentalização pública, que deverá ser solene, independente do valor

do imóvel. Além dos requisitos previstos e conhecidos para a criação do instrumento público, é necessária a descrição do limite do valor do imóvel e sua efetiva moradia.

Essa proteção ao bem de família pode ser invocada a qualquer tempo, seguindo entendimento jurisprudencial dos Tribunais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO DE EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIROS. IMPENHORABILIDADE. BEM DE FAMÍLIA. PROVA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. AFRONTA AO ART. 5.º, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONFIGURADA. PROVIMENTO. Demonstrada a violação do art. 5.º, LIV e LV, da Constituição Federal, merece provimento o Agravo de Instrumento. Agravo de Instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO DE EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIROS IMPENHORABILIDADE. BEM DE FAMÍLIA. PROVA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. AFRONTA AO ART. 5.º, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONFIGURADA. PROVIMENTO. É firme o entendimento do STJ e desta Corte Trabalhista que a impenhorabilidade do bem de família se constitui matéria de ordem pública, que pode ser arguida a qualquer tempo até o fim da execução, independentemente do manejo dos Embargos à Execução. Inference-se de tal raciocínio que a rejeição do pedido de produção de prova formulado em sede de Embargos de Terceiros, para fins de comprovação de enquadramento de imóvel residencial como bem de família, bem como a não apreciação de documentos na fase recursal, por intempestivos, vulnera o art. 5.º, LIV e LV, da Constituição Federal, na medida em cerceia o direito da parte à ampla defesa. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST-RR-450-77.2011.5.09.0002; Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DEJT 26/4/2013).

Com isso, entende-se que tratando de matéria de ordem pública, a impenhorabilidade do bem de família pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e não se submete à preclusão.

O processo de execução deve assegurar os direitos básicos outorgados pela lei, entre eles o direito à moradia e à vida digna, sem que este processo deixe o devedor vulnerável e sem direitos básicos garantidos pela Constituição Federal, pois o bem de família, em regra, é direito indisponível e insuscetível de renúncia.

Diz-se indisponível, pois diz respeito à integridade física, vida, direitos da personalidade e por isso é uma medida atípica que protege o direito do devedor de entregar seu patrimônio para saldar uma dívida de uma obrigação contraída e por ser uma medida excepcional, só pode ser reconhecida em casos em que é justificada a dissipação do patrimônio, por meio de elementos concretos que confirmem o risco de dano irreparável.

Fora as hipóteses previstas na Lei 8.009/1990, o bem de família deve ser irrenunciável, já que, sua renúncia seria um meio de permitir a execução de forma mais onerosa para o devedor, na forma do artigo 805 CPC/2015, o que frustraria, ainda, princípios de ordem pública.

Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

4. BENS ABSOLUTAMENTE IMPENHORAVEIS

Em concordância com o art. 833 CPC/15, a lei 8009/1990, dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.

Trata-se de bens absolutamente impenhoráveis, que deriva do único imóvel da entidade familiar, utilizado como residência, é considerado impenhorável.

Para Silvio Salvo Venosa^[3], o bem de família "constitui-se em uma porção de bens que a lei resguarda com os característicos de

inalienabilidade e impenhorabilidade, em benefício da constituição e permanência de uma moradia para o corpo familiar”.

O fundamento para esta impenhorabilidade tem caráter principiológico, entre eles princípios constitucionais como o da dignidade humana e da proteção à família. Ou seja, quando ocorre a execução, o executado não pode estar em uma situação oposta à dignidade humana, tão pouco aplicada de maneira a causar a ruína de uma família, por meio da fome ou desabrigo.

Existe entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que esta impenhorabilidade não se destina mais em proteger a família em sentido estrito, mas assegurar direitos fundamentais, com base na dignidade da pessoa humana e, portanto, entende-se que o conceito de entidade familiar deve basear-se nas alterações sociais que atingem o direito de família.

Um exemplo é o ocorrido no REsp feito pelo Relator da 3ª turma do STJ, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIROS. PENHORA INCIDENTE SOBRE IMÓVEL NO QUAL RESIDEM FILHAS DO EXECUTADO. BEM DE FAMÍLIA. CONCEITO AMPLO DE ENTIDADE FAMILIAR. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA.

1. "A interpretação teleológica do Art. 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia" (REsp 182.223/SP, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 6/2/2002). 2. A impenhorabilidade do bem de família visa resguardar não somente o casal, mas o sentido amplo de entidade familiar. Assim, no caso de separação dos membros da família, como na hipótese em comento, a entidade familiar, para efeitos

de impenhorabilidade de bem, não se extingue, ao revés, surge em duplicidade: uma composta pelos cônjuges e outra composta pelas filhas de um dos cônjuges. Precedentes. 3. A finalidade da Lei nº 8.009/90 não é proteger o devedor contra suas dívidas, tornando seus bens impenhoráveis, mas, sim, reitera-se, a proteção da entidade familiar no seu conceito mais amplo. 4. Recurso especial provido para restabelecer a sentença.” (STJ - REsp: 1126173 MG 2009/0041411-3, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 09/04/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/04/2013)

E segundo Álvaro Villaça Azevedo^[4] o bem de família é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde ela se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade.

5. RELATIVIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA DO BEM DE FAMÍLIA

A exceção do instituto do bem de família é a sua impenhorabilidade, pois, de regra, quando um indivíduo contrai uma dívida, tem-se a responsabilidade para cumpri-la. Contudo, se o devedor não cumprir sua responsabilidade, pode ocorrer a penhorabilidade de seus bens, para que, por fim, seja adimplida a obrigação.

Isso quer dizer que, nem todos os bens do devedor estão sujeitos à cobrança para a satisfação da dívida quanto ao credor, ou seja, não estão sujeitos ao seu interesse. Esses bens são os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis.

Nesse sentido, o art. 832 do CPC/15:

Não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis.

O CPC/15 removeu a palavra “absolutamente”, pois, na legislação revogada, trazia-se a ideia de que o bem nunca poderia ser penhorado. Todavia, caminhou bem a novel legislação, uma vez que, como veremos adiante, existem alguns casos onde até mesmo o bem de família pode ser penhorado e, portanto, acaba-se não apenas com a ideia de que aquele bem nunca poderá sofrer com as dívidas do devedor, mas também limita os casos onde o executado pode arguir sua impenhorabilidade, mesmo que este sujeito esteja inadimplente. Portanto, o CPC/15 possibilitou a penhora de todos os bens, mesmo aqueles que, em regra, são impenhoráveis.

Com essa mudança, o art. 649 do CPC/73 foi substituído pelo art. 833 CPC/15, que declara quais bens são impenhoráveis.

O objetivo da impenhorabilidade do bem de família é, antes de tudo, garantir que o devedor tenha onde abrigar sua família. No entanto, existem algumas situações onde o bem de família se torna penhorável, as quais veremos a seguir.

6. EXCEÇÕES À IMPENHORABILIDADE

O bem de família legal pode ser extinto quando a entidade familiar não tenha mais posse do imóvel, não dependendo de qualquer autorização ou solenidade. Já o bem de família voluntário pode se extinguir pela morte dos cônjuges, a maioria dos filhos, ou ainda pela impossibilidade de manutenção do bem de família.

Sendo assim, entende-se que de regra o bem de família é impenhorável, mas com a revogação do art. 649 CPC/73, que declarava quais bem eram absolutamente impenhoráveis, compreende-se que todos os bens, atualmente, têm condão de penhorabilidade e a Lei 8009/1990 trata expressamente quais são essas possibilidades.

Quando o devedor deixa de pagar prestações de financiamentos imobiliários que possibilitou a construção da residência. O banco que financiou e possibilitou a compra pode penhorar o imóvel, ou seja, ele assume a propriedade, devido ao inadimplemento da obrigação. O que

ocorre, portanto, é que o imóvel fica em nome do banco e o morador/devedor tem direito apenas a posse.

O artigo 3º, II, da Lei 8.009/90 dispõe a respeito:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato.

Portanto, quando há um financiamento destinado à construção do imóvel, bem como acréscimos constituídos em função do contrato, pode ocorrer a penhora daquele imóvel. O financiamento do imóvel ocorre para facilitar a aquisição da residência familiar e, assim, o indivíduo tem a compromisso de honrar suas obrigações.

Por outro lado, nos casos onde o pai deixa de pagar a pensão alimentícia aos seus filhos, é autorizado a penhora de bens, pois deve-se ter uma proteção maior aos interesses dos filhos, tendo em vista, sua condição peculiar como pessoas em desenvolvimento.

O cumprimento de sentença em relação pagamento de pensão alimentícia é tratado nos art. 528 do CPC/15.

Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.

Bem como a Lei 8.009/90 em seu art. 3º, III declara:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal,

previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

III - pelo credor de pensão alimentícia

Pode ocorrer, ainda, a penhora do bem de família quando houver dívidas tributárias relativas ao próprio imóvel. Como, por exemplo, quando o proprietário deixa de pagar o Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU).

A lei 8.009/90 declara em seu art. 3º, IV:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar

Compreendem-se não só impostos, mas também taxas públicas, como despesas condominiais, pois a dívida, mais diretamente no caso das despesas condominiais, há que se ter em mente que a dívida tida em juízo reverteu em proveito o bem imóvel.

Se o imóvel for oferecido como garantia de uma dívida, o devedor também pode perdê-lo. É o que firma o art. 3º da lei 8.009/90, em seu inciso V:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar

A hipótese elencada nesse inciso serve para guardar segurança nos negócios jurídicos, como relação ao princípio da boa-fé.

Entende-se que por essa garantia ter sido oferecida pela entidade familiar, o financiamento se reverteu para a família. Por ser alienável, o

bem de família pode ser colocado como hipoteca voluntariamente e, portanto, não se pode alegar impenhorabilidade quando o credor hipotecário vier a executar a dívida.

Quando o imóvel foi adquirido com dinheiro constituído por prática criminosa, a hipótese do inciso VI, art. 3 da Lei 8009/1990 dispõe que:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

A partir desse inciso, tem-se a ideia de afastar a má-fé e o enriquecimento ilícito. Este inciso está em concordância com o repúdio de ato ilícito descrito nos art. 186 e art. 391 do CC/02.

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

Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

O fiador, por exemplo, em contrato de aluguel, que assegura o pagamento do inquilino. Se o inquilino inadimplir com sua obrigação, o bem de família do fiador pode ser penhorado.

Essa exceção à impenhorabilidade, esta prevista no art. 3º da lei 8.009/90, em seu inciso VII:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Entende-se que tem por finalidade resguardar a moradia. Portanto, a fiança oferecida pelo terceiro não se dá em benefício da família. Se o indivíduo aceita ser fiador, o proprietário renunciaria em relação ao credor, a impenhorabilidade do bem de família.

Segundo Sylvio Capanema de Souza^[5] a nova exceção, acrescida ao artigo 3º da Lei nº 8.009, se impunha, no interesse do mercado, pois estava se tornando quase impossível o oferecimento da garantia da fiança, já que raramente o candidato à locação conseguia um fiador que tivesse, em seu patrimônio, mais de um imóvel residencial.

Se o sujeito reside em propriedade de luxo e possui uma propriedade de menor valor, mesmo que a propriedade de luxo seja o seu bem de família, esta será penhorada e a propriedade de menor valor, ganhará o título.

Também ocorre com objetos de luxo como veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos, todo e qualquer bem tido como supérfluos e de duplicidade, ou seja, que não são necessários para a dignidade da família.

Entretanto, essa exceção tem grandes controvérsias, pois a Lei nº 8.009/90 não prevê expressamente a penhorabilidade nesses casos. Entretanto, existem entendimentos jurisprudências sobre o assunto. Como por exemplo:

BEM DE FAMÍLIA. MANSÃO. FINALIDADE. PENHORA. POSSIBILIDADE IMÓVEL ALUGADO. Demonstrado, nos autos, que o imóvel constricto não se destina à efetiva residência do executado, deve ser mantida a penhora que sobre ele recai, não incidindo a proteção estabelecida na Lei n.º 8.009/90. Ademais, cuidando-se de imóvel residencial de alto valor, situado na faixa primeira de preços do Distrito Federal, a restrição precisa ser analisada frente ao contexto que emerge dos autos. O propósito do legislador não foi o de gravar de absoluta impenhorabilidade casas suntuosas e mansões em

detrimento do crédito trabalhista assim reconhecido por decisão transitada em julgado. Na verdade, visa a medida legal preservar o teto próprio dos brasileiros, especialmente dos menos abastados. O bem de família é o objeto a ser preservado e não o luxo e o excesso em contrariedade à vida digna do credor trabalhista. No caso concreto, após a expropriação do imóvel sequer ocupado como efetiva residência, o devedor trabalhista destes autos ainda receberá valor bastante expressivo capaz de comprar nova residência de porte bem mais elevado do que o padrão de casa habitada pela imensa maioria da população brasileira. 2. Recurso conhecido e provido. (00285-2007-004-10-85-7-AP. 2ª Turma. Relator: Juiz Convocado Grijalbo Fernandes Coutinho; Revisor: Desembargador João Amílcar; Data da Publicação: 29/10/2010” Agravo de petição conhecido e parcialmente provido.

(TRT-10 - AP: 231200801310000 DF 00231-2008-013-10-00-0 AP, Relator: Desembargador Douglas Alencar Rodrigues , Data de Julgamento: 20/03/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: 05/04/2013 no DEJT)

Como dito anteriormente, a exceção da penhorabilidade, é a impenhorabilidade, e deve ser interpretada de forma restritiva, não estando sujeito à execução, salvo quando a lei dispuser o contrário.

6. CONCLUSÃO

Anos atrás não se discutia a ideia do bem de família ser penhorado para saldar dívidas, salvo se estivesse previsto em lei. Atualmente, porém, a impenhorabilidade não é absoluta, isso quer dizer que dependendo da situação, algumas expostas no decorrer do artigo, o devedor pode perder o imóvel intitulado como bem de família para honrar suas dívidas.

No cenário atual, a justiça tem visado ser cada vez mais rígida, com o intuito de compelir os devedores a honrarem com suas dívidas, mesmo que para isso, o devedor tenha que abdicar do bem de família para satisfazer a obrigação contraída, afim de não prejudicar o credor de boa-fé.

Entretanto, deve-se ter cuidado a relativizar o bem de família, visto que esse instituto busca proteger e entidade familiar.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: **Direito de Família**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família Internacional** – necessidade de unificação. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: EDUSP, 2007.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei 13.105 de 16 de Março de 2015**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 30 maio. 2017.

Lei nº 8.009, de 29 de Março de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em 30 maio. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família: com comentários à Lei 8.009/90**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 66.

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NOTAS:

[1] Advogado. Especialista. Docente do Curso de Direito, disciplina Processo Civil e Prática em Direito Público da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, Campus Toledo. E-mail: joseraphael@hbf.adv.br.

[2] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011

[3] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2001, p. 283

[4] AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de Família Internacional – necessidade de unificação. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: EDUSP, 2007

[5] A lei do inquilinato comentada. 5ª edição. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 390

BREVES COMENTÁRIOS AO TEXTO PRELIMINAR DA REFORMA TRIBUTÁRIA

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. Site:www.haradaadvogados.com.br

Finalmente foi publicado o texto preliminar da futura PEC da Reforma Tributária. Fazemos uma análise sintética apenas dos dispositivos pertinentes ao Direito Tributário.

Esta proposta, que não é definitiva, está sendo discutida pelo seu relator, Dep. Luiz Carlos Hauly, perante diversas instituições da sociedade civil para oportuna formulação de uma PEC a ser debatida no Congresso Nacional.

Esta proposta preliminar segue mais ou menos na linha da PEC 31/2007 de autoria do Deputado Virgílio Guimarães, cuja discussão no Parlamento Nacional acha-se paralisada desde o ano 2015.

Quanto a repartição de rendas tributárias a proposta sob exame prevê o seguinte:

a) **União** - perde o IPI e o IOF e ganha outros dois impostos ficando com os seguintes impostos:

I – Imposto de importação – II

II – Imposto de exportação – IE

III – Imposto sobre a renda – IR

IV – IPI – **revogado**

V – IOF - **revogado**

VI – Imposto sobre propriedade territorial rural – ITR

VII – Imposto sobre grandes fortunas – IGF

VIII – Imposto sobre petróleo e seus derivados, combustíveis e lubrificantes de qualquer origem, cigarros e outros produtos do fumo, energia elétrica, serviços de telecomunicações, bebidas alcoólicas e não alcoólicas, veículos automotores novos, terrestre, aquáticos e aéreos, bem como pneus, partes e peças nestes empregados.

IX – Imposto Sobre Transmissão *causa mortis* e doações de quaisquer bens ou direitos - ITCMD.

b) **Estados** – perdem o ITCMD e o ICMS e ficam com os seguintes impostos: I – Imposto sobre propriedade de veículos automotores terrestre, aquáticos e aéreos – IPVA – **menos os veículos novos inseridos na competência da União.**

II – Imposto sobre operações com bens e serviços ainda que se iniciem no exterior – IVA – que incorpora os atuais IPI, ICMS, ISS, CIDE, PIS/CO- FINS- Faturamento; PIS/COFINS-importação e Salário Educação.

c) **Municípios** - perdem o ISS e não ganham nenhum imposto novo ficando reduzida a sua competência impositiva aos dois impostos atuais:

I – Imposto predial e territorial urbana – IPTU

II – Imposto Sobre Transmissão de Bens Imóveis por ato *inter vivos* e a título oneroso – ITBI

Breve análise

1. A União, condutora da Reforma Tributária, aumenta a sua fatia no bolo tributário barganhando os dois impostos regulatórios (IPI e IOF) por um imposto incidente sobre mercadorias selecionadas dentre as mais rendosas em termos de arrecadação tributária. Chegou-se ao casuísmo de

atrair para si a competência impositiva estadual o IPVA em relação aos veículos **novos** e sem prejuízo de sua participação de oitenta e oito centésimo por cento do produto de arrecadação do IVA (at. 156-A).

Por tais razões, a mídia já apelidou essa forma de tributação casuística de imposto seletivo. Só que não há mais previsão de seletividade facultativa (ICMS) ou impositiva (IPI) em função da *essencialidade dos produtos ou mercadorias*. A União poderá exacerbar as alíquotas onde for mais rentável e mais fácil de arrecadar (energia elétrica e telecomunicações, cujos impostos incidentes são arrecadados pelas concessionárias de serviço público por meio de contas tarifárias, onde estão embutidos valores de uma porção indeterminada de penduricalhos, e veículos novos, cujo imposto incidente é arrecadado antecipadamente pela montadora por meio de substituição tributária, com base no § 7º, do art. 150 da CF que fica mantido.

2. O poder ordinatório da União por meio de tributos fica restrito ao imposto de importação e ao imposto de exportação onde a margem de atuação do governo é bastante limitada em função da OMC de que participa o nosso país.

3. A União perde o instrumento de intervenção no domínio econômico com a supressão da CIDE, mas continua com a matriz constitucional do art. 149 da CF que poderá ensejar a recriação da CIDE com outro nome, oportunamente, quando os cofres públicos ficarem minguados por conta de despesas improdutivas. Diga-se a bem da verdade, tributos regulatórios e de natureza interventiva sempre serviram aos propósitos do governo de suprir os recursos financeiros faltantes, com desvio de sua finalidade, para custear as despesas correntes.

4. Há uma pequena impropriedade técnica no inciso III, do § 2º, do art. 153 ao prescrever a incidência do IR sobre as “verbas indenizatórias, naquilo que superar o valor do gasto ou do patrimônio material indenizado”. Ora, o que exceder do valor da justa indenização não corresponderá à indenização do patrimônio desfalcado. Na falta de consenso das partes cabe ao Judiciário fixar esse valor tornando indiscutível a natureza desse valor fixado.

5. No que tange ao imposto sobre operações com bens e serviços – IVA – cabente aos Estados nos termos da Lei Complementar federal convém acrescentar a expressão “relativas à circulação de bens e serviços”, bem como suprimir a expressão “a qualquer título” constante da alínea a, do inciso III, do § 7º, do art. 155, para que não se perca o entendimento firmado pela jurisprudência que levou décadas para encontrar o exato sentido em termos de *circulação jurídica*. Rios de tinta foram gastos após o advento da EC nº 33/01 que introduziu a incidência do ICMS sobre “a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre os serviços prestados no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço”. Durante longos anos o STF entendeu que o *leasing* internacional sujeitava-se ao ICMS (RE nº 206.069/SP, DJ 1-9-2005) até que no julgamento do RE nº 540.829, DJe 16-6-2016, foi revertida a tese, por maioria de votos, decidindo-se, em regime de repercussão geral, que não incide o imposto na operação internacional de *leasing* por ausência de *circulação jurídica*. O constituinte derivado poderia ter criado outro tipo de ICMS, mas não poderia jamais ter feito a previsão dessa tributação no bojo do dispositivo concernente ao ICMS, art. 155, II, § 2º da CF que exige *circulação jurídica*.

6. A outra observação é a complexidade da iniciativa do projeto de lei complementar federal para instituir esse imposto conhecido como IVA que, aliás, de IVA (imposto sobre valor agregado) só tem o nome. Ele continua com os mesmos vícios do atual ICMS incidente sobre o valor total de cada operação, tributado por dentro, obtendo-se a não cumulatividade pelo mecanismo contábil de créditos pela entrada de mercadorias e débitos pela saída de mercadorias, o que vem causando distorções sempre que houver isenção na etapa próxima ao ciclo final de comercialização, quando todos os créditos acumulados nas operações anteriores devem ser anulados. É o que chamamos de isenção invertida; aumenta-se a arrecadação tributária por meio de isenções. E mais, esse regime de tributação por dentro, que faz com que o tributo incida sobre si próprio, atenta contra o princípio da transparência tributária e facilita a ação de sonegadores ou de

simplesmente inadimplentes, pois não há separação do preço real da mercadoria ou do serviço, pertencente ao agente econômico, do valor do tributo que é devido ao fisco. Por isso, o ICMS é o imposto de maior sonegação no Brasil. Perde-se a oportunidade de implantar o regime de tributação por fora que poderá contribuir para livrar milhares de processos de natureza tributária que ocupam grande parte do tempo precioso dos tribunais, e aumentar consideravelmente a eficiência na arrecadação tributária punindo criminalmente o sonegador. Na sistemática atual do ICMS não há delito. Basta escriturar corretamente os créditos e os débitos e informar ao fisco o montante do imposto apurado. O valor do imposto está embutido no preço que pertence integralmente ao vendedor.

7. O Município perde o imposto de maior arrecadação, o ISS, e nada ganha em troca. Das três entidades políticas o Município é o que mais se encontra em contato permanente com a população posicionando-se sempre na linha de frente na solução de problemas emergenciais sendo que, tanto o Prefeito, como os vereadores que compõem a Câmara Municipal são os que mais representam o povo e têm condições melhores de atender as reivindicações mais urgentes e prioritárias da sociedade. É a única entidade política que na formulação de leis orçamentárias promove, por força de dispositivo constitucional, audiências públicas para influir no direcionamento dos recursos financeiros arrecadados a título de tributos. Consigne-se, por fim, que a *autonomia dos entes políticos* componentes da Federação assegurado pelo art. 18 da CF depende de *autonomia político-administrativa* deles. E não pode haver autonomia político-administrativa *sem autonomia financeira* representada pela partilha de rendas tributárias, com *discriminação constitucional de impostos privativos* cabentes a cada um dos entes políticos que compõe a Federação Brasileira.

8. Apesar da proposta sob exame ser denominada de “simplificação tributária” ela, na verdade, nada simplifica, pelo contrário traz mais complexidade, o que é visível pela simples leitura de seu texto. O ITCMD continua separado do ITBI só que agora fica inserido na competência da União, depois de ter passado pela competência do Município e pela competência estadual sob forma unificada (ITCM/ITBI), ou pela forma cindida (ITCMD, de um lado e ITBI, de outro lado, como no sistema

vigente). O IPVA ficou inserida na competência privativa dos Estados, mas com exclusão de *veículos novos* e daqueles destinados à *pesca* [1] e ao transporte público de passageiros e cargas [2], e com o produto de sua arrecadação *totalmente pertencente ao Município* onde for licenciado o veículo. Mexe profundamente com o pacto federativo concentrando ainda mais na esfera da União o poder de imposição tributária que passa a legislar, inclusive, sobre impostos cabentes a outras entidades políticas, além da inusitada participação na partilha do produto de arrecadação de imposto estadual.

9. Em que pese o ingente esforço do nobre Deputado Luiz Carlos Hauly, Relator da Reforma Tributária, que vem expondo as suas idéias e colhendo a manifestação de diversos segmentos da sociedade civil em um trabalho árduo, cansativo e bastante meritório, receio que essa proposta de reforma conduzida pela União, detentora da maior fatia do bolo tributário, dificilmente será aprovada pelo atual Congresso Nacional. Poderá, a exemplo de outras reformas, descambar para uma mini reforma implicando aumento da carga tributária para custear as despesas do Estado que não mais cabem dentro do PIB. O certo seria a Reforma Política (com redução do tamanho do Estado) preceder a Reforma Tributária.

10. Seria preferível manter o atual sistema nacional já suficientemente decantado ao longo de quase três décadas, apenas promovendo explicitações de textos sobre os quais *ainda perduram discussões de monta* perante os tribunais, na linha das propostas que fizemos e que se acham publicadas no nosso *Direito financeiro e tributário*, 26 ed. Atlas, 2017.

NOTAS:

[1] Não se sabe ao certo se é ou não de propriedade do pescador artesanal a que se refere o inciso I, do § 7º, do art. 201 da CF..

[2] Excluem-se da tributação os taxis, os ônibus e caminhões em geral, visto que não existem caminhões de passeio. Sobram apenas os automóveis usados ou sucateados.

TEORIA GERAL DO CRIME E A TEORIA TRIPARTITE: O CORTE METODOLÓGICO

ELDER CORRÊA SENA: Advogado, Assessor Parlamentar na Assembleia Legislativa no Espírito Santo, Graduado em direito pela Doctum, Pós-graduado em Processo Penal, Civil e do Trabalho pela Doctum, Pós-graduado em Gestão da Segurança Pública pela Unives, e Pós-graduando em Gestão Prisional Pela Unives e Diretor Jurídico da Tática Five Treinamentos Operacionais.

RESUMO: No presente artigo, iremos analisar os dispositivos Constitucionais e infraconstitucionais existentes sobre o tema proposto, abordaremos sobre a teoria geral do crime, estratificando os elementos que o constituem.

Com uma análise mais rigorosa iremos lançar, na estratificação do crime, o corte metodológico, com a finalidade de melhor lumiar o tema proposto, fazendo com que o leitor tenha uma visão ampla da teoria do crime, bem como da teoria tripartite do crime, explicitando elementos por elementos, de forma estratificada.

Palavras - Chaves: Teoria Geral do Crime, Crime, Teoria, Tripartite, Tripartida, corte metodológico.

1. INTRODUÇÃO.

Diversos são os entendimentos doutrinários sobre a teoria do crime, uns dizem que a teoria aplicada no Brasil é a teoria bipartida do crime, outros dizem que é a teoria tripartite do crime, e para muitos a teoria dever-se-ia ser a teoria quadripartite do crime.

Destarte, assim como diversos outros doutrinadores do direito penal, entendemos que a teoria adotada no Brasil é a teoria tripartite do crime, teoria essa que é constituída dos principais elementos constitutivos de um crime, elementos essenciais para a constituição do crime.

Ergo, para que seja considerado crime aqui no Brasil, há a necessidade da constituição de três elementos, quais sejam: Fato típico, Antijurídico e Culpável.

Dessa feita, esses elementos são subdivididos, pelo qual chamarei de subelementos, subelementos estes que sem eles não há a constituição de crime, ou seja, ocorrerão os fenômenos da extinção da punibilidade do agente.

A análise de cada subelemento é de suma importância para a configuração de crime, visto que ausente qualquer um dos elementos ausente também estará a configuração do crime.

Por este motivo, a importância em estudarmos a teoria tripartite do crime e os seus elementos e subelementos, por meio do chamado corte metodológico, pois é através do corte metodológico que podemos analisar de forma minuciosa e estratificada a existência ou não do crime.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 TEORIA GERAL DO CRIME.

Com o Pacto Social, ou Contrato Social, segundo a teoria dos contratualistas^[1], nasce o Estado, e com o nascimento do Estado, nasce os direitos e obrigações sociais e políticos para os cidadãos.

Antes de adentrarmos a Teoria Geral do Crime, ouse em relatar, com todas as vênias possíveis, que antes do nascimento do Estado, conforme a teoria dos filósofos políticos suso citados, os homens viviam em constantes disputas de bens materiais, diga-se que naquele tempo, nada era devidamente regularizado, havia brigas constantes entre homens afim de cada um assegurar o que lhes pertenciam não havia uma segurança por parte de outrem, ou melhor, não havia um “Estado” para a proteção dos bens individuais dos homens, o próprio homem protegia os seus interesses, naquela época havia morte, roubo, desrespeito à honra, dignidade dentre outros direitos, que hoje nós protegemos.

O que prevalecia naquela época era o chamado “olho por olho, dente por dente”, ou seja, o que for feito contra mim será feito contra você do mesmo modus operandi. Devido a tais complicações, pois não havia nenhuma proteção aos bens individuais particulares, que se deu origem o que hoje chamamos de Estado.

O Estado nada mais é que a união de povos que resolveram firmar um pacto contratual a fim de proteger os seus bens e impor aqueles que tentam burlar essa proteção, deveres de cuidado e de proteção aos bens do seu próximo.

Com o nascimento do Estado/Governo, cria-se o que hoje também chamamos de Constituição da República Federativa do Brasil, que compreendeu em seus textos os Direitos, Deveres e Garantias Constitucionais, sendo assim, a Constituição Federal, passa-se a ser o ápice de todo o Estado, ou seja, passa-se a Constituição Federal a ser a norma mais relevante do Estado, sendo todos os atos governamentais praticados de acordo com a norma maior. (HOBBS, LOCKE e ROUSSEAU, 2000).

Não adentrando muito no assunto, mas só para exemplificação, Hans Kelsen^[2], vai dizer que a Constituição está acima de qualquer ato normativo, vindo a fundamentar também que a norma que serve de arrimo para a constituição é a norma hipotética fundamental.

Com o nascimento da Constituição Federal, nascem diversos ramos do Direito que visam à proteção de bens relevantes para a sociedade, assim, nasce o Direito do Trabalho, Direito Tributário, Direito Econômico, hoje Direito Administrativo, Direito Ambiental, Direito Civil, que se subdivide em diversos ramos como o Direito de família, Direito das coisas, etc.

O Direito Penal, dentre todos os Direitos suso aludido, é o mais importante no Sistema Jurídico Mundial, além de sua subsidiariedade: o Direito Penal só vai atuar caso os outros ramos do direito não puder, ou melhor, não conseguir proteger determinados bens, o Direito Penal protege os mais importantes bens jurídicos, a vida, a propriedade e a integridade física e mental dos cidadãos.

Com a máxima importância dada ao Direito Penal, surge diversas teorias, visando explicar em que se consiste o Crime.

Dessa forma o crime passa-se por vários séculos sendo desenvolvido e de maneira muito evolutiva, muitos autores internacionais de suma importância como Claus Roxin^[3] foram determinantes para diversos conceitos sobre o direito penal, em especial sobre a teoria do crime.

No direito brasileiro, não é diferente, pois temos diversos ilustre juristas que são marco teórico de nível mundial.

Dentre esses juristas podemos destacar alguns que são de suma importância para a explanação do presente trabalho e que nos darão e levaram ao objetivo da presente pesquisa. (MIRABETE, 2005 p. 139).

Antes de tudo, é muito importante sabermos o que o nosso Código Penal Brasileiro atual aduz sobre o que é crime, pois a lei de introdução ao

Código Penal, em seu artigo primeiro, alude que “Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa” [4].

Quanto aos doutrinadores brasileiros, a saber, de Mirabete (2005, p. 97) ele nos leva para um plano doutrinário arguindo que “a doutrina tem definido o crime como sendo o fato típico e antijurídico. Para que exista o crime, basta que haja um fato típico e antijurídico. Entretanto, para haver a aplicação da pena é necessário também, que o fato seja culpável”.

O crime pode ser conceituado de 03 (três) formas são elas a material, a formal e a analítica, na teoria geral do crime podemos verificar que sempre são abordadas as três teorias para melhor entendimento, no que vimos acima com a explicação de Mirabete (2005, p. 97), a teoria adotada por ele é a da teoria analítica, que contem a teoria tripartite do crime.

Quanto às três teorias suso aludida, a doutrina brasileira, aqui compreendido o ilustre doutrinador Capez (2003, p. 105), nos explica que no aspecto da teoria material:

É todo aquele que busca estabelecer a essência do conceito isto é, o porquê de determinado fato ser considerado criminoso e outro não. Sob esse enfoque, crime pode ser definido como todo fato humano que propositada ou descuidadosamente lesa ou expõem a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social.

Já para Mirabete (2005, p. 96):

As definições formais visam apenas ao aspecto externo do crime, é necessário indagar a razão que levou o legislador a prever a punição dos autores de certos fatos e não de outros, como também conhecer o critério utilizado para distinguir os ilícitos penais de outras condutas lesivas, obtendo-se assim um conceito material ou substancial de crime.

Com as definições ora aludidas pelo ilustre doutrinador, podemos perceber que o método em que o mesmo, implicitamente, pretende demonstrar é claramente o que o doutor Tárek Moussallem o chamará de enunciação-enunciado, diz-se que por essa teoria que ao analisar um determinado enunciado, podemos de maneira minuciosa chegar até a sua fonte.

Claramente o nobre jurista capixaba Moussallem (2006, p.136), exemplifica dizendo que ao depararmos com uma cerveja e ao analisá-la, através de seu rótulo (aqui compreendido como um enunciado) poderemos chegar a quem produziu, quando foi produzido e por que foi produzido (enunciação), diferente não seria na norma jurídica, que ao nos depararmos com determinada norma, a primeira indagação é qual seria o seu objetivo final (enunciação-enunciada), conforme aludiu Mirabete (2005, p. 97) “é preciso saber a razão que levou o doutrinador a prever a punição de certos fatos e não de outros”.

Quanto ao aspecto formal, Fernando Capez (2003, p. 104) preceituando diz que “O conceito de crime resulta da mera subsunção da conduta do tipo legal e por considerar-se infração penal tudo aquilo que o legislador descreve como tal, pouco importando o seu conteúdo”.

Mirabete (2005, p. 97) assim conclui observando que “essas definições, entretanto, alcançam apenas um dos aspectos do fenômeno criminal, o mais aparente, que é a contradição do fato a uma norma de direito, ou seja, sua ilegalidade como fato contrário a norma penal”.

O último aspecto que por sinal é o foco do presente trabalho é o analítico, que pode ser diferente dependendo da teoria adotada.

Capez (2003, p. 107) conceitua o aspecto analítico sendo “aquele que busca, sob um prisma jurídico, estabelecer os elementos estruturais do crime”.

Enquanto Mirabete (2005, p. 97) descreve que “o conceito formal de delito com referência aos elementos que o compõem (melhor seria fala-se em aspectos ou características do crime), de caráter analítico, tem evoluído”.

Ao conceito analítico de crime diverso são as opiniões adotadas, assim, há doutrinadores que seguirão pela linha que conceitua o crime na teoria analítica sobre o prisma da teoria bipartida do crime, compreendendo assim a Lei de Introdução ao Código Penal, decreto lei número 3.914 de 1941 em seu artigo 1º que aduz:

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente

Como podemos bem observar, para a Lei de Introdução, crime seria a infração penal cuja lei comina pena de detenção ou de reclusão, seja estas acompanhadas ou não por multa.

Já alguns doutrinadores, que são aqueles que mais caminham para a trilha da exatidão quanto à teoria analítica do crime, defendem a ideia tripartida do crime, compreendendo assim, a culpabilidade, antijuridicidade e a tipicidade do fato do agente, conceitos estes que será em capítulo específico mais explanado.

Seguindo o norte da teoria tripartida do crime, alguns doutrinadores, introduziram a esta teoria, mais um elemento, a punibilidade, dizendo-se que o crime não é analisado sobre o prisma da teoria tripartida, mais sim sobre a teoria tetrapartida compreendendo a culpabilidade, a antijuridicidade, a ilicitude e a punibilidade.

Se observarmos o que alude o Código de Processo Penal, merece razão, pois em seu artigo 397, o legislador prevê quatro hipóteses de absolvição sumária, são elas a Antijuridicidade, a tipicidade, a culpabilidade e a punibilidade do fato criminoso, vejamos o teor do artigo 397 do código de processo penal brasileiro:

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008). I - a existência manifesta de causa excludente da **ilicitude do fato**; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008). II - a existência manifesta de causa excludente da **culpabilidade do agente**, salvo inimizabilidade; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008). III - que o **fato narrado evidentemente não constitui crime**; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008). IV - extinta a **punibilidade** do agente. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008). (grifo nosso)

Como podemos perceber, deve o Magistrado absolver o réu nas hipóteses previstas no artigo 397, é por obvio que o Magistrado deve absolvê-lo sumariamente, pois caso haja umas das hipóteses não podemos falar em crime, se não podemos falar em crime, por conseguinte não podemos também falar em condenação e muito menos em dar continuidade à persecução penal.

Para que melhor seja o entendimento quanto aos argumentos suso, ou melhor, para melhor entendimento quanto aos elementos, passamos a TEORIA TRIPARTITE DO CRIME E A INTERDEPENDENCIA DOS SEUS ELEMENTOS.

Com a teoria tripartida do crime e a interdependência dos seus elementos, iremos explicitar tais elementos, verificar se são ou não interdependentes, ou se são interindependente, os elementos do fato típico: Conduta, Resultado, Nexo de Causalidade e a Tipicidade; os elementos da Antijuridicidade, ou da Ilícitude: Estado de Necessidade, Legítima Defesa, Estrito Cumprimento de Dever Legal e o Exercício Regular de Direito; os elementos Imputabilidade, Potencial Consciência da Ilícitude do Fato e a Exigibilidade de Conduta Diversa são dependentes um do outro para que o fato deixe de ser crime, ou são independente um do outro para que o fato deixe de ser considerado crime?

Existe uma combinação entre um elemento e outro, ou basta um dos elementos constitutivos não estar presente para que o fato deixe de ser considerado crime?

Destarte, para que possamos entender a teoria tripartida do crime, passaremos ao capítulo específico.

3. TEORIA TRIPARTITE DO CRIME – O CORTE METODOLOGIO.

Como vimos, segundo a maioria dos doutrinadores, diversos são as teorias adotadas para o crime: formal, material e analítica, dessa maneira viu-se que a teoria que mais nos chamou a atenção foi à teoria analítica do crime, consubstanciada das teorias bipartite do crime, tripartite do crime e tetrapartite do crime.

Como podemos notar com as explicitações acima, todos os doutrinadores merecem razão, pois haja vista o nosso Código Penal Brasileiro que seria o “encarregado” da definição do que poderia ser considerado crime assim não o fez, deixando in albis o entendimento quanto ao conceito de crime, assim, o conceito de crime adotado pelo Brasil é meramente um conceito jurídico-doutrinário, e não um conceito legal, advindo do próprio codex penal.

Explicitando isso, instamos a dizer, que havia dois conceitos de crime previstos em lei, que é o conceito analítico sob o foco bipartite do crime, ao falar os ditames da lei de introdução ao código penal em seu artigo inaugural e também a teoria tetrapartite do crime, ao falar dos ditames do Código de Processo Penal em seu artigo 397 e incisos.

Há de se observar também, que obtivemos em nosso Código Criminal Imperial de 1930 um conceito de crime, julgando crime e delito como “Toda ação ou omissão voluntária contrária às leis penaes”. E também em nosso primeiro Código Penal Republicano em 1980 a definição da seguinte forma: “A violação da lei penal consiste em ação ou omissão; constitui crime ou contravenção”. (Redações originais).

Ora, mesmo com o passar de 50 anos, a ideia de crime nos diplomas penais não teria sofrido alterações, nos dias de hoje, com a tecnologia e com o desenvolvimento dos pesquisadores, podemos perceber a grande diferença da evolução do direito penal, por quanto às teorias do crime que agora, são de certa forma mais compreensivas e mais fáceis de entender.

Diante da explicação acima, fica mais fácil à explanação quanto às teorias desenvolvidas com o passar do tempo, mormente a teoria analítica do crime, mais precisamente a teoria tripartite do crime. (GRECO, 2006, p. 146)

Como já posto anteriormente, a teoria tripartida do crime é constituída de três elementos que são: Fato Típico, Antijuridicidade e Culpabilidade, destarte, iremos de maneira minuciosa e cuidadosa, expor tais elementos analisando se são ou não dependentes um para com o outro no sentido de “extirpar o crime praticado por determinado agente”, fazendo assim, o chamado corte metodológico.

3.1 - Do Fato Típico e seus Elementos Constitutivos.

O Fato Típico ele também será estratificado, pois contém quatro elementos que formam o Fato Típico, são eles: Conduta, Resultado, Nexa de Causalidade e Tipicidade.

Esses elementos são de suma importância para a teoria analítica do crime, pois são eles que estão previsto no enunciado da norma, assim, ao observar um enunciado normativo, devemos encontrar esses quatro elementos.

O Fato Típico com base em um princípio penal, que é o princípio da anterioridade da lei penal, que alude que não haverá crime sem lei anterior que passa a defini-lo, o artigo 1º do Decreto Lei nº 2.848/40 alude que: “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)”.

Destarte, podemos perceber que o próprio código penal prevê que não haverá crime quando não houver em lei uma definição para a conduta realizada pelo suposto autor de um fato aparente criminoso.

Em outras palavras, se a conduta descrita não estiver tipificada, ou melhor, definida, escrita, normatizada, não poderemos falar em crime, assim é o porquê falamos em enunciado, enunciação e enunciação-enunciado, pois se a conduta estiver definida, escrita, normatizada (enunciado), chegaremos até a sua fonte, ou seja, de onde a norma nasceu (enunciação), destarte, poderemos compreender o motivo pelo qual tal norma definiu ser aquela conduta tipificada como crime, qual o propósito em punir tal conduta, dentre outros, ou seja, o in loco com a norma, o experimentar (enunciação-enunciada). (MOUSSALLEM, 2006, p. 136)

Traçadas tais considerações, vimos que o Fato Típico é constituído de Conduta, Resultado, Nexo de Causalidade e Tipicidade, para melhor compreensão, ousamos a pontuar cada elemento.

2.1.1 – Da Conduta Humana.

Antes de definirmos a conduta, insta observar, que não entraremos, em nenhum de nossos tópicos, em especificar nenhum dos tipos de crimes, pois o presente trabalho visa somente a análise da teoria tripartite do crime, e com o objetivo de informar ao caro leitor, se há interligações entre os seus elementos, e por que, na ideia do autor, foi à teoria tripartite melhor aceita pelo direito penal brasileiro, já que existem mais duas teorias analíticas no Brasil que falaremos posteriormente, visto isso, ousaremos então a definição de conduta humana.

Conduta Humana, assim como podemos verificar na maioria dos doutrinadores, é uma ação comissiva (positiva) ou omissão (negativa), dolosa (o agente quer ou assume o risco de produzir um resultado), ou culposa (quando o agente não observa o seu dever de cuidado agindo com imprudência, imperícia ou negligência), nem toda conduta humana ou a ação humana terá relevância para o direito penal, ou para o direito em geral, pois existem determinadas condutas que não são consideradas potencialmente ofensivas, assim não são abrangidas pelo Direito.

Bitencourt, (2003, p. 151), em seu tratado de direito penal, nos alertará que “O código penal brasileiro, a exemplo dos códigos de outros países não apresenta um conceito de ação ou omissão, deixando-o implícito, atribuindo sua elaboração à doutrina.” E continua dizendo que:

No entanto a *sistematização* do Direito Penal, a partir de Von Liszt, utiliza o critério da classificação em ação e omissão.

A Ciência do Direito Penal alemão esforçou-se na tentativa de formular um conceito amplo de ação que abrangesse também a omissão, e atribuíram-lhe funções relevantes na teoria do delito.

Em 1857, já se falava em ação *antijurídica e culpável*, mesmo sem antes saber qual seria a distinção entre uma ou outra, pois na verdade, a busca era naquela época definir amplamente o conceito de ação, Bitencourt (2003, p. 152) citando Cerezo Mir alude que:

[...] deriva-se a necessidade de que o conceito de ação seja suficientemente amplo para que compreenda todas as formas de conduta relevantes para o Direito Penal (ação e omissão, condutas dolosas ou culposas). A ação deve cumprir, além disso, a *função* de elemento de união ou enlace de todas as fases do juízo jurídico-penal (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade).

Continua ainda dizendo que o conceito de ação, deve ser de modo a não prejudicar os outros elementos constitutivos do crime, (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade), por este motivo, deve ser valorativamente neutros, e mais uma vez citando Cerezo aduz que “a função como elemento básico fica satisfeita se o conceito de ação ou omissão permitisse uma interpretação satisfatória, convincente, de todos os tipos de injusto” (BITENCOURT, 2003, P. 151).

E continua dizendo que “Por último, a ação deve cumprir uma função limitadora, excluindo, antecipadamente, aquelas formas de condutas que careçam de relevância para o direito penal.” (BITENCOURT, 2003, P. 152).

Como já afirmamos anteriormente, a conduta humana aqui descrita, só terá relevância para o direito penal se houver um resultado e que desse resultado houver nexos de causalidade, prescindido de uma tipificação.

Caso a conduta proferida pelo agente não estiver tipificada, não causar danos a outrem e nem tiver previsão legal, não terá, a priori relevância para o direito penal, pois esta conduta seria considerada atípica, ou seja, uma ação ou omissão corriqueira que não fere nenhum bem jurídico, exemplo, deixar alguém de assistir televisão por motivos pessoais ou religiosos, ou assistir todo dia televisão.

Veja, há uma conduta humana omissiva (negativa, deixar de assistir) e outra comissiva (positiva, assistir), dolosa u culposa, como não atingirá nenhum bem jurídico de outrem, não haverá para esta hipótese, relevância para o direito penal.

Por este motivo, podemos conceituar a conduta humana no direito penal como um ato comissivo (positivo) ou omissivo (negativo), dolosa (o agente quer ou assume o risco de produzir um resultado), ou culposa (quando o agente não observa o seu dever de cuidado agindo com imprudência, imperícia ou negligência), com relevância penal ou quando a conduta do agente atinge bens de outrem protegidos por lei penal.

Segundo a doutrina majoritária, a teoria aplicada na conduta humana é a teoria finalista da ação, que observar que a conduta ela é subjetiva, pois o dolo e a culpa estão na conduta, ressalvando assim algumas condutas objetivas encontradas na própria lei penal. (GRECO, 2006, p. 154)

2.1.2 – Do Resultado.

Como vimos alhures, a conduta humana pode ser conceituada como um ato comissivo (positivo) ou omissivo (negativo), dolosa (o agente quer ou assume o risco de produzir um resultado), ou culposa (quando o agente não observa o seu dever de cuidado agindo com imprudência, imperícia ou negligência), com relevância penal ou quando a conduta do agente atinge bens de outrem protegidos por lei penal.

A conduta humana para ter relevância para o direito penal, ela deve ter uma consequência naturalística, modificando o estado natural de algo, destarte, caso a conduta proferida não altere o estado natural, causando assim um mal injusto, não haverá relevância para o direito penal.

Tal conduta, muitas das vezes, para que se modifique o estado natural, prescinde de um fenômeno chamado de resultado, para a doutrina adotada, majoritariamente, a teoria adotada quanto ao resultado é a teoria naturalística.

No direito penal, o resultado é a consequência da conduta, mas nem toda conduta gera um resultado é o caso dos crimes formais e dos crimes de mera conduta, disse o crime formal aquele que a lei prevê um resultado, mas que não exige que o resultado se configure, exemplo é o crime de extorsão, previsto no artigo 158[5] do Código Penal Brasileiro, decreto lei 2.848/40, cuja necessidade é somente de ter o agente intuito de obter a vantagem indevida e não a de concretamente obtê-la.

Já no crime de mera conduta, a lei não prevê um resultado, ou seja, enquanto nos crimes formais a lei prevê um resultado, mas não exige que ele ocorra para que se configure o crime, nos crimes de mera conduta, a lei nem exige um resultado, não há em se falar em resultado, pois somente a conduta do agente já é suficiente para a configuração do crime, exemplo é o crime de violação de domicílio previsto no artigo 150^[6] do Código Penal Brasileiro, decreto lei 2.848/40, que somente exige que o agente entre ou, depois de ter entrado, permaneça nas dependências do domicílio.

Para melhor entendermos sobre o resultado, apoiaremos nossa explicação quanto ao crime previsto no artigo 121 do Código Penal Brasileiro, decreto lei 2.848/40, crime este que inaugura a parte especial do nosso Codex Penales nominado de homicídio.

Para que realmente haja o crime de homicídio, a lei exige que se obtenha um resultado, pois ora, sem a morte da vítima não poderíamos falar em homicídio, assim, para que possamos falar em resultado, antes de qualquer coisa, primeiro temos que falar no caminho do crime, inter crimines, o caminho percorrido para que se chegue ao ato perfeito, são constituídos de quatro fases, quais sejam, a cogitação (o sujeito pensa, imagina como será o crime, o crime de cogitação não é punível, pois o nosso pensamento poderá pensar o que quiser, o ato de pensar não modificará um estado natural na humanidade, ou seja, a “conduta” pensar, não é relevante para o direito penal), a preparação (o sujeito prepara o crime, em regra, a preparação também não é punível, ressalvada as hipóteses em que tal preparação advém de algum crime meio, por exemplo, um porte ilegal de arma de fogo), a execução (o ato executório é quando o sujeito inicia o crime, o ato executório é punível, caso nessa fase o agente é interrompido por circunstâncias alheias a sua vontade ou por ter esgotados todos os meios da execução, responde este pelo crime tentado previsto no artigo 14, inciso II^[7] do Código Penal Brasileiro, decreto lei 2.848/40, insta salientar, que existem crimes que não admitem a tentativa, exemplos os crimes preterdelitos, os culposos etc.) e por fim a consumação (diz-se a consumação quanto todos os elementos do fato criminoso estão reunidos, assim, percorrido o inter crimines, o agente consegue o que almejava, ou seja, a morte da vítima).

Desse modo, como se observa, a consumação é o resultado que o artigo 121 do Código Penal Brasileiro previu que é “Matar alguém”, destarte, segundo a teoria causalista da ação, se não houvesse a conduta proferida pelo agente contra a vítima, não teríamos o resultado, ou seja, se o agente não desferisse disparo de arma de fogo contra a cabeça da vítima esta não morreria a tiros. (GRECO, 2006, p. 153-161)

O resultado a que se depende a existência do crime, só poderá ser imputado a quem lhe deu causa, ou seja, só poderemos atribuir o resultado a toda pessoa que praticou uma determinada conduta e dessa conduta ocasionou um resultado crime, não se atribui ao agente praticante da conduta as causas resultante de fatos superveniente, mas atribui-se a ele a que praticou, a omissão para que o resultado não ocorra também é punível ao agente que não a observar, esse é o ensinamento do artigo 13 do Código Penal Brasileiro, decreto lei 2.848/40, que alude:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem.

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado.

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Como observamos, da conduta humana, ou da ação humana, gera um resultado e que desse resultado, poderá advir um fato criminoso, observamos que nem todos os crimes são de resultado ou que necessitam de resultado que é o caso dos crimes de Mera Conduta e os crimes Formais, Luiz Flávio Gomes citado por Greco (2006, p. 228-229) nos atenta dizendo que o artigo supracitado aplica-se para todas as infrações penais, independentemente da natureza da infração, aludindo que:

Não existe crime sem resultado, diz o art. 13. A existência do crime depende de um resultado. Leia-se: todos os crimes exigem um resultado. Se é assim, pergunta-se: qual o resultado é sempre exigido para a configuração do crime? Lógico que não poderia ser o resultado natural (ou naturalístico ou típico), porque esse só é exigido nos crimes materiais. Crimes formais e de mera conduta não possuem ou não exigem resultado (natural). Conseqüentemente, o resultado exigido pelo art. 13. Só pode ser o jurídico. Este sim é que está presente em todos os crimes.

Que se entende por resultado jurídico? É a ofensa ao bem jurídico, que se expressa numa lesão ou perigo concreto de lesão. Esse resultado jurídico possui natureza normativa (é um juízo de valor que o juiz deve fazer em cada caso para verificar se o bem jurídico protegido pela norma entrou no raio de ação dos riscos criados pela conduta).

Partindo-se desse prisma, observa-se de que em toda conduta criminoso iremos encontrar um resultado, mesmo sendo este resultado um resultado “meramente” jurídico, e reza de muita razão Luiz Flávio Gomes, pois para o direito penal, a conduta que é apreciada, ou seja, que é aproveitada para análise do fato criminoso é a conduta que tem relevância jurídica, dessa forma, mesmos nos crimes cuja existência de um fato natural não é exigida, haverá um resultado jurídico, resultado este que servirá para a verificação da existência ou não do crime para a teoria analítica do crime.

2.1. 3 – Do Nexo de Causalidade.

Não se pode cogitar que determinado fato é constituído como crime antes da efetivação de uma conduta humana, assim também, não falaremos de crime, antes de a conduta gerar um resultado, que neste caso, deverá ter uma relevância jurídica para poder falar em crime, do mesmo modo, não há em que se falar em crime e imputação de determinado crime sem antes analisar se tal resultado e tal conduta foi o ato determinante para que constituísse o fato criminoso.

É ai que falamos no Nexo de Causalidade, ou Nexo Causal, por esse elemento, entende-se por ser o elo que uni a conduta humana proferida pelo individuo e o resultado do fato constituído como crime, caso não houver a conduta do agente ligação, ou não for determinante para a configuração do fato criminoso, não podemos falar em imputabilidade do fato criminoso, pois se a conduta for diversa do resultado não houve a ligação entre o resultado e a conduta, não configurando assim, o elo entre eles.

Greco (2006, p. 229), não concordando que o resultado previsto no art. 13 do Código Penal Brasileiro se estende aos crimes formais e de mera conduta, chamado de resultado jurídico, vai dizer que o nobre professor Luiz Flávio Gomes:

Apesar da força dos argumentos do renomado autor, somos partidários da primeira corrente⁸ que entende que o raciocínio da relação de causalidade,

de acordo com a redação do art. 13 do Código Penal, somente faz necessário nos crimes materiais, vale dizer, aqueles cuja conduta prevista no tipo produz um resultado naturalístico, perceptível através dos nossos sentidos.

Data máxima vênia ao nobilíssimo professor, não a concordância quanto ao fato que o resultado somente nos crimes materiais, a corrente do professor Luiz Flávio Gomes merece prosperar, pois toda a conduta que há de obter relevância jurídica necessita de um resultado, não há a necessidade de um resultado natural, naturalístico, mas sim de um resultado jurídico, pois do contrário feriria o princípio da subsidiariedade do direito penal, assim consubstanciado no fato de que o direito penal somente atuará onde os outros ramos do direito não consegue alcançar, e se, somente se houver relevância jurídica.

Destarte, o resultado, deve todas às vezes ser encontrado no fato criminoso, mesmo que aquele seja somente jurídico, pois assim, se o resultado não o existisse, pela teoria analítica, não poderíamos falar em crime, pois estaríamos desconstituídos de resultado e do nexos de causalidade, pois não há em se falar em nexos quando não houver resultado, sendo que o nexos de causalidade é o elo entre a conduta e o resultado de determinado fato.

2.1.4 – Da Tipicidade.

A tipicidade ou o Tipo penal, segundo Greco (2006, p. 163) foi uma “imposição do princípio do *nullum crimen sine lege*”, ou seja, a imposição do legislador em tornar determinada conduta em crime, deve obedecer a esse princípio que em outras palavras alude que não haverá crime sem lei, dessa forma, podemos entender que a tipicidade é a norma jurídica escrita que enquadra a conduta do agente através de uma lei que a define.

O decreto lei 2.848/41, o Código Penal Brasileiro, alude em seu artigo primeiro, que “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”, assim, dado a nomenclatura de “anterioridade da lei penal”, o código nos ensina que não podemos atribuir a determinado fato ou conduta sanção penal antes de obtermos uma norma legal que autoriza a imputação.

Greco, (2006, p. 163) ainda afirma que “Tipo, como a própria denominação nos está a induzir, é o modelo, o padrão de conduta que o Estado, por meio de seu único instrumento, a lei, visa impedir que seja praticada, ou determina que seja levada a efeito por todos nós”.

E através do enunciado da norma que identificamos o tipo de conduta em que o legislador quis lançar como sendo de caráter relevante para o direito penal, ao ex vi do enunciado previsto no artigo 155 do Código Penal Brasileiro que aduz a conduta proibitiva de subtrair para si ou para outrem coisa móvel alheia, tal conduta constitui crime por força de enunciado proibitivo, assim, caso não houvesse esse dispositivo através de lei, não poderia a autoridade judicial imputar a tal conduta nenhum tipo de crime, pois não haveria arrimo legal, ou seja, não haveria nenhum enunciado normativo que justificasse a imputação.

Greco (2006, p. 164), vai dizer que “A adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal (tipo) faz surgir à tipicidade formal ou legal.” E continua dizendo que “Essa adequação deve ser perfeita, pois, caso contrário, o fato será considerado formalmente atípico”.

O Tipo Penal, ou a Tipicidade é a adequação perfeita entre a conduta do agente é o enunciado normativo, ou seja, é a adequação do fato a norma, não podendo dessa forma, ser a conduta inadequada ao tipo descrito em lei: (GRECO, 2006, p.173).

Quando afirmamos que só haverá tipicidade se existir uma adequação perfeita da conduta do agente ao modelo em abstrato previsto na lei penal (tipo), estamos querendo dizer que por mais que seja parecida a conduta levada a efeito pelo agente com aquela descrita no tipo penal, se não houver um encaixe perfeito, não se pode falar em tipicidade.

Greco (2006, p. 174), vai dizer que a adequação do fato a norma, lidar como um brinquedo de encaixe com que as crianças adoram brincar, o Carimbrás: Encaixe de Formas Geométricas, assim, para ele a adequação entre a conduta praticada e a norma, devem ser igual a este brinquedo, pois caso não se adequar corretamente a figura geométrica ela não entrará no tabuleiro indicado, assim, a conduta praticada, deve ser exatamente enquadrada no enunciado normativo, ou seja, na lei (tipo).

Greco (2006, p. 174), vai nos aperfeiçoar quanto ao que se refere à adequação da norma ao fato dizendo que “[...] há adequação típica, ou tipicidade formal, quando a conduta do agente se amolda perfeitamente a um tipo legal de crime.”.

A título de conhecimento, a doutrina alude sobre dois tipos de tipicidade, qual seja, a tipicidade formal (ora acabamo-nos de explicitar) e a conglobante que consiste no fato em que no caso da verificação da

tipicidade, há de se fazer uma conjunção entre a tipicidade material e a tipicidade material, a tipicidade material por si só, é a ofensividade da conduta ao bem juridicamente protegido, assim, a tipicidade conglobante, resume-se no fato em que o ordenamento jurídico não pode considerar típico fato, ou conduta em que a lei autoriza/permite, fomenta ou determine, pois caso isso aconteça estaríamos diante do fenômeno da antinormatividade que por sinal é combatida por Bobbio (GRECO, 2006, p. 174-175).

Citando Zaffaroni e Pierangeli, Greco ainda vai falar que:

A tipicidade conglobante surge quando comprovado, no caso concreto, que a conduta praticada pelo agente é considerada antinormativa, isto é, contrária a norma penal, e não imposta ou fomentada por ela, bem como ofensiva a bens de relevo para o Direito Penal (tipicidade material).

E assim conclui que “Na lição de Zaffaroni e Pierangeli, não é possível que no ordenamento jurídico, que se entende como perfeito, uma norma proíba aquilo que outra imponha ou fomenta.”. (GRECO, 2006, p. 175)

Destarte, podemos de maneira sucinta conceituar a tipicidade como sendo a descrição do enunciado normativo que deve previr de uma lei e assim sendo deve-se a conduta humana encaixar-se perfeitamente no enunciado normativo.

2.2 - Da Antijuridicidade e seus Elementos Constitutivos.

Ora, falamos da antinormatividade que é a impossibilidade de o ordenamento jurídico proibir algo que o próprio ordenamento fomenta ou autoriza/permite, assim não será diferente quanto à antijuridicidade ou ilicitude do fato.

Disse ser, assim, antijurídica, a conduta praticada contrariamente aos ditames do ordenamento jurídico, vale dizer, que é ilícito uma pessoa subtrair para si ou para outrem coisa móvel alheia, (artigo 155 caput do Código Penal Brasileiro).

A antijuridicidade ou a ilicitude por sua vez, é a contrariedade à norma posta pelo ordenamento jurídico que proíba que determinados agentes pratiquem determinadas condutas, pois caso contrário, concorreriam para as penas que a própria norma irá imputar, diga-se ao princípio da anterioridade e da imputabilidade penal.

Santos (1985, p. 86) vai dizer que “A antijuridicidade é o conceito mais estável das definições analíticas do crime dos moldes causal, final e social: significa a contradição entre a conduta típica e o conjunto do ordenamento jurídico.” E continua, com brilhantismo, nos ensinando a compreensão da conduta aludindo que “[...] a conduta típica compreende a ação e a omissão de ação adequada a um tipo legal, e o conjunto do ordenamento jurídico compreende as permissões (expressas no ordenamento jurídico) e as proibições (dispersas no ordenamento jurídico) de condutas.”.

Assim, se um agente, por exemplo, subtrai para si ou para outrem coisa móvel alheia com o intuito de apropriar-se da coisa, ela será incursa no enunciado do artigo 155 do código penal brasileiro, de outro lado, se essa mesma pessoa subtrai para si coisa móvel alheia com o intuito de devolvê-la não concorrera para nenhum tipo penal, ou seja, não encaixara em nenhum enunciado normativo, pois não há previsão legal para o “crime” de uso, não poderemos assim, falar em antijuridicidade ou em ilicitude. (GRECO, 2006, p. 346)

A ilicitude ou antijuridicidade assim como o fato típico e a culpabilidade que veremos a seguir, é constituído de elementos que compõe que são também chamados de excludentes da ilicitude ou excludente da antijuridicidade, tais elementos que compõe a antijuridicidade são: o Estado de Necessidade, a Legítima Defesa, Estrito Cumprimento de Dever Legal e Exercício Regular de Direito.

2.2.1 - Estado de Necessidade.

O Estado de Necessidade é previsto no artigo 23 do Código Penal Brasileiro em seu inciso I que alude que “Não há crime quando o agente pratica o fato: em estado de necessidade”.

Logo, o artigo 24 do decreto 2.848/41, o Código Penal Brasileiro, nos conceitua o que vem a ser o estado de necessidade, não deixando tal conceituação privativamente para a doutrina, aduzindo o seguinte:

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. .

Contudo, o código não deixou o conceito de Estado de Necessidade “privativamente” para a doutrina, mas mesmo assim, ela é capaz de opinar quanto ao significado ou de a sua aplicabilidade no caso concreto.

Para a doutrina, existem duas formas de Estado de Necessidade, a da teoria unitária que alude que o Estado de Necessidade engloba o Estado de Necessidade justificante (que afasta a ilicitude) e a Exculpante (que elimina a culpabilidade), considerando-se os bens em conflito, ou seja, para esta teoria, pouco importa qual seja o bem em disputa, bastando o agente estar diante de um Estado de Necessidade será alcançado pela excludente da antijuridicidade.

Já para a teoria diferenciadora, não se pode aglomerar as duas teorias, a do Estado de Necessidade Exculpante e do Estado de Necessidade Justificante, pois deverá haver um juízo de diferenciação quanto a tais teorias, assim, mesmo com essa divisão e com as duas teorias divergentes, ainda existe uma divisão interna, pois para uma teoria, nem todos os bens podem ser considerados justificantes, enquanto para a outra poderá, assim também o é para a exculpante, ponderam-se os bens que serão colocados sobre a ótica da exculpante, ou seja, a eliminação da culpabilidade. (GRECO, 2006, p. 354).

Quanto à adoção das teorias justificante e da teoria exculpante, é óbvio que o Código Penal adotou a teoria justificante (excludente da ilicitude), assim as palavras de Greco (2006, p. 355):

Em síntese, o Código Penal optou pelo estado de necessidade justificante, ou seja, aquele que tem por finalidade eliminar a ilicitude, elencado, na redação do artigo 24, os elementos objetivos necessários à sua caracterização, vale dizer, a prática de fato, para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Destarte, analisados os elementos do Fato Típico, e vislumbrando estarem presentes no caso concreto, deve-se de sorte, analisar a antijuridicidade, caso sejam observada que a conduta do agente foi praticada em Estado de Necessidade, há de se eliminar o crime por estar diante de uma excludente de ilicitude ou da antijuridicidade.

2.2.2 – Legítima Defesa.

Vimos que a lei, ou seja, o enunciado da norma nos traz hipóteses de excludentes da ilicitude ou da antijuridicidade assim, como o Estado de Necessidade, o decreto lei 2.848/41, alude sobre o que seja a legítima defesa (previsto no artigo 23, inciso II), em seu artigo 25 do mesmo diploma legal.

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#)).

O elemento da Legítima Defesa ganhou força doutrinária por ser o elemento mais usado quando falamos de excludente da ilicitude, assim, a doutrina considera a legítima defesa como sendo o modo em que o cidadão obtém para repelir agressão atual ou iminente e imediata quando não houver outro modo, utilizando-se de meios necessários e moderados para a execução da legítima defesa.

Assim, não se pode utilizar a legítima defesa como sendo uma “desculpa” para a exclusão do fato criminoso, mas sim para justificar uma real agressão aos bens jurídicos relevantemente protegidos, assim, como a vida e a integridade física pessoal ou de outrem.

Não se pode alegar legítima defesa, quando o agente poderia utilizar da justiça, ou do ordenamento jurídico para obter o que pretende a legítima defesa não poderá de maneira nenhuma ser confundida com a “vingança” a legítima defesa tem como objetivo o repúdio a agressão inesperada, eminente e imediata, podemos comparar a legítima defesa com o instituto civil chamado de desforço imediato, que é quando o possuidor é esbulhado de sua posse e pretende recupera-la imediatamente. (GRECO, 2006, p. 373).

Deste modo, podemos conceituar a Legítima Defesa na teoria analítica do crime como sendo a conduta praticada pelo agente sofredor de uma agressão para alfim repelir perigo/agressão atual ou eminente que de outra forma não poderia agir e que não poderia deixar de repelir de imediato, pois se assim não o fizesse, poderia ser irreversível, ou seja, se uma determinada pessoa estivesse na eminência de morrer e não repelisse a agressão a sua vida, de imediato, para que esperasse o Estado agir, poderia morrer e o seu bem juridicamente protegido, a vida, não mais existiria.

2.2.3 – Estrito Cumprimento do Dever Legal.

O Decreto lei 2.848/41, o Código Penal Brasileiro, preocupou-se em conceituar o Estado de Necessidade e a Legítima Defesa, porém, não foi muito preocupado em conceituar o Estrito Cumprimento do Dever Legal, deixando assim a privativa conceituação para a doutrina.

O Estrito Cumprimento do Dever Legal, como o próprio nome já nos leva a acreditar, prevê o cumprimento por um agente público a uma ordem legal a ele delegada, assim, age no Estrito Cumprimento do Dever Legal, por exemplo, o atirador de elite que ao ser acionado pelos seus superiores desfere um tiro matando o sequestrador que estava em posse da vítima.

O Estrito Cumprimento do Dever Legal, assim como todos os elementos já estudados, deve ser exercitado sobre a óptica da ponderação, pois o seu excesso é punível, destarte, o agente ao exercer sua função, deve observar, antes de tudo, as consequências para tal ato, ou seja, não pode de qualquer forma praticar o ato em que foi delegado, sob pena de responder pelos excessos em sua conduta.

Greco (2006, p. 407) citando uma decisão do STF em discussão aos atos praticados pelos policiais aduz que “não age ao abrigo do estrito cumprimento do dever legal o policial que, a título de fazer averiguações, atira na vítima pelas costas quando esta, temerosa de uma possível detenção, se afastava a correr.”.

O Estrito Cumprimento do Dever Legal, não esta somente vinculada ao agente público, visto que a própria lei incube aos pais o dever de guarda, vigilância, educação etc. Assim, seria errado o entendimento em que os pais ou representante ao exercer tais direitos compelidos a eles cometam constrangimento de alguma forma não o exerce em Estrito Cumprimento do Dever Legal, já que o Código Civil Lei nº. 10.406 de 2002 compeliu varios poder familiar aos pais, curadores e tutores, ou seja, aos representantes legais dos filhos menores. (GRECO, 2006, p. 405).

Destarte, podemos conceituar o Estrito Cumprimento do Dever Legal como sendo o Cumprimento de determinado dever imposto a determinadas pessoas por lei, que ao cumprir poderá constrangi ou causar um mal que teoricamente seria injusta, mas que a lei autorizaria tal constrangimento para fazer valer a imposição estatal, como exemplo, um policial que prende determinado suspeito causando-lhe constrangimento ao encaminhá-lo do local da apreensão até a viatura utilizando-se de algemas.

2.2.4 – Exercício Regular de Direito.

O Código Penal, em seu artigo 23, inciso III, 2ª parte, previu um instituto chamado Exercício Regular de Direito, que consiste no ato em que um indivíduo exerce um direito descrito no ordenamento jurídico sem que, por este fato, pratique crime em sua conduta.

Para melhor ilustrar, imaginemos um lutador de vale tudo que na hora da luta causa lesão corporal em seu adversário, nota-se que a conduta do

lutador molda-se no enunciado do artigo 129 e parágrafos do Código Penal, assim, para o ordenamento jurídico, o lutador, estará diante de um Exercício Regular de Direito, pois no caso posta, é direito do lutador lesionar o seu adversário, por este motivo não responderá por crime em sua conduta, que a priori, seria antijurídica.

Assim como fez com o Estrito Cumprimento do Dever Legal, o doutrinador não conceituou o que seria o Exercício Regular do Direito, nem mesmo colocou limites a tal exercício, deixando a cargo da doutrina definir e limitar tal instituto. (GRECO, 2006 p. 412-416).

Destarte, podemos dizer data máxima vênia, que o Exercício Regular de Direito, pode ser visto como o dito popular brasileiro, “o seu direito começa quando termina o meu”, ou seja, para que haja o Exercício regular de um direito, deve o agente, antes de mais nada, respeitar os limites de seu direito e os limites dos direitos dos outros, não podendo valer-se de tal institutos para safar-se da imputação penal. (SANTOS, 1985, 95).

Vale dizer, que o Exercício Regular de Direito, só ter lugar quando o titular do direito o exercer regularmente sem que tenha infringido direitos alheios, pois do contrario não estará diante do instituto, mas sim de um tipo penal incriminador, dessa forma, o Exercício Regular de Direito é a pratica de um direito previsto no ordenamento jurídico que ao ser exercido venha a causar dano à terceiro, mas que por motivo meramente de seu exercício sem que haja outra forma de exercê-lo.

2.3 – Da Culpabilidade e seus Elementos Constitutivos.

Para a teoria analítica do crime, o crime é composto de elementos que serão analisados para verificar se o agente efetuou ou não a pratica do mesmo, assim, se um agente pratica uma conduta, e dessa conduta há um resultado, e tal resultado tenha o corrido pela conduta (ação) do agente (nexo de causalidade) e advém de uma lei que defina a conduta lançada como crime (tipicidade), esse mesmo agente não agiu em Legítima Defesa, nem em Estado de Necessidade, no Estrito Cumprimento de Dever Legal e muito menos no Exercício Regular de Direito, para alguns doutrinadores o agente cometeu sim a pratica de um crime^[9].

Por outro lado, se o crime é imputável, o agente tinha o potencial conhecimento da antijuridicidade do fato houver a inexigibilidade de uma conduta diversa da que por ele foi cometida, assim ele estaria diante de uma excludente da culpabilidade e não responderia pelo fato, ou pela conduta praticada, nem pelo resultado^[10].

Dessa forma, para a teoria analítica do crime, aqui em especial a Teoria Tripartite do Crime, só será considerado o fato como crime quando da análise dos seus elementos que o compõe, Fato Típico, Antijuridicidade e Culpabilidade.

Como já falamos sobre o Fato Típico explicitando os seus elementos, a Antijuridicidade também explicitando os seus elementos, é mister, agora aduzir sobre a Culpabilidade, antes de tudo, vale dizer que nem todos adeptos da teoria analítica do crime, vão entender que a teoria mais adequada seria a teoria tripartida do crime, vimos alhures que para alguns doutrinadores o crime somente é composto pelo Fato Típico e pela Antijuridicidade, mas para nós a Culpabilidade também faz parte da análise em que a teoria pretende efetuar. (GRECO, 2006, p. 418-434)

A Culpabilidade no entendimento doutrinário, “é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada do agente”, assim, podemos também complementar dizendo que este juízo de reprovação necessário para que possamos auferir se o agente sabia das consequências de sua conduta, se tal fato praticado, pode ser imputado a ele e se existia outra forma ou meio para que ele deixasse de cometer tal conduta. (GRECO, 2006, p. 418).

2.3.1 – Imputabilidade.

A conduta ilícita e típica praticada por um indivíduo deve ser por este responsabilizado, assim, para que se possa imputar tal conduta a determinado indivíduo, antes devemos verificar se essa conduta poderá ou não ser a ele imputada.

O Código Penal em seu artigo 26 e 27 prevê as hipóteses em que o agente não será responsabilizado pela prática de um fato típico e ilícito, pois não poderá aqui falar em culpável, pois o mesmo estaria diante da excludente de culpabilidade, qual seja a inimputabilidade, assim alude o artigo suso:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz

de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Destarte, os artigos transcritos nos leva a ideia de que aqueles por qualquer doença mental permanente ou não, que pratica uma conduta antijurídica e típica, não será responsabilizada pelos seus atos, bem como os menores de dezoito anos, conforme os regramentos da lei 8.069/90 Estatuto da Criança e do Adolescente, e também aqueles que por embriaguês involuntária compreendendo assim a dependência química, previsto no artigo 28 parágrafo 1ª do Código Penal Brasileiro que assim alude que:

Art. 28 [...]

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Para imputar ao agente o fato criminoso, deve-se de sorte, verificar se o mesmo entende o caráter ilícito do fato, ou se consegue determinar de acordo com esse entendimento, Marques (2008, p. 32) vai dizer em sua dissertação sobre a teoria analítica do crime que a imputabilidade é:

É a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Fernando Capez entende que, o agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal, mas ele ressalta que não é somente isso, além dessa capacidade plena de entendimento, deverá ter totais condições de controle sobre a vontade.⁸⁶ O Código Penal não define a imputabilidade, ao contrário, enumera apenas as hipóteses de **inimputabilidade**.

Em princípio, todos são imputáveis, exceto aqueles abrangidos pelas hipóteses de inimputabilidade enumerada na lei.

Vale dizer dessa forma, que a imputabilidade anda junto com o potencial conhecimento do caráter ilícito do fato que será o próximo elemento da culpabilidade que estudaremos.

Podemos dizer que a imputabilidade consiste na lucidez do agente no momento da ação (conduta humana), caso o agente pratique algum ato não estando ciente de que tal ato gerará consequências jurídicas, ou seja, não puder reconhecer o caráter ilícito da conduta, não poderá ser responsabilizado pelo fato.

2.3.2 – Potencial Consciência Sobre a Ilícitude do Fato.

Greco (2006, p. 447) nos atenta aduzindo que “Após a reforma da parte geral do Código Penal, ocorrida em 1984, o erro passou a receber um novo tratamento.”. E continua aludindo que “As denominações erro de fato e erro de direito foram abolidas e, com o advento da teoria finalista da ação, o erro passou a ser reconhecido como erro de tipo e erro de proibição, não houve apenas a modificação na nomenclatura.”.

O erro de tipo vai ser analisado no tipo enquanto o erro de proibição será analisado na aferição da culpabilidade do agente, assim, aduz que “Com o erro de proibição procura-se verificar se nas condições em que se encontrava o agente tinha ele condições de compreender que o fato que praticava era ilícito.”. (GRECO, 2006, p. 447).

Deste modo, a Potencial Consciência Sobre a Ilícitude do Fato, consiste na verificação das condições em que o agente praticou determinada ação a fim de extrair se no momento em que o fato foi praticado, se o agente poderia ou teria como entender ou conhecer da ilicitude do ato antijurídico e típico.

Em seu artigo 21, o Código de Penal, faz uma ligeira distinção entre o desconhecimento da lei e a falta do conhecimento sobre a ilicitude do fato, é sabido que ninguém deve escusar-se do conhecimento da lei, haja visto o princípio da publicidade dos autos, mas essa regra poderá haver uma exceção quando o agente não conhece da ilicitude do fato, diferentemente seria do desconhecimento da lei. (GRECO, 2006, p. 448).

2.3.3 – Exigibilidade de Conduta Diversa.

Entende-se por Exigibilidade de Conduta Diversa, o fato de um sujeito praticar um ato em desconformidade com ordenamento jurídico quando outra conduta por ele poderia ser praticada ao invés da praticada.

Segundo Greco (2006, p. 455):

O conceito de exigibilidade de conduta diversa é muito amplo e abrange, inclusive as duas situações anteriormente colocadas – imputabilidade e potencial consciência sobre a ilicitude do fato -, que têm como finalidade precípua afastar a culpabilidade do agente. Se o agente era inimputável, pois que, ao tempo da ação ou da omissão, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, não se lhe podia exigir uma conduta conforme o direito; da mesma forma aquele que atua não possuindo a necessária consciência sobre a ilicitude do fato. Todas essas causas dirimentes da culpabilidade desembarcarão, é certo, na chamada inexigibilidade de outra conduta, haja vista que, nas condições em que se encontrava o agente, não se podia exigir dele comportamento diverso.

Com brilhantismo, vai conceituar a exigibilidade de conduta diversa como “a possibilidade que tinha o agente de, no momento da ação ou da omissão, agir de acordo com o direito, considerando-se a sua particular condição de pessoa humana.” (GRECO, p. 456).

Com muito brilho a conceituação proferida pelo ilustre professor, a de se entender que com a exigibilidade de conduta diversa, nasceu a inexigibilidade de conduta diversa, que alude que não se pode exigir conduta diversa do agente, quando outra não poderia ser a sua conduta, assim o agente pratica um fato típico antijurídico, mas não poderia praticar outra conduta senão aquela que praticou.

Contrário à exigibilidade de conduta conforme o direito, o agente age legalmente praticando tal conduta ilegal, mas que por ser, por exemplo, inferior ao seu superior hierárquico deve assim proceder, o próprio Código Penal prevê situações que o agente poderá estar protegido pelo instituto da inexigibilidade de conduta diversa, são a priori a coação irresistível, obediência hierárquica, conforme o exemplo acima, e o aborto na hipótese

de resultante de estupro, existem as causas supralegais são aquelas que embora não estejam previstas em lei, são auferidas através dos princípios e dos costumes. (GRECO, 2006, p. 462).

Data máxima vênia a quem não é adepto ao conceito da exigibilidade de conduta diversa, bem como ao conceito da inexigibilidade de conduta diversa muito bem empregado pelo nobilíssimo professor, pois é desse conceito que nós também entendemos e por este motivo estamos a ele adepto.

4 – DA PUNIBILIDADE

Ad argumentandum tatum, vimos a conceituação dos elementos do Fato Típico, da Antijuridicidade e da Culpabilidade, outrossim os seus respectivos conceitos, destarte, não nos seria justo deixarmos mesmo de maneira bem sucinta de falarmos e conceituarmos a Punibilidade.

Dessa forma, a punibilidade é para a doutrina, o ato de imputar a alguém a pena em abstrato em que a lei cominou, assim, também podemos falar que a punibilidade é o exaurimento da análise da teoria tripartite do crime, pois é a partir de toda análise da teoria tripartite do crime que chegaremos a punibilidade do agente, do contrário, caso não seja a conduta praticada pelo agente através da análise do fato típico, antijuridicidade e da culpabilidade considerado crime, extingue-se a punibilidade do agente, dessa forma, não será a ele imputada a pena em que a lei em abstrato cominou para a conduta por ele praticada.

Mesmo entendendo a punibilidade como exaurimento da teoria tripartite do crime, deve-se salientar que a punibilidade teve lugar na teoria analítica do crime quanto da teoria tetrapartite tendo lugar como o quarto elemento constitutivo do crime. NUCCI, 2010, p. 167).

Assim, podemos verificar em nosso ordenamento jurídico que o decreto lei 3.914/41 em seu artigo 1º nos conceitua crime como sendo:

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas. alternativa ou cumulativamente.

A lei de Introdução adotou assim, a teoria bipartida do crime, enquanto a nossa lei de introdução adota a teoria bipartite do crime, o

Código de Processo Penal, Decreto Lei nº 3.689/41 adotou a teoria quadripartite do crime ao aludir em seu artigo 397 e incisos que o juiz deverá absolver o réu após a devida resposta a acusação quando o mesmo estiver diante das causas que exclui o crime, assim vejamos:

Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008) - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008) - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008) - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008) - extinta a punibilidade do agente. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Ora, são os quatro elementos constitutivos do crime, mas de qualquer forma, não foi dada muita importância quanto ao enunciado do artigo supra citado, pois a teoria adotada pelo Brasil é a Teoria Tripartite do Crime, teoria esta adotada pelos mais honrados doutrinadores brasileiros, vale lembrar, Greco, Mirabete, Bitencourt dentre outros.

Jesus (2005, p. 157) aduzindo sobre a punibilidade como sendo o Exercício do *jus puniend* estatal vai dizer que “*pena não é um momento precursor de iter criminis, ou seja, o caminho do crime, mas o efeito jurídico de comportamento típico, ilícito, sendo culpado o sujeito*”, dessa forma, como sendo o efeito jurídico de uma conduta típica, ilícita e culpável, não se pode aceitar que a punibilidade seja agregada a teoria analítica do crime, e sim é aceitável que a mesma seja somente um exaurimento da análise tripartida do crime, ou seja, a imputação da pena.

5 – CONCLUSÃO

No decorrer do presente trabalho, passamos pela teoria da linguagem onde nos mostrou que a linguagem jurídica é necessária para que possamos entender de fato o que pretende o ordenamento jurídico, vimos também como que se emprega o enunciado, a enunciação e a enunciação-enunciada.

Partindo desse prisma, trabalhamos com o que venha a ser o método, bem como o corte metodológico.

Por tanto, ao analisar os conceitos atribuídos por nós e também os conceitos constituídos por renomados doutrinadores, podemos chegar à conclusão através do corte metodológico feito ao estudarmos cada elemento constitutivos do Fato Típico, da Antijuridicidade/Ilicitude e da Culpabilidade, que compreende a teoria Analítica do crime que há em que se falar em interdependência entre seus elementos, pois como vimos no decorrer do presente trabalho, nos crime de mera conduta e nos crimes formais, não há a necessidade de haver um resultado, logo este, é excluído, assim, se pararmos e analisarmos mais abaixo iremos perceber que não existiriam os crimes chamados de crimes formais (quando não houvesse resultado) e nem de crime de mera conduta (pois não há resultado).

Dessa forma, mesmo existindo a falta de um requisito para que o fato deixe de ser crime, devem ser analisados todos os elementos até que se chegue a um multiplicador comum, onde se deve auferir se o fato é ou não crime.

Os elementos que constitui a teoria analítica do crime, são reciprocamente interligados, como vimos no decorrer desta exposição, não poderíamos analisar o fato típico somente pelo resultado, assim também como não podemos analisar a culpabilidade somente através a exigibilidade de conduta diversa, pois todos os elementos da teoria tripartite estão interligados de alguma forma, seja o a tipicidade com a conduta, seja a legítima defesa com o exercício regular de direito etc.

Assim, conclui-se que mesmo que seja entre somente dois dos elementos da teoria analítica do crime, um será sempre interdependente do outro, sendo dessa forma correspondentes reciprocamente.

BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal: Parte Geral, Volume 1, 8ª ed. São Paulo. Saraiva, 2003;

CAPEZ, Fernando, Direito Penal, Parte Geral 6ª edição, 2003. São Paulo;

CARVALHO, Paulo de Barros, Direito Tributário – Linguagem e Método, 2 edição, São Paulo, Editora, Noeses, 2008;

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal – parte geral. v. 1*, 28ª ed. São Paulo: Saraiva;

DECRETO Lei nº 2.848/41 – Código Penal Brasileiro, poderá ser encontrado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm (Acessado em 27.11.2012);

DECRETO Lei nº3.689/41 – Código de Processo Penal Brasileiro, poderá ser encontrado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm (Acessado em 28.11.2012)

GOMES, Luiz Flavio. Princípio da ofensividade no direito penal, p 59-60, *in* GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, 7ª Edição, Rio de Janeiro, Editora Impetus, 2006;

MIR, José Cerezo. Curso de Derecho Penal español. Cit.,p. 273 *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal: Parte Geral, Volume 1, 8ª ed. São Paulo. Saraiva, 2003;

MARQUES, Marcio Rangel. Os Caracteres e Elementos do Conceito Analítico do Crimes, 2008, Dissertação apresentada à Fundação de Apoio, Ensino e Pesquisa de Desenvolvimento da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro – FAEPOL/Acadepol podendo ser encontrado em: <http://fdc.br/Artigos/..%5C%5CArquivos%5CArtigos%5C19%5CCaracteresElementosCrimes.pdf>(acessado em 28.11.2012).

MIRABETE, Julio Fabbrini Código Penal Interpretado, Atlas. São Paulo. 2005;

MOUSSALLEM, Tárek Moysés, Fontes do Direito Tributário, 2ª edição, São Paulo, Noeses, 2006;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 6. ed. Editora RT: São Paulo, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos, Direito Penal: a nova parte geral, Ed. Forense, 1985.

NOTAS:

[1] A Teoria Geral do Estado poderá ser encontrado nos livros HOBBS, LOCKE e ROUSSEAU, Os Clássicos da Política 1, Organizador Francisco C. Weffort, Ano 2000, 13 Edição, Editora Atíca.

[2] A Teoria Kelseniana poderá ser encontrada em seu livro clássico [Teoria Pura do Direito](#). São Paulo, Martins Fontes.

[3] Jurista Alemão que idealizou o Princípio da Insignificância ou bagatela, Teoria da Imputação Objetiva dentre outros institutos de muita importância para o Direito Penal moderno.

[4] O Artigo citado foi retirado do VADE MECUM, ed. Saraiva. 2009.p.531, mas também poderá ser encontrado no Decreto Lei n. 3914/41, artigo 1º.

[5] Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar fazer alguma coisa:

[6] Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

[7] Art. 14 - Diz-se o crime:

I - [...]

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

[8] A Primeira corrente é no sentido de que não há resultado em crimes de mera conduta e que apesar da norma prevê um resultado, não será necessário aos crimes formais obter o resultado.

[9] Na concepção da teoria bipartite do crime, somente serão necessários para a caracterização do crime o Fato Típico e a Antijuridicidade.

[10] Na concepção da Teoria tripartida do crime, os elementos que os compõe são o Fato Típico, a Antijuridicidade e a Culpabilidade.

OS VINTE ANOS DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL:

Faculdade de Direito Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal.

Em setembro de 2017, o Código de Trânsito Brasileiro completará vinte anos de idade. Para a sua construção houve um intenso debate no Congresso Nacional no intuito de atender aos anseios da sociedade, que clamava por uma intervenção estatal mais contundente no sentido de estabelecer a ordem nas vias públicas. Uma lei específica que tivesse por objeto a segurança viária, na qual fosse reunida uma série de dispositivos de natureza administrativa e penal, precisava ser criada, pois o que perdurou por muito tempo foi um aglomerado de normas esparsas, assumindo o DL 3688/41 (Lei de Contravenções Penais) a posição de texto mais rígido sobre a matéria.

A legislação não se mostrava suficiente e as campanhas difundidas na televisão e por meio de *outdoor* não sensibilizavam tanto assim, como o famoso comercial da década de setenta, em que uma criança sorrindo ia mudando as suas feições com a seguinte notícia: “meu pai morreu na estrada.”. Aproveitaram a Crise do Petróleo como pretexto para incutir a falácia de que o culpado por todos os males era o excesso de velocidade. Daí veio o embuste em forma de slogan: “não passe dos oitenta!”. Entretanto, as estatísticas apontavam para uma taxa de mortalidade muito acima do que se poderia considerar como tolerável. Nas estradas brasileiras, contabilizavam-se mais óbitos e mutilações do que nos campos de batalha existentes pelo mundo. Era preciso dar um basta nos casos de racha, atropelamento e fuga, direção sem habilitação, excesso de velocidade, ultrapassagem pelo acostamento, embriaguez no volante, entre outras aberrações motorizadas.

Foi nesse clima que entrou em vigor o CTB - Código de Trânsito Brasileiro, uma lei extensa, com mais de trezentos artigos, que procurou tratar de todos os pormenores, desde a estrutura dos órgãos de fiscalização até as sanções penais. O novo diploma legal ocasionou a revogação de uma quantidade considerável de normas jurídicas obsoletas,

ou em razão da ineficácia ou pela exagerada complacência, com exceção do art. 32 da Lei de Contravenções Penais, prejudicado pelo art. 309 do CTB, que passou a exigir a efetiva potencialidade de dano para que a conduta de dirigir sem habilitação pudesse caracterizar uma infração penal. Não obstante o esforço do governo voltado para a modernização da legislação pertinente ao assunto, nenhuma modificação concreta foi promovida.

Assolado pela constatação de que a lei não é capaz de afetar um comportamento decorrente de um projeto educacional deficiente, quando não ausente, o legislador pátrio, como de costume, concluiu que o CTB precisava, então, passar por uma reformulação. E assim, foram editadas diversas outras leis com o fim de criar medidas cada vez mais duras, que hoje se revelam em fiscalização rigorosa, altíssimas multas, perda da carteira de habilitação, apreensão do veículo, majoração das penas privativas de liberdade, vedação de certos benefícios penais e maior rigor no que diz respeito ao procedimento criminal. Mesmo assim, o cenário permaneceu inalterado. A população continuou assistindo às mesmas vilanias que antecederam a referida reforma legislativa.

A tragédia jurídica se deve à incapacidade da sociedade em enxergar o óbvio. Os adultos que hoje trafegam gerando perigo ou dano à incolumidade pública são aquelas mesmas crianças que corriam aos berros entre as mesas nos restaurantes, enquanto seus pais sorriam indiferentes; as mesmas que enfrentavam os professores do ensino fundamental em tom hostil e pedante. Por que o legislador até a presente data ainda não atentou para esse fato e continua insistindo em utilizar o instrumento errado para fazer o que é certo? A resposta é tão simples quanto redundante: porque também corria aos berros entre as mesas nos restaurantes. E para a minoria que foi educada nos padrões dos países civilizados é fácil perceber que investimentos na área educacional não dão voto, ao contrário das leis que impõem severas penas. A imagem do político preocupado com a formação escolar ficou vinculada a uma espécie de passividade maternal, frouxidão, enquanto os que pregam o uso tão somente da força repressiva a ideia de virilidade e coragem.

O que se pode admitir como efeitos advindos do Código de Trânsito Brasileiro é um relevante aumento da arrecadação estatal, por intermédio de uma verdadeira indústria que se formou em torno da multa, bem como o enriquecimento dos proprietários dos estabelecimentos destinados ao depósito de veículos automotores apreendidos por trafegarem em situação irregular, além da inserção da política de segurança viária no rol dos discursos mais demagógicos do cenário nacional.

É de se lamentar que a mesma avidez do Estado em flagrar uma mera infração de trânsito, não seja notada no tocante aos crimes em geral, nem quando se encontram elencados entre os delitos considerados hediondos ou a eles equiparados. Não se vê, por exemplo, câmeras espalhadas fixadas em pontos estratégicos para prevenir o estupro, em áreas de grande incidência, caça ilegal de animais em extinção, constantes queimadas em florestas de preservação permanente, roubos em pontos de ônibus, exploração sexual de crianças etc. Também não há *Blitz*, aos moldes da Lei Seca, para reprimir qualquer outro tipo de crime, com todo aquele contingente de agentes públicos munidos dos mais modernos aparatos para verificação de documentos e alcoolemia. E enquanto os motoristas com grandes dificuldades financeiras, em dívida com o IPVA, se apavoram diante da possibilidade de uma abordagem policial, os mais perigosos delinquentes trabalham com a certeza de que não serão importunados. Aliás, não é preciso ir tão longe para ridicularizar o absurdo. Na própria fila que se forma por causa da fiscalização nas avenidas e estradas, surgem os vendedores de biscoito, água e outros produtos, que não sofrem tributação e muito menos passam por algum tipo de fiscalização sanitária. Transitando entre os carros, atentam não apenas contra a segurança viária, mas também atuam em desfavor da ordem tributária, das relações de consumo e da saúde pública. Recentemente, pensei estar vivenciando um daqueles sonhos psicodélicos quando me deparei na Rodovia Presidente Dutra (trecho abrangido pelo estado do Rio de Janeiro) com um vendedor ambulante, situado na divisa entre as duas pistas, portando um carrinho de feira repleto de diversos gêneros alimentícios. Como se não bastasse, nos intervalos entre as vendas, falava ao celular, com a elegância típica de um grande empreendedor, para

solicitar a reposição do seu estoque ao fornecedor. Enquanto isso, vamos soprando o bafômetro...

As multas que são impostas ao condutor deveriam ter o caráter educacional e não meramente arrecadatário. E ainda que as sanções de natureza pecuniária tivessem sido cominadas com a finalidade de angariar recursos, que esses fossem revertidos em benefício da população, o que de fato não ocorre. O cidadão é que precisa fazer uma infinidade de aulas na autoescola, estar com a documentação em dia, o cinto afivelado, extintor no prazo de validade, faróis constantemente acesos e dentro da velocidade permitida, para ver seu carro ser destruído pelas crateras que transformam o seu itinerário em um verdadeiro *video game*, no qual não há nenhuma chance de ganhar pontos - salvo os que poderão ser dados em seu corpo em caso de acidente - mas somente de perdê-los em sua carteira de habilitação. Isso tudo sem contar que em seu caminho, pagará tantas tarifas de pedágio, que o farão refletir se não deveria ter escolhido outro meio de transporte. Ainda não surgiu quem ousasse fazer a conta, mas é possível que alguém partindo de Porto Alegre rumo a Porto Velho venha pagar maior preço de pedágio do que gastaria com a compra de uma passagem aérea em promoção.

Na data do seu aniversário, certamente, o Código de Trânsito Brasileiro será homenageado pela grande imprensa como um grande marco na luta governamental pela redução dos índices de infrações e acidentes. O que não terão coragem de dizer é que esse governo, que supostamente preza pela nossa segurança nas estradas, não é outro senão o que promete reprimir com mais afinco a embriaguez no volante, mas nada faz para tratar do grave problema do alcoolismo, como se a única embriaguez reprovável fosse a prevista no art. 306 do CTB, esquecendo que ela também se faz presente na violência doméstica, no abandono material dos filhos, nas rixas dentro e fora dos estádios de futebol, sem contar os mais diversos problemas de saúde; é o que se diz preocupado com o número de acidentes, mas prefere disseminar câmeras ao lado de gigantescos buracos que fazem os carros saírem das pistas ou capotarem; é o que alega estar disposto a diminuir o número de vítimas de acidente, mas deixa as emergências dos hospitais públicos em situação de penúria; é o que promete intensificar a vigilância nas rodovias e, ao mesmo

tempo, corta 40% do orçamento destinado à Polícia Rodoviária Federal. Entretanto, alguns poderão argumentar que, pelo menos em relação aos índices de motoristas flagrados em estado de embriaguez tenha caído desde a sua implementação. Sim, caíram, mas o fenômeno deve ser atribuído aos criadores dos aplicativos para celulares que informam com precisão a localização dos núcleos de fiscalização.

Claro que o Código de Trânsito Brasileiro não pode ser responsabilizado pela selvageria que domina a rede viária do país. Ele só é inútil quando empregado de forma isolada no enfrentamento da questão, servindo apenas para aterrorizar o cidadão comum e enriquecer o Estado, que o manipula de forma a transformá-lo em uma espécie de código tributário esquizoide, digno de uma república das bananas.

ANÁLISE CRÍTICA DO PRAZO LEGAL PARA IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA (ART. 525 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015)

BRUNO FONSECA DE ANDRADE:

Advogado. Pós-graduado em LLM LITIGATION - Novos Desafios dos contenciosos pela Fundação Getúlio Vargas - FGV-Direito, em 2010. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio, dezembro de 2007.

Resumo: O Novo Código de Processo Civil de 2015 trouxe inovações em todas as fases do processo sincrético. Na fase de cumprimento de sentença, uma mudança celebrada pelos doutrinadores foi em relação à impugnação, cujo prazo de 15 (quinze) dias terá início automático após o prazo para pagamento voluntário, também de 15 (quinze dias) (art. 523, Novo CPC), sem necessidade de garantia do juízo, nos termos do art. 525 do Novo CPC. No presente artigo jurídico, faz-se, no entanto, uma análise crítica sobre o ainda excessivo prazo para impugnação ao cumprimento de sentença, em prejuízo à celeridade processual.

Palavras chave: Cumprimento de sentença. Impugnação. Prazo automático após período para pagamento voluntário. Excesso. Prejuízo à celeridade processual.

Sumário: 1. Introdução; 2. Das inovações legislativas quanto ao prazo automático de impugnação e quanto à ausência de garantia do juízo; 3. Da oportunidade perdida pelo legislador de imputar maior celeridade ao cumprimento de sentença; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. Introdução

Diversas inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil satisfizeram aos anseios dos processualistas, tanto nas fases instrutória, de julgamento e de execução dos litígios.

O problema já percebido por alguns pesquisadores, no entanto, é que, no panorama geral, há um prejuízo à celeridade num comparativo com o

Código de Processo Civil de 1973, sendo certo que o processo no Novo Código de Processo Civil de 2015 terá aproximadamente um trâmite de 18 meses e 27 dias, em comparação a 8 meses e 15 dias no Código de Processo Civil de 1973, conforme estudo realizado e divulgado em artigo jurídico no site CONJUR pelo juiz federal [Francisco Glauber Pessoa Alves\[1\]](#).

O presente artigo jurídico pretende abordar, sob esse aspecto, a situação atual da impugnação ao cumprimento de sentença, no que tange à oportunidade perdida de ter se estipulado prazo único de 15 (quinze) dias para pagamento e/ou impugnação.

2. Das inovações legislativas quanto ao prazo automático de impugnação e quanto à ausência de garantia do juízo

Como cediço, a impugnação é a “defesa típica” na execução por cumprimento de sentença. O Novo Código de Processo Civil trouxe, assim, alterações relevantíssimas sobre o tema.

À primeira vista, destaca-se a ausência de necessidade de garantia do juízo para ofertar a impugnação ao cumprimento de sentença, nos termos do art. 525, caput, do Novo Código de Processo Civil de 2015, *in verbis*:

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.

A *ratio* da alteração legislativa é analisada de forma precisa pelo professor Marcelo Abelha[2], que destaca a aproximação da sistemática da impugnação ao cumprimento de sentença com a dos embargos à execução, *in verbis*:

“(...) Tanto na impugnação do executado quanto nos embargos à execução a segurança do juízo não é requisito para o oferecimento das referidas oposições. (...) Para se compreender tal aspecto é preciso lembrar que a segurança do juízo nunca esteve vinculada à própria defesa do executado no curso da execução, mas, exatamente ao efeito paralisante que nela causava (ex

lege) – efeito suspensivo -, que antes das reformas pelas quais passou o CPC de 1973 nos idos de 2005 e 2006 decorrida da simples interposição dos embargos do executado. Ora, sob essa perspectiva (enquanto existia o efeito suspensivo *ope legis* dos embargos), a segurança do juízo tinha por finalidade, a um só tempo, atender aos anseios do executado e do exequente. Daquele porque permitiria a discussão de rito e de conteúdo da execução nos embargos, com a certeza de que a execução ficaria paralisada até o julgamento da referida oposição. Desde porque, embora a execução estivesse paralisada, estaria garantida pelo ato executivo instrumental (penhora, depósito etc.), evitando, em tese, prejuízo ao exequente no caso de rejeição dos embargos do executado. Entretanto, com a reforma da execução civil trazida pelas Leis 11.382/2006 e 11.232/2005 no CPC de 1973, e, agora sedimentada de forma clara e inequívoca pelo CPC de 2015, aboliu-se a segurança do juízo para a interposição de ambas as modalidades típicas de oposição, na medida em que o efeito suspensivo *ex lege* não existe para nenhuma das duas, posto que é *ope judicis* a concessão do efeito suspensivo, ou seja, agora cabe ao juiz, no caso concreto, verificar se é justificável a suspensão da execução segundo os fundamentos trazidos pelo executado na impugnação ou nos embargos. Logo, não há efeito suspensivo pela simples interposição da impugnação ou dos embargos. Por isso, não havendo tal efeito, poderá o exequente, independentemente da interposição da defesa do executado, exigir que a execução prossiga o rumo normal, sem qualquer obstáculo. Assim, não faria sentido que ainda se exigisse prévia segurança do juízo como requisito para embargar ou impugnar a execução, sendo, pois, uma exigência supérflua e que ofenderia, claramente, o exercício constitucional do contraditório e da ampla defesa. Assim, ainda que se trate de cumprimento de sentença e, portanto, título executivo já passado pelo

crivo do Poder Judiciário, não se vislumbraria qualquer prejuízo para a execução se a defesa do executado fosse desprovida de efeito suspensivo. De mais a mais, deve-se dizer ainda que, como o regime jurídico da nomeação à penhora é ônus do exequente, mais ainda se mostraria esdrúxula a prévia segurança do juízo para o oferecimento da impugnação. Pensamos, sim, que, em relação à segurança do juízo, esta é a condição necessária – como expressamente diz o legislador – para a obtenção do efeito suspensivo na oposição oferecida à execução contra si instaurada, ou seja, a segurança do juízo é condição necessária – mas não suficiente – para a obtenção do efeito suspensivo da execução”.

Trata-se de alteração aplaudida pelos doutrinadores, mas que traz uma reação legislativa a um entendimento jurisprudencial consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça. A esse respeito, confira-se a doutrina do professor Daniel Assumpção, *in verbis*:

“Outra novidade legislativa digna de nota do caput do art. 525 do Novo CPC é a expressa dispensa da garantia do juízo como condição de admissibilidade da impugnação. No sistema anterior, na ausência de norma expressa a respeito, a doutrina se dividiu, tomando o Superior Tribunal de Justiça o partido da corrente doutrinária que entendia pela exigência de penhora como condição de admissibilidade da impugnação. Como se nota do dispositivo ora comentado, a opção do legislador foi em sentido contrário àquela sedimentada em sede jurisprudencial” [3]

Outra alteração consiste na contagem automática do prazo para impugnação ao cumprimento de sentença, após encerrado o prazo de 15 dias para pagamento voluntário, também prevista no caput do art. 525 do Novo CPC. Ou seja, incidirão dois prazos de 15 dias na fase de cumprimento, sendo certo que é dispensada a intimação do executado para a impugnação. É o que esclarece o professor Daniel Assumpção:

“(…) O prazo também continua a ser de 15 dias, mas, nos termos do art. 525, caput, do Novo CPC, tem seu termo inicial modificado. No sistema atual, o art. 475-J, §1º, do CPC/1973 prevê um prazo de 15 dias contado da intimação do executado da penhora, enquanto o novel dispositivo estabelece que, não ocorrendo o pagamento voluntário no prazo do art. 523 do Novo CPC, tem início automaticamente o prazo de 15 dias para apresentação de impugnação. É dispensada a intimação do executado para o início desse prazo, pois ele, sendo o responsável por tal pagamento, terá ciência se este foi ou não realizado no prazo legal”^[4]

O professor Marcelo Abelha chama atenção para o fato de que “a rigor, portanto, quando o executado é intimado para pagar em quinze dias o crédito exequendo nos termos do art. 523 do CPC ele também está sendo intimado para oferecer a sua impugnação nos 15 dias subsequentes ao prazo anterior se não tiver adimplido total ou parcialmente a obrigação exequenda” (ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 6ª edição, revista e atualizada, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2016, p. 479).

Neste ponto, houve, inclusive, questionamentos doutrinários quanto à natureza do prazo para pagamento, se de natureza processual ou material. A relevância do questionamento repousa na incidência ou não do prazo em dias úteis previsto no art. 219 do Novo Código de Processo Civil, como bem destaca o professor Luiz Delloro^[5], *in verbis*:

“(…) O prazo para pagamento, no cumprimento de sentença (artigo 523) e na execução (artigo 829) é processual ou material? A discussão, longe de ser apenas acadêmica, tem relevantes consequências práticas. Se não há dúvida a respeito do prazo para contestar e recorrer ser processual, existem debates a respeito de prazos que reclamem outras condutas – como pagar ou realizar uma obrigação de fazer (tal qual excluir o nome de alguém de cadastro restritivo). O foco desta coluna é a analisar o que se tem em relação à obrigação de pagar. A legislação fixa prazo para pagamento tanto no cumprimento de sentença

(artigo 523 – 15 dias) como no processo de execução (artigo 829 – 3 dias). (...) Afinal, esses prazos são em dias úteis ou corridos? Na linha do exposto no tópico anterior, creio ser um prazo processual [7], considerando (i) estar previsto na legislação processual, para a realização de um ato processual e (ii) trazer consequências processuais, as quais serão abaixo expostas. Ainda que haja, por óbvio, reflexos para fora do processo, como a não fluência de juros e o recebimento de valores pelo exequente, decorrente do pagamento. Contudo, como dito, a questão é polêmica, já existindo considerável divergência doutrinária a respeito do tema neste início de vigência do Código. E, do ponto de vista jurisprudencial, a divergência somente será afastada com a manifestação definitiva do STJ. Ou seja, vislumbra-se que por um bom tempo exista o debate a respeito do tema. Existem relevantes consequências práticas a respeito da forma de contagem de prazo, a saber:

(i) seja na execução, seja no cumprimento de sentença, somente é possível a penhora após o término do prazo de pagamento;

(ii) tratando-se de cumprimento de sentença, se não houver o pagamento no prazo de 15 dias, haverá a multa de 10% (art. 523, § 1º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de 10% e, também, de honorários de advogado de 10%).

(iii) no cumprimento de sentença o prazo para impugnar terá início após o término do prazo para pagamento voluntário – ou seja, o erro na contagem de prazo para pagamento poderá significar a intempestividade da impugnação, o que é extremamente grave para a parte (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).

(iv) no processo de execução, se houver o pagamento em até 3 dias, os honorários serão reduzidos à metade (Art. 827. Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento, a serem pagos pelo executado. § 1º No caso de integral pagamento no prazo de 3 (três) dias, o valor dos honorários advocatícios será reduzido pela metade).

(...) Mas, até a pacificação jurisprudencial, o que fazer? Da parte do advogado, o mais seguro é contar os prazos em dias corridos e não úteis – portanto, uma vez mais (como no JEC) fazendo com que a inovação de contagem de prazos em dias úteis seja deixada de lado. Da parte dos magistrados, é possível que isso seja expressamente exposto, no momento em que se determina o pagamento. Assim, deve o juiz, ao despachar, indicar se esse prazo deve ser contado em dias úteis ou dias corridos. É o que decorre do princípio da cooperação (artigo 6º) e, quando houver mandado, do artigo 250, II do NCCPC”.

A despeito da aludida insegurança jurídica quanto à contagem do prazo, o fato é que as alterações suscitadas quanto ao início do prazo de impugnação, bem como da ausência de garantia do juízo, trazem uniformidade e razoabilidade ao sistema.

3. Da oportunidade perdida pelo legislador de imputar maior celeridade ao cumprimento de sentença

O problema da alteração legislativa mencionada foi, à toda evidência, a timidez da alteração no que tange aos prazos de pagamento e de defesa por impugnação. Aliás, o histórico da legislação que trata das relações civis, seja no âmbito processual ou de direito material, no ordenamento jurídico pátrio, é de ser, intencionalmente ou não, favorável ao executado/devedor, em detrimento do exequente/credor.

Basta recordar que, no CPC/1973, antes da reforma advinda com a Lei 11.232/2005, havia a necessidade de propor ação executiva em apartado, após a aquisição de título executivo no processo de conhecimento, em que havia necessidade de nova citação do executado. A modificação trouxe um processo sincrético, em que a cognição e a execução são meras fases de um mesmo processo.

No entanto, a impugnação, no CPC/1973, mesmo após a reforma, ainda tinha o início de seu prazo limitado pela necessidade de garantia do juízo, nos termos do art. 475-J, par. 1º, do Código de Processo Civil de 1973, conforme entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça (Informativo 496/STJ, 3ª Turma, REsp 1.195.929/SP, rel. Min. Massami Uyeda, j. 24.04.2012).

Nesse contexto, a alteração legislativa advinda com o Novo CPC de 2015 trouxe celeridade à execução. Afinal, o prazo de impugnação já se instaura automaticamente, fazendo com que eventuais questões, como a falta ou nulidade de citação, ilegitimidade de parte, inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação, dentre outras, sejam discutidas e já resolvidas pelo juízo, sem que se tenha que aguardar o início do prazo com a garantia do juízo.

Neste ponto é que surge o questionamento quanto à timidez da alteração legislativa. Afinal, não se vislumbra fundamento jurídico ou social que justifique a postergação do prazo de impugnação após o prazo para o cumprimento de sentença “voluntário”. Entende-se, com a devida vênia de entendimentos contrários, que a norma deveria trazer prazo único para o cumprimento de sentença ou impugnação por parte do executado.

Isso porque, na praxe forense, o executado já tem ciência, antes do início do prazo de 15 dias para pagamento, se efetuará ou não o pagamento, se ofertará impugnação ao cumprimento de sentença ou, ainda, se manter-se-á inerte.

Tanto é assim que, como bem aponta o professor Marcelo Abelha, *“obviamente o devedor não precisa aguardar o término desse primeiro quinquídio que é destinado à realização do adimplemento “voluntário” para oferecer a sua impugnação, podendo apresentar sua defesa naquele primeiro prazo”* (ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 6ª edição, revista e atualizada, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2016, p. 479). Mas, como bem se

sabe, a postura do executado na praxe forense costuma ser de absoluta inércia, por razões óbvias.

Aliás, o dispositivo legal do art. 526 do Novo Código de Processo Civil permite, expressamente, ao réu, “*antes de ser intimado para o cumprimento da sentença, comparecer em juízo e oferecer em pagamento o valor que entender devido, apresentando memória discriminada do cálculo*”. Em verdade, a remição da dívida “*é admitida a qualquer momento da execução, e não somente antes da intimação do executado para o pagamento*” [6].

Em adendo, cabe transcrever a crítica suscitada pelo professor Daniel Assumpção ao dispositivo legal do art. 526 do Novo CPC, o qual, de fato, representa um retrocesso ao prever uma multa como sanção no caso de o executado tomar a iniciativa de pagar valor inferior ao devido, *in verbis*:

“Duvido seriamente da necessidade do dispositivo legal, afinal, a remição da dívida é admitida a qualquer momento da execução, e não somente antes da intimação do executado para o pagamento. Se fosse apenas inútil, o dispositivo não mereceria mais considerações, mas a previsão de seu §2º é um retrocesso que deve ser fortemente criticada. Como se pode notar do dispositivo legal, caso o executado tome a iniciativa de pagar o valor que entende devido antes de sua intimação e o juiz entenda que foi pago um valor inferior ao efetivamente devido, será automaticamente aplicada multa de 10% sobre o valor em aberto, também sendo fixados honorários advocatícios de 10% sobre esse valor. A regra contrária o elogiável entendimento do Superior Tribunal de Justiça diante dessa circunstância sob a égide do CPC/1973 ao decidir que, sendo apurada diferença entre o valor pago pelo executado e o pretendido pelo exequente, não caberia aplicação imediata da multa sobre o valor em aberto, devendo ser o executado novamente intimado a pagar a diferença em 15 dias, com a aplicação da multa condicionada ao não pagamento dentro desse prazo. Com a novidade legislativa retira-se qualquer razão para o devedor realizar o pagamento do que entende devido antes

de ser intimado porque não terá qualquer vantagem em fazê-lo. Afinal, todas as consequências prejudiciais ao executado só passam a existir se não pagar o débito no prazo legal de 15 dias. Ou seja, pagar antes de ser intimado é um risco desnecessário ao devedor, que não terá qualquer razão para se adiantar à sua intimação para satisfazer a obrigação” [7]

Verifica-se, portanto, mais um “pecado” cometido pelo legislador, prejudicando a pronta satisfação do crédito ao credor.

Ressalte-se, ainda, que o trâmite processual no Novo Código de Processo civil já representa um acréscimo de tempo à vida útil ou “litispêndia” do processo. De fato, em outro artigo jurídico de autoria deste autor[8], destacou-se que o processo no Novo Código de Processo Civil de 2015 terá um acréscimo em seu trâmite de aproximadamente 10 (dez meses), num comparativo com o Código de Processo Civil de 1973, conforme estudo realizado e divulgado em artigo jurídico no site CONJUR pelo juiz federal [Francisco Glauber Pessoa Alves](#), já mencionado acima. Isso se deve, especialmente, à fixação de prazos em dias úteis, bem como à estipulação de prazo de 15 dias para a maioria dos atos processuais relevantes.

Por isso, considerando o panorama apresentado, postergar o início do cômputo do prazo peremptório de impugnação não se mostra razoável, seja porque ausente de justificativa lógica e real, seja porque o processo sob a égide do Novo Código de Processo Civil já tende a ser desarrazoadamente extenso.

É um fator de retardo, portanto, que poderia, facilmente, ter sido superado pelo legislador.

4. Conclusão

A impugnação ao cumprimento de sentença sofreu importantes alterações com o Novo Código de Processo Civil de 2015. Dentre elas, destacam-se a dispensa de garantia do juízo para a admissibilidade da impugnação, bem como o prazo automático para impugnação após o termo final do prazo para pagamento voluntário. Essas medidas trouxeram celeridade em relação ao sistema adotado pelo CPC/73, a despeito de divergências e questionamentos quanto à natureza jurídica do prazo legal.

No entanto, o legislador poderia ter sido ainda mais arrojado ao estabelecer prazo único de 15 dias para pagamento ou impugnação. Isso porque não há fundamento jurídico ou lógico para fixar prazos sucessivos de 15 dias para pagamento e impugnação, respectivamente, trazendo prejuízo à celeridade.

Afinal, o processo sob o rito ordinário, atualmente, já dispõe de prazo muito extenso, ante as previsões legais de prazos em dias úteis (art. 219, Novo CPC), bem como o estabelecimento de prazo de 15 dias para os atos processuais mais relevantes.

Por tudo isso, acredita-se que uma medida para promover a celeridade na fase de cumprimento de sentença seria uma nova alteração legislativa para unificar, num prazo de 15 dias, o pagamento a impugnação.

5. Referências

ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 6ª edição, revista e atualizada, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2016.

ALVES, Elisama de Sousa. *O sincretismo e sua efetividade processual*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 13 out. 2015. Disponível em: . Acesso em: 08 jul. 2017.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Cômputo de prazos no novo CPC é desserviço à duração razoável do processo. *Revista Consultor Jurídico (CONJUR)*, artigo jurídico na sessão “Opinião”, datado de 6 de outubro de 2015. Disponível em: . Acesso em: 11 abril 2017.

ANDRADE, Bruno Fonseca de. *O novo Código de Processo Civil, o elastecimento dos prazos processuais e o prejuízo ao princípio da celeridade*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 02 maio 2017. Disponível em: . Acesso em: 09 jul. 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. 3ª edição revista, ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016.

DELLORE, Luiz. “O prazo para pagamento é em dias úteis ou corridos no cumprimento de sentença e execução?”. Artigo jurídico publicado no site JOTA e datado de 2.5.2016. Disponível em: <https://jota.info/colunas/novo-cpc/no->

[cumprimento-de-sentenca-e-execucao-no-novo-cpc-o-prazo-para-pagamento-e-em-dias-uteis-ou-corridos-02052016](#). Acesso em 9.7.2017.

Notas:

[1] “Considerando identidade de parâmetros, tanto quanto possível — já que houve mudança procedimental —, bem como uma situação idealmente perfeita de observância exata dos prazos processuais por todos os atores do processo (partes, servidores, juízes etc.), traçamos um processo iniciado em 21 de março de 2016. Portanto, já sob a vigência do novo CPC. Dessa data em diante, comparamos o processamento a partir das normas do CPC e daquelas que vigerão no novo CPC, em duas colunas paralelas. (...) O resultado, detalhado ao fim deste artigo (sob forma de tabela), é catastrófico em termos de duração razoável do processo. Adaptando-se o possível no procedimento, temos no CPC um trâmite de 8 meses e 15 dias. No novo CPC, o trâmite passa para 18 meses e 27 dias, mais que o dobro do tempo normal de processamento. Aumentaram-se precisos 10 meses e 12 dias no tempo total de processamento” (ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Cômputo de prazos no novo CPC é desserviço à duração razoável do processo. Artigo Jurídico na sessão “Opinião” da Revista Consultor Jurídico (CONJUR), datado de 6 de outubro de 2015. Acessada em 11.4.2017 no link: <http://www.conjur.com.br/2015-out-06/computo-prazos-cpc-desservico-duracao-razoavel>).

[2] ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 6ª edição, revista e atualizada, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2016, pp. 475/476.

[3] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016. 3ª edição revista, ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 470.

[4] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016. 3ª edição revista, ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 470.

[5] DELLORE, Luiz. “O prazo para pagamento é em dias úteis ou corridos no cumprimento de sentença e execução?”. Artigo jurídico publicado no Site JOTA e datado de 2.5.2016. Disponível em: <https://jota.info/colunas/novo-cpc/no-cumprimento-de-sentenca-e-execucao-no-novo-cpc-o-prazo-para-pagamento-e-em-dias-uteis-ou-corridos-02052016>. Acesso em 9.7.2017.

[6] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016. 3ª edição revista, ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 348.

[7] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016. 3ª edição revista, ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 348.

[8] ANDRADE, Bruno Fonseca de. *O novo Código de Processo Civil, o elasticamento dos prazos processuais e o prejuízo ao princípio da celeridade*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 02 maio 2017. Disponível em: . Acesso em: 09 jul. 2017.

É CABÍVEL A REMESSA NECESSÁRIA NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA?

GIULIANA FREITAS SPANO: Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Pós-graduada em Direito Constitucional. Advogada.

RESUMO: Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça pôs fim à intensa polêmica envolvendo o cabimento da Remessa Necessária nas Ações de Improbidade Administrativa. De um lado, a Primeira Turma entendia pelo descabimento do instituto na Ação de Improbidade Administrativa, tendo em vista a ausência de previsão legal, e, de outro, a Segunda Turma defendia a aplicação analógica do artigo 19, da Lei de Ação Popular, tendo em vista a semelhança dos objetos tutelados pelos diplomas legais e a pertinência dos mesmos ao Microsistema Processual Coletivo. Em razão da recente pacificação da matéria, este artigo pretende, por meio de pesquisa jurisprudencial, apresentar a evolução do entendimento da Corte da Cidadania, contrapondo os precedentes que formaram as duas correntes de pensamento, e demonstrando qual delas prevaleceu com a pacificação da questão.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa, Remessa Necessária, Microsistema Processual Coletivo.

Sumário: 1. Introdução. 2. Breves considerações acerca da Remessa Necessária. 3. O Microsistema Processual Coletivo e a Remessa Necessária. 4. A pacificação do entendimento do STJ em torno do cabimento da Remessa Necessária nas Ações de Improbidade Administrativa. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Ação de Improbidade Administrativa, regulada pela Lei n.º. 8.429/1992, constitui instrumento de acentuada importância no ordenamento jurídico brasileiro, pois busca resguardar a moralidade administrativa, punindo os atos de agentes públicos e particulares que

acarretem enriquecimento ilícito, dano ao erário ou atentem contra os princípios da Administração Pública.

Como sanções para as infrações nela previstas, a Lei de Improbidade Administrativa prevê, dentre outras, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e o ressarcimento ao erário, que promovem a recuperação de receitas públicas, e a perda da função pública, impedindo que o administrador condenado por Improbidade Administrativa permaneça cometendo ilícitos desta ordem.

Sendo assim, nota-se que há forte interesse social nas condenações por atos desta natureza, de modo que uma sentença de carência ou de improcedência da ação, caso incorra em *error in iudicando*, prejudica o intuito moralizador da Administração Pública, devendo ser evitada pelo ordenamento jurídico.

Desta forma, a Remessa Necessária nas Ações de Improbidade, ao promover a revisão obrigatória das sentenças de carência ou improcedência da ação, é instituto que vai ao encontro dos interesses de toda a sociedade, no sentido de ver punidos os atos que atentem contra a probidade administrativa.

Entretanto, a Lei de Improbidade Administrativa foi omissa neste aspecto, não prevendo o instituto em questão.

Deste modo, formaram-se duas correntes de pensamento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. A primeira delas, seguida pela Primeira Turma, defendia o descabimento da Remessa Necessária nas Ações de Improbidade Administrativa, e a segunda, adotada pela Segunda turma, em sentido contrário, entendia pelo cabimento do instituto.

No presente artigo, será estudada a evolução jurisprudencial da Corte da Cidadania, através da reunião dos precedentes que demonstram a construção das linhas de pensamento da Primeira e da Segunda Turmas, que culminaram no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº. 1220667/MG, através do qual a questão foi pacificada, em meados do corrente ano de 2017.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA REMESSA NECESSÁRIA

A Remessa Necessária é instituto atinente ao Poder Público em Juízo, e determina, essencialmente, o segundo grau obrigatório e automático para as condenações impostas à Fazenda Pública.

A previsão legal central do instituto se encontra no artigo 496, do Código de Processo Civil. Porém, também está tipificado em outros diplomas legais específicos, como a Lei de Ação Popular (Lei n.º. 4.717/1965) e do Mandado de Segurança (Lei n.º. 12.016/2009).

Quanto à natureza jurídica da Remessa Necessária, a doutrina majoritária defende que se trata de condição de eficácia da sentença. Com efeito, o artigo 496, do Código de Processo Civil, estabelece que as sentenças contrárias à Fazenda Pública não produzem efeito antes de confirmadas pelo Tribunal.

Através instituto em apreço, devolve-se ao Tribunal todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive os honorários de advogado, consoante ensina-nos a Súmula n.º. 325, do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, ressalvadas as exceções legais, ainda que a Fazenda Pública opte por não interpor recurso, a matéria estará sujeita ao duplo grau de jurisdição, por força de lei, de modo que, a teor da Súmula n.º. 423, do Supremo Tribunal Federal, não transita em julgado a ação em que se omitiu o Reexame.

Percebe-se, portanto, que a Remessa Necessária é instituto de acentuada importância para a Fazenda Pública, tendo por objetivo maior a tutela do interesse público, na medida em que visa evitar condenações equivocadas contra o Poder Público, que acabam por onerar toda a sociedade, ao impedir o adimplemento dos deveres constitucionais do Estado^[1].

Ressalva-se que, quanto às Ações Populares e de Improbidade Administrativa, objeto do presente estudo, as sentenças contra o Poder Público são aquelas em que não há condenação por atos desta natureza, ou seja, as sentenças de carência ou improcedência da ação.

Isto porque, nestas ações, parte-se do ponto de que o Poder Público tem interesse em coibir atos lesivos ao seu patrimônio ou à

moralidade administrativa, seja anulando-os, no caso de Ação Popular, ou condenando os agentes responsáveis, por intermédio da Ação de Improbidade Administrativa, de modo que a sentença de carência ou improcedência da ação, nestes casos, se equivocada, atenta contra o interesse público.

Sendo assim, também no que alude às Ações Populares e Ações de Improbidade Administrativa, a Remessa Necessária possui importante papel no tocante a tutela do interesse público, razão pela qual o seu cabimento ou não na Improbidade, como será visto nos tópicos subsequentes, possui acentuada importância para a sociedade.

3. O MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO E A REMESSA NECESSÁRIA

Na segunda metade do século XX, contexto Pós Segunda Guerra Mundial, surgiram os *Direitos de Terceira Geração*, chamados direitos de fraternidade ou solidariedade, sendo atribuída ao Estado a missão de cuidar, além dos direitos individuais, daqueles de cunho coletivo.

Esta necessidade de tutela dos direitos coletivos decorreu da massificação das relações sociais^[2], responsável pelo surgimento de conflitos envolvendo, de um mesmo lado, um vasto número de sujeitos, que não poderiam ser comportados nas bases do tradicional Processo Civil brasileiro, de natureza individualista^[3].

Assim, diante da insuficiência do Código de Processo Civil tradicional para atender a estas novas demandas, e muito embora não exista, ainda, um "Código de Processo Coletivo", erigiu-se um Microssistema voltado para a tutela dos direitos coletivos.

Este Microssistema já foi definido em decisão do Superior Tribunal de Justiça, relatada pelo Ministro Luiz Fux, atualmente membro do Supremo Tribunal Federal:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL.
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. (...) 8. A **lei de improbidade administrativa**, juntamente com a **lei da ação civil pública**, da **ação popular**, do **mandado de segurança coletivo**, do **Código de Defesa do**

Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se (...). (STJ - REsp 510.150/MA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 29/03/2004, p. 173).

Cumpra-se asseverar que a Ação de Improbidade Administrativa se insere no âmbito do Microssistema Processual Coletivo tendo em vista que possui como objeto a moralidade administrativa, direito de caráter difuso, eis que afeta a toda a coletividade, de maneira indivisível. Neste sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. A probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, a fortiori, difuso (...) (STJ - REsp 510.150/MA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 29/03/2004, p. 173).

O Microssistema Processual Coletivo contém regras e princípios próprios, concernentes à tutela dos direitos coletivos, à margem do Código de Processo Civil, este, encarregado fundamentalmente dos direitos individuais, e aplicável somente subsidiariamente aos direitos de massa.

Essa disciplina comum dos direitos coletivos é estabelecida pelas chamadas "normas de envio" contidas nos artigos 90, do Código de Defesa do Consumidor, e 21, da Lei de Ação Civil Pública^[4]. Neste sentido, confira-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microssistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso (STJ - REsp 1098669/GO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe 12/11/2010).

Dessa forma, o Título III, do Código de Defesa do Consumidor, que trata da tutela dos direitos coletivos, é aplicável, no que for compatível, à Ação Popular, Ação Civil Pública, Ação de Improbidade Administrativa e demais diplomas integrantes do Microsistema[5].

Contudo, o Código de Defesa do Consumidor não contém todas as disposições necessárias à tutela dos direitos de massa. Dessa forma, faz-se necessário buscar integrar os demais diplomas pertencentes ao Microsistema Processual Coletivo[6].

Com efeito, sob esse enfoque interdisciplinar, entende a doutrina e a jurisprudência que os diplomas integrantes do referido Microsistema interpenetram-se e subsidiam-se[7]. Ou seja, há um compartilhamento de normas e institutos por parte dos diplomas que pertencem ao Microsistema Processual Coletivo.

Neste particular, no que toca ao objeto do presente estudo, tem-se que a Remessa Necessária encontra previsão no artigo 19, *caput*, da Lei de Ação Popular, nos seguintes termos:

Art. 19. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo (Redação dada pela Lei nº 6.014, de 1973).

Por outro lado, a Lei de Improbidade Administrativa é omissa neste aspecto.

Por esta razão, surgiu a polêmica que serviu de base ao presente artigo, e que foi objeto de recente pacificação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça: a despeito da ausência de previsão legal, é cabível, por força do Microsistema Processual Coletivo, a Remessa Necessária nas Ações de Improbidade Administrativa?

4. A PACIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STJ ACERCA DA QUESTÃO DO CABIMENTO DA REMESSA NECESSÁRIA NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE

Como visto, a questão acerca do cabimento da Remessa Necessária nas Ações de Improbidade Administrativa foi objeto de intensa divergência no Superior Tribunal de Justiça.

A Segunda Turma, ao julgar o Recurso Especial n.º. 1108542/SC[8], consolidou o entendimento de que as sentenças de improcedência nas Ações de Improbidade Administrativa se sujeitam ao Reexame Necessário.

Este entendimento foi reafirmado pela Segunda Turma por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n.º. 1219033/RJ[9] e, recentemente, no Recurso Especial n.º. 1613803/MG[10].

No âmbito dos referidos julgados, entendeu-se que a previsão da Remessa Necessária no artigo 19, da Lei de Ação Popular (Lei n.º. 4.717/1965), possui a sua abrangência ampliada, abarcando também as Ações de Improbidade Administrativa. Isto porque, as referidas ações possuem finalidades semelhantes, uma vez que buscam tutelar o patrimônio público em sentido lato.

Vale dizer, a Ação Popular visa resguardar o interesse público, na medida em que é instrumento a ser utilizado para anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (CF, artigo 5º, inciso LXIII).

Por sua vez, a Ação de Improbidade Administrativa também protege o interesse público, uma vez que, como o próprio nome evidencia, se presta a tutelar a moralidade administrativa. Deste modo, uma sentença de carência ou improcedência da ação em sede de Improbidade Administrativa se trata de sentença contra a Fazenda Pública, atraindo a incidência do Reexame Necessário.

Ademais, ambos os diplomas normativos - Lei de Ação Popular e Lei de Ação de Improbidade Administrativa - compõem o Microsistema Processual Coletivo, de modo que compartilham institutos entre si, ainda que estes institutos careçam de previsão expressa numa ou noutra lei pertencente ao referido sistema.

Nessa senda, os institutos do Microsistema Processual Coletivo interagem e se complementam, de forma harmônica, no que concerne ao processo coletivo, naquilo que for útil à efetivação da tutela de massa. Cabe, assim, ao intérprete verificar *in concreto* a compatibilidade entre os referidos institutos.

Vale mencionar, por fim, corrente de pensamento que defende o cabimento da Remessa Necessária na Ação de Improbidade Administrativa por força da aplicação subsidiária do próprio Código de Processo Civil ao Microsistema Processual Coletivo, conforme defendido no Recurso Especial n°. 1.098.669/GO[11].

Com efeito, apesar da ausência de norma expressa na Lei de Improbidade Administrativa, entende-se pela aplicação subsidiária do Código de Processo Civil a todo o Microsistema Processual Coletivo, em razão dos artigos 19, da Lei de Ação Civil Pública (Lei n°. 7.347/85) e 90, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n°. 8.078/90), que assim enunciam:

Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

Portanto, segundo o posicionamento adotado pela Segunda Seção do STJ, a ausência de previsão da Remessa Necessária na Lei de Improbidade Administrativa é considerada uma lacuna, de modo que deve ser buscada a integração, quer no âmbito do próprio Microsistema Processual Coletivo, através da Lei de Ação Popular, quer no Código de Processo Civil.

Noutro giro, a Primeira Turma, através do julgamento do Recurso Especial n°.1220667/MG[12], firmou o entendimento no sentido do descabimento da Remessa Necessária nas Ações de Improbidade Administrativa.

Para esta corrente de pensamento, a criação por lei é pressuposto essencial da Remessa Necessária, não sendo possível se cogitar a aplicação do referido instituto ao arrepio da previsão legal.

Nessa senda, a Lei de Improbidade Administrativa, que possui objeto específico e institutos próprios, não previu a possibilidade de Remessa Necessária para as sentenças de carência ou de improcedência das Ações de Improbidade.

A ausência de previsão legal, nesse diapasão, não é entendida como uma lacuna, mas como silêncio eloquente do legislador. Deste modo, não há que se falar em analogia, a justificar a importação de instituto previsto em lei diversa.

Reforçando este argumento, tem-se que a Remessa Necessária é instituto excepcional no ordenamento jurídico, de modo que reclama interpretação restritiva.

Com efeito, em outras oportunidades, o Superior Tribunal de Justiça já conferiu interpretação restritiva ao instituto da Remessa Necessária, como no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n°. 89520/DF[13], em que entendeu pela inaplicabilidade do instituto às execuções não fiscais, eis que o artigo 496, inciso II, do Código de Processo Civil, somente faz referências às execuções fiscais, não sendo cabível interpretação ampliativa do dispositivo.

Sendo assim, quando a lei não prevê a Remessa Necessária, deve ser assegurada ao Ministério Público a análise da conveniência e oportunidade de submeter a matéria ao segundo grau de jurisdição, recorrendo ou não da decisão.

Ademais, como argumento a favor dos defensores da inaplicabilidade da Remessa Necessária na Improbidade Administrativa, tem-se que, atualmente, em virtude do Poder Judiciário encontrar-se assoberbado, o legislador brasileiro tem editado leis que buscam conciliar a prestação de uma tutela jurisdicional de qualidade com o direito à celeridade do trâmite processual, o que se passa por reduzir a abundante interposição de recursos.

Nessa linha de pensamento, a Remessa Necessária vêm sofrendo modificações, que excepcionam a regra protetora dos interesses da Fazenda Pública e reduzem a abrangência do instituto. Foi o que ocorreu com o advento da Lei nº. 10.352/2001, que alterou o Código de Processo Civil de 1973 para limitar a Remessa Necessária às condenações superiores a 60 (sessenta) salários mínimos. Imbuído da mesma finalidade, o Código de Processo Civil de 2015 restringiu ainda mais o cabimento da Remessa Necessária, ampliando as faixas de valores em que o instituto não é aplicável.

Sendo assim, a interpretação de que a Remessa Necessária se aplicaria às Ações de Improbidade Administrativa, mormente diante da ausência de previsão legal, contraria o espírito que move o legislador a reduzir a abrangência deste instituto, com vistas a promover os valores da celeridade e da eficiência.

Por fim, vale mencionar, ainda, que, para os defensores do não cabimento da Remessa Necessária na Ação de Improbidade Administrativa, o Ministério Público Federal não se confunde com a União, sendo que a Remessa Necessária é instituto aplicável somente às sentenças proferidas contra a União, consoante o artigo 496, inciso I, do Código de Processo Civil.

Recentemente, contudo, o entendimento, até então divergente entre a Primeira e a Segunda Turmas, foi pacificado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº. 1220667/MG^[14], publicado no Diário de Justiça do dia 30/06/2017.

Ao pacificar a questão, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça filiou-se à corrente de pensamento defendida pela Segunda Turma, entendendo que a Remessa Necessária é cabível nas Ações de Improbidade Administrativa.

Isto porque, conforme consignado no Voto do relator, Ministro Herman Benjamin, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça^[15] é firme ao entender pela aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à Lei de Improbidade Administrativa, sendo, portanto, cabível a Remessa Necessária, por força do artigo 496 do Código de Processo Civil.

Ademais, segundo o Ministro, o instituto da Remessa Necessária é aplicável nas Ações de Improbidade Administrativa por força da aplicação analógica do artigo 19 da Lei de Ação Popular, colmatando assim a lacuna existente na legislação específica.

Assim, prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça a tese do Acórdão paradigma dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº. 1220667/MG, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965. 1. **"Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário"** (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, Dje 29.5.2009). 2. Agravo Regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp 1219033/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2011, Dje 25/04/2011).

Com efeito, embora ambas as correntes de pensamento possuam argumentos válidos e convincentes, com a decisão do Superior Tribunal de Justiça há evidenciado ganho para o interesse público.

Isto porque, como visto, as Ações de Improbidade Administrativa tutelam a moralidade administrativa, coibindo atos de gestores públicos e particulares que ocasionem enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violem os princípios da Administração Pública.

Como sanções para os referidos atos, destaquem-se a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e o ressarcimento ao erário, que promovem a recuperação de receitas públicas, e a perda da função pública, impedindo que o administrador condenado por Improbidade Administrativa permaneça cometendo ilícitos desta ordem.

Sendo assim, há acentuado interesse da sociedade nas condenações por atos desta natureza, de modo que a necessidade de revisão pelos Tribunais das sentenças que reconheçam a carência da ação ou julguem tais ações improcedentes, conforme finalmente definiu o Superior Tribunal de Justiça, é medida que colabora com o intuito moralizador da Administração Pública.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, neste estudo, realizar uma pesquisa jurisprudencial, reconstruindo a evolução do pensamento do Superior Tribunal de Justiça, que culminou com a recente pacificação do entendimento, pela Primeira Seção, no sentido do cabimento da Remessa Necessária nas Ações de Improbidade Administrativa.

Como visto, esta matéria foi objeto de intensa divergência entre a Primeira e a Segunda Turmas do Superior Tribunal de Justiça.

A Segunda Turma, conforme demonstrado, entendia pelo cabimento da Remessa Necessária nas Ações de Improbidade, por aplicação analógica do artigo 19, da Lei de Ação Popular, eis que ambas as ações possuem finalidade semelhante, na medida em que visam tutelar o interesse público.

Por outro lado, constatou-se que a Primeira Turma entendia pelo descabimento da Remessa Necessária na Lei de Improbidade Administrativa, eis que a referida lei possui objeto específico e institutos

próprios, de modo que não há lacuna, mas silêncio eloquente do legislador, afastando a necessidade de analogia.

Por fim, demonstrou-se que a celeuma teve fim com o julgamento, pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n°. 1220667/MG, no qual prevaleceu o entendimento da Segunda Turma, pelo cabimento da Remessa Necessária nas Ações de Improbidade.

Concluiu-se que, ao estabelecer a necessidade de revisão das sentenças de improcedência das Ações de Improbidade Administrativa, o entendimento pacificado pela Corte da Cidadania privilegiou o interesse da sociedade nas condenações por atos desta natureza, colaborando com o intuito moralizador da Administração Pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Poder Público em Juízo**. 6ª. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. 489 p. v. Único.

DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 6ª. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011. 514 p. v. 4.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n°. 510150/MA**. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJe de 29-03-2004. Disponível em <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300078957&dt_publicacao=29/03/2004> Acessado em 02 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n°. 1098669/GO**. Relator: LIMA, Arnaldo Esteves. Publicado no DJe de 12-11-2010. Disponível em <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802255099&dt_publicacao=12/11/2010> Acessado em 02 set. 2017.

BRASIL. **Lei n°. 4.717 de 29 de junho de 1965**. Regula a Ação Popular. Brasília, DF: Senado, 1965. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em 02 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº. 8.429 de 02 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 02 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº. 1108542/SC**. Relator: MEIRA, Castro. Publicado no DJe de 29.05.2009. Disponível em Acessado em 29 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1219033/RJ**. Relator: BENJAMIN, Herman. Publicado no DJe de 25-04-2011. Disponível em Acessado em 29 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº. 1613803/MG**. Relator: HERMAN, Benjamin. Publicado no DJe de 07.03.2017. Disponível em Acessado em 05 ago. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: . Acesso em 05 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 02 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº. 7.347 de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1985. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em 02 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a defesa do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: . Acesso em 02 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº. 1220667/MG**. Relator: FILHO, Napoleão Nunes Maia. Publicado no DJe de 20-10-2014. Disponível em Acessado em 29 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº. 89520/DF**. Relator: KUKINA, Sérgio. Publicado no DJe de 15-08-2014. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102831833&dt_publicacao=15/08/2014> Acessado em 19 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº. 1220667/MG**. Relator: HERMAN, Benjamin. Publicado no DJe de 30.06.2017. Disponível em Acessado em 05 ago. 2017.

NOTAS:

[1] BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Poder Público em Juízo**. 6ª. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 151.

[2] DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 6ª. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 33.

[3] DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 6ª. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 51.

[4] DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 6ª. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 49.

[5] DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 6ª. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 50.

[6] DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 6ª. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 51.

[7] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 510150/MA**. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJe de 29-03-2004. Disponível em <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300078957&dt_publicacao=29/03/2004> Acessado em 02 set. 2017.

[8] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº. 1108542/SC**. Relator: MEIRA, Castro. Publicado no DJe de 29.05.2009. Disponível em Acessado em 29 jul. 2017.

[9] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1219033/RJ**. Relator: BENJAMIN, Herman. Publicado no DJe de 25-04-2011. Disponível em Acessado em 29 jul. 2017.

[10] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº. 1613803/MG**. Relator: HERMAN, Benjamin. Publicado no DJe de 07.03.2017. Disponível em Acessado em 05 ago. 2017.

[11] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº. 1098669/GO**. Relator: LIMA, Arnaldo Esteves. Publicado no DJe de 12-11-2010. Disponível em Acessado em 12 ago. 2017.

[12] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº. 1220667/MG**. Relator: FILHO, Napoleão Nunes Maia. Publicado no DJe de 20-10-2014. Disponível em Acessado em 29 jul. 2017.

[13] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº. 89520/DF**. Relator: KUKINA, Sérgio. Publicado no DJe de 15-08-2014. Disponível em <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102831833&dt_publicacao=15/08/2014> Acessado em 19 ago. 2017.

[14] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº. 1220667/MG**. Relator: HERMAN, Benjamin. Publicado no DJe de 30.06.2017. Disponível em Acessado em 05 ago. 2017.

[15] REsp 1217554/SP; REsp 1098669/GO.

JT ESTAGNADA ESTÁ OCIOSA E DESESTRUTURADA

ROBERTO MONTEIRO PINHO: Foi diretor de Relações Internacionais da Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), editor do Jornal da Cidade, subeditor do Jornal Tribuna da Imprensa, correspondente internacional, juiz do trabalho no regime paritário, tendo composto a Sétima e Nona Turmas e a Seção de Dissídios Coletivos - SEDIC, é membro da Associação Brasileira de Imprensa - ABI, escritor, jornalista, radialista, palestrante na área de RH, cursou sociologia, direito, é consultor sindical, no setor privado é diretor de RH, especialista em Arbitragem (Lei 9.307/96). Membro da Associação Sulamericana de Arbitragem - ASASUL, titular da Coluna Justiça do Trabalho do jornal "Tribuna da Imprensa" do RJ, (Tribuna online), colunista da Tribuna da Imprensa online), no judiciário brasileiro.

Com mais de 2 milhões de processos por ano, desde 2012 (números do CNJ), o Brasil é o campeão mundial em ações trabalhistas. Em 2005 foram pagos aos reclamantes R\$ 7,19 bilhões e, em 2006, R\$ 6,13 bilhões até setembro. Na média mensal, o volume de 2006 ficou 13% superior ao do período. Com 1572 varas instaladas, a Justiça do Trabalho é a grande ausente na maioria das cidades brasileiras. Dos 5.576 municípios a especializada atinge tão somente 23% do total.

Estudiosos concluem que a demanda em determinadas regiões, são menores em razão da ausência da jurisdição trabalhista anterior, segundo dados do Tribunal Superior do Trabalho (TST). O advogado Almir Pazzianotto, ex-ministro do Tribunal Superior do Trabalho, diagnostica que houve uma banalização da Justiça do Trabalho no Brasil. "Qualquer coisa é motivo para entrar com um processo trabalhista, - avalia.

Segundo dados do Tribunal Superior do Trabalho em 2015 a JT teve um aumento de 12,3% no número de processos trabalhistas. Foi 2,6 milhões de ações trabalhistas, sem dúvida um número recorde em todos os tempos. Mas segundo especialistas a crise econômica, e o desemprego (10,5%) atuaram como fator principal para que o número de ações aumentasse em torno de 13%, e quando coberta, a distância atua como retenção da demanda.

Em 2014 denunciei na minha obra “Justiça Trabalhista do Brasil a existência de tribunais nânicos no norte e nordeste do país, cuja estrutura poderia ser desativada, e com a economia, a instalação de novas varas trabalhistas. São tribunais ociosos, que se constituem verdadeiros palácios, servindo tão somente para alimentar o ego dos seus juízes.

Tomando como referência os Estados Unidos que apresentam 75 mil e a França, que registra 70 mil casos e o Japão, que tem 2,5 mil novos processos cada ano, o Brasil se apresenta como uma característica totalmente avessa a cultura das reclamações de trabalho, seja pelo formato das suas leis, seja, pela formação pedagógica dos trabalhadores, e dos patrões.

O Brasil segundo o relatório “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) até o ano passado, 105 milhões de ações tramitavam no Judiciário. Com uma população de 204 milhões, avalia-se que a metade demanda no judiciário, levando com conta que existem dois pólos ou mais na demanda, e ainda as testemunhas e patronos, estima—se que existam de forma ampla mais de 200 milhões de envolvidos, em um ou mais processos.

Trata-se de uma situação metafórica, que transcende até mesmo aos mais elementares argumentos e razões. Em 2015 a Justiça Estadual recebeu, 18,9 milhões de processos e a Justiça do Trabalho, recebeu, no mesmo ano, *“um total de aproximadamente 4 milhões de processos”*.

Concluimos que alguma coisa não está certa: Para uns a legislação, o excesso de leis, para outros o acesso a justiça, estimuladas pelas leis que oferecem vantagens a exemplo das indenizações banais, presenteadas com valores até mesmo não condizentes com o pedido. Evidente que o estado e o juiz que concedem direitos dentro deste formato, estão errando. Mas não ficamos somente nisso.

O “Placar da Justiça” fixado no Congresso em Brasília, faz uma estimativa em tempo real do número de processos judiciais. E revela mais: 42 milhões dessas ações (40% do total) poderiam ser solucionadas sem a intermediação de magistrados, o que acarretaria uma economia estimada em R\$ 63 bilhões aos cofres públicos. A iniciativa é da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). E mais no ano de 2016, 3 milhões de novas ações trabalhistas ingressaram neste judiciário.

MUDANÇA DE NOME E GÊNERO PARA AS PESSOAS TRANS E A PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE DE GÊNERO

JULIO VICENTE ANDRADE DINIZ:
Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB) e Pós Graduado pela União Pioneira de Integração Social (UPIS). Defensor Público do Estado de Mato Grosso.

RESUMO: O presente artigo aborda a disciplina da mudança de nome e gênero no registro civil das pessoas trans, ainda inadequada e insatisfatória, notadamente diante da ausência de legislação específica e de posicionamento jurisprudencial liberal sobre o tema, passando-se pela análise da utilização do nome social como medida afirmativa precária, para, ao final, firmar posicionamento pela solução definitiva da permissão da alteração dos dados registrares de forma facilitada, com a possibilidade de inclusão das pessoas trans e também conferir igualdade de condições quanto ao exercício do direito fundamental à identidade de gênero.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 3. Considerações finais. 4.Referências

Palavras-chave: Transexual. Retificação de Registro Civil. Nome Social. Direito Fundamental à Identidade e ao Nome.

Introdução

Há grande dificuldade enfrentada no meio social pelas pessoas trans (pessoas que nasceram num sexo biológico definido, mas que se identificam no gênero oposto ao que se entende culturalmente como correspondente a tal sexo; abrange transexual, travesti e transgênero^[1] no que diz respeito a sua identidade.

Por não existir congruência entre a sua identidade (verdadeiro eu, como a pessoa efetivamente é e se reconhece) e a identidade biológica de nascimento (concernente exclusivamente à genitália de nascimento), resta

comprometida a afirmação de sua própria identidade. O nome e o sexo constante do registro civil, por não corresponder à real identidade da pessoa (pessoal e auto-percebida), mas sim a um dado biológico e de nascimento, acarreta humilhações, constrangimentos e discriminações em razão do uso do nome, nas mais variadas situações do cotidiano, prejudicando-se, assim, a forma como o indivíduo é e se reconhece, se insere e se relaciona na sociedade, nos espaços públicos e privados.

A divergência entre a identidade real e os dados registrais gera repercussão negativa na vida da pessoa trans, pois é presente a vergonha e o constrangimento em razão dessa incongruência, sendo motivo de sério abalo psicológico uma simples resposta de chamada no ambiente escolar, o que é causa suficiente para o abandono dos estudos e a procura por qualificação, intensificando ainda mais o estigma e a exclusão desse grupo de pessoas.

Nesse sentido, o presente artigo aborda a disciplina da mudança de nome e gênero no registro civil das pessoas trans, ainda inadequada e insatisfatória, notadamente diante da ausência de legislação específica e de posicionamento jurisprudencial liberal sobre o tema, passando-se pela análise da utilização do nome social como medida afirmativa precária, para, ao final, firmar posicionamento pela solução definitiva da permissão da alteração dos dados registrais de forma facilitada, com a possibilidade de inclusão das pessoas trans e também conferir igualdade de condições quanto ao exercício do direito fundamental à identidade de gênero.

1 O Nome Social: ponto de partida para a afirmação do direito a nome civil conforme a identidade de gênero

Nos últimos dias, acompanhamos a ampla divulgação da edição da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1718/2017^[2], que dispõe sobre a possibilidade de utilização do nome social no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) por pessoas trans, o que já vinha sendo permitido no âmbito do SUS (Portaria Nº 1.820 2009)^[3]; pela Administração Pública Federal (Decreto 8727/2016)^[4]; e pelos bancos, em razão da Portaria e Carta Circular 3.813/2017^[5] emitida pelo Banco Central, cabendo, nesse espaço, tratar especificamente sobre a necessidade de maiores avanços

jurisprudenciais e legislativos, muito além da permissão do uso do denominado nome social, para a efetiva proteção do direito à identidade de gênero e ao nome civil das pessoas trans.

É necessário anotar que vige ainda na sociedade atual o pensamento sexista e retrógrado quando se trata de diversidade sexual, sendo notória a marginalização social desse segmento da população no nosso país. O quadro é de intolerância, violência e profunda exclusão social a que estão submetidas tais pessoas no dia-a-dia, bastando se observar o número alarmante de homicídios consumados e tentados cujas vítimas são pessoas trans[6].

No que pertine ao problema central deste trabalho, não é diferente esse contexto. Verifica-se que prevalece o tratamento vexatório e discriminatório em situações cotidianas envolvendo o nome e o sexo constante do registro civil das pessoas trans, especialmente porque, como já afirmado acima, tais dados não correspondem à real identidade da pessoa, comprometendo-se, assim, a forma como o indivíduo é e se reconhece, se insere e se relaciona na sociedade.

Nesse contexto, os trans encontram-se privados de direito básico, atinente à autodeterminação e afirmação da sua própria identidade, em inadequada discriminação em comparação com as pessoas cis gênero (pessoas cujo gênero é o mesmo que o designado em seu nascimento). O nome é atributo essencial e expressão da personalidade, devendo existir proteção adequada do direito fundamental à identidade de gênero e ao nome das pessoas trans. Tais direitos encontram fundamento nos postulados da dignidade da pessoa humana e do direito ao mínimo existencial, que não se restringe a uma mera garantia de sobrevivência, abrangendo também o direito ao nome e identidade[7]. Além disso, o direito fundamental ora em debate também encontra respaldo no direito à liberdade, à privacidade e à igualdade, todos previstos no art. 5º da Constituição Federal de 1988, bem como na proibição de qualquer forma de discriminação, conforme preconiza o art. 3º, inciso IV, da Carta Magna[8].

A regulamentação do uso do denominado nome social, inclusive com a possibilidade de utilização do mesmo no CPF, representa avanço significativo sobre o tema, mas é preciso seguir adiante. A adoção do nome social, sem que ocorra a efetiva mudança do nome e do gênero no registro civil de forma rápida, acessível, gratuita e sem burocracia, deve ser tida como uma ação afirmativa temporária e precária, que, embora não assegure de forma efetiva o direito fundamental ao nome e à identidade de gênero, é ponto de partida para afirmação desse direito.

2 Necessidade de Proteção Eficiente ao Direito Fundamental da Identidade de Gênero e Nome Civil

O nome social, como já afirmado anteriormente, é apenas um paliativo, não concretizando o direito fundamental a identidade de gênero com a efetividade necessária, deixando a margem de proteção inúmeras pessoas. Isso porque para a prática de grande parte dos atos da vida civil são necessários os dados assim como constam do registro, que não refletem a identidade da pessoa trans, impondo-se uma dupla identidade nas mais variadas situações da vida, pois alguns atos poderão ter estampados o nome social e outros não. O enfretamento do problema depende de evolução da jurisprudência e da legislação para uma solução adequada e definitiva que concretize o direito fundamental a identidade de gênero.

É nesse sentido que observamos a proteção deficiente desse direito à identidade de gênero e ao nome civil dos trans, pois a sua concretização depende da alteração e retificação formal do nome e gênero constante do registro civil. Atualmente, a realidade é marcada por processos judiciais altamente burocráticos e arcaicos, muitas vezes com decisões contraditórias e conflitantes.

No dia-a-dia forense, é possível constatar muitas injustiças envolvendo a questão da identidade e do nome. Em várias decisões, nota-se a exigência da cirurgia de transexualização (redesignação sexual ou cirurgia de mudança de sexo) como requisito para a mudança. Muitas decisões autorizam a alteração apenas do nome, sem autorização da alteração do gênero. E diversas outras determinavam a vinculação, no

novo registro civil, da informação quanto à condição anterior do autor ou autora do pedido, o que, salvo se mantido em sigilo tal referência ou vinculação, continua a causar os mesmos transtornos experimentados anteriormente.

A exigência de muitos requisitos e critérios acaba por dificultar o procedimento cujo objetivo é a alteração dos dados do registro. O próprio acesso à justiça é prejudicado, por ser o processo muito dispendioso e por não existir a segurança de que o resultado final será alcançado. O argumento favorável para que o procedimento seja criterioso e cercado de formalidades é que, com a mudança do nome e gênero no registro civil, pode-se trazer prejuízos para direito de terceiros, especialmente com a isenção de responsabilidade civil, tributária e penal, o que, contudo, não pode figurar como empecilho e ofuscar a efetivação do direito à identidade.

O procedimento deveria ser desburocratizado e facilitado, contando como requisito apenas a manifestação de vontade do interessado, a exemplo de países como Argentina, Portugal, Holanda e Irlanda, em que o pedido de alteração do nome e gênero no registro civil é de fácil acesso, desburocratizado, com possibilidade inclusive de simples requerimento administrativo.

Entretanto, no Brasil, a situação é totalmente diversa. Os interessados no procedimento encontram óbices dos mais variados: processos judiciais demorados; necessidade de apresentação de laudos e relatórios médicos; oitiva de testemunhas; instrução do pedido com inúmeros documentos e certidões, especialmente para verificação da boa-fé do requerente, para que a mudança não implique em prejuízo de direitos de terceiros (propósito de o requerente furtar-se de eventual responsabilidade penal, civil e/ou tributária); e, por fim, a exigência, muitas vezes, de cirurgia de transgenitalização.

É certo que, em relação à necessidade de cirurgia de transgenitalização, encontra-se pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 670.422/RS^[9] e também a ADI 4275/DF^[10], existindo ampla participação de diversas entidades da sociedade civil como amicus curiae e parecer favorável da Procuradoria

Geral da República para que seja conferida interpretação do artigo 58 da Lei de Registros Públicos conforme a Constituição Federal, tornando-se, assim, desnecessária a cirurgia como requisito da alteração do nome e do sexo do registro civil.

A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou em recente julgado, afirmando a desnecessidade de cirurgia de transgenitalização para que seja realizada a alteração do nome e do sexo no registro civil (Confira-se, a propósito, o Recurso Especial nº 1.626.739[11]).

Apesar da tendência dos Tribunais Superiores quanto à pacificação da questão da desnecessidade da cirurgia de transgenitalização, verifica-se que a solução definitiva passa pela adoção de procedimento desburocratizado e simplificado para alteração do nome e sexo no registro civil, mediante evolução legislativa sobre o tema, conforme preconizam os Princípios de Yogyakarta (Princípios sobre a aplicação de legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero), itens 3, alínea c[12] e 19, alínea f[13].

A edição de uma lei específica sobre o tema, nos moldes do Projeto de Lei 5002/03[14] (Lei João W. Nery), seria a medida legislativa adequada para regramento infraconstitucional do direito fundamental em questão, pois permite a alteração do nome e do gênero do registro civil de forma célere, simples e desburocratizada, bem como há previsão dos requisitos de forma clara e expressa, não dependendo dos longos e burocráticos processos judiciais para autorização de mudança do nome e do gênero do registro civil.

Entretanto, sabe-se que o Parlamento Brasileiro ainda possui visão conservadora sobre temas relacionados à diversidade sexual, não podendo as minorias de gênero ficar a mercê de uma decisão majoritária do Poder Legislativo, devendo, portanto, a questão ter uma resposta da Jurisdição Constitucional, que, por sua natureza contramajoritária, assim como ocorreu em relação ao reconhecimento da validade jurídica das uniões homoafetivas, certamente apresentará a solução adequada para a questão, com pronunciamento expresse quanto à facilitação dos requisitos

para a alteração do registro civil, inclusive com a possibilidade de mudança dos dados pela via administrativa, ao julgar o Recurso Extraordinário 670.422/RS e também a ADI 4275/DF.

Considerações Finais

A omissão do Poder Público quanto ao enfrentamento do problema concernente à identidade de gênero, especialmente com facilitação da alteração do nome e sexo no registro civil, seja por medidas legislativas pertinentes, seja por evolução jurisprudencial sobre o tema, impõe (mais) discriminação a esse grupo minoritário, deixando as pessoas trans à margem da proteção em relação ao direito fundamental ao nome e à identidade de gênero, notando-se uma diferenciação inadequada entre as pessoas trans e cis gênero.

A adoção do nome social é medida que promove avanços na questão da identidade de gênero e afirma os direitos da diversidade sexual, no entanto, é solução paliativa e simbólica, pois apenas regulamenta uma regra de tratamento da pessoa trans em certos órgãos públicos e entidades privadas, continuando esse grupo minoritário sem proteção jurídica efetiva, obrigando-se, ainda, a continuidade e manutenção de uma espécie de dupla identidade.

Por essa razão, é necessário que o direito ao reconhecimento e identidade não continue a ser tratado como uma política pública paliativa, temporária e superficial, exigindo-se uma solução definitiva, com a possibilidade de alteração do nome e do sexo no registro civil, sem maiores obstáculos, inclusive pela via administrativa, como forma de concretização do direito fundamental à identidade de gênero.

A edição de legislação específica, nos moldes do Projeto de Lei nº 5002, seria a medida legislativa adequada para regramento infraconstitucional do direito fundamental em questão, pois permite a alteração do nome e do gênero do registro civil de forma célere, simples e desburocratizada, com previsão da manifestação da vontade como único requisito, sem dependência dos longos e burocráticos processos judiciais, para autorização de mudança do nome e do gênero do registro civil.

Por fim, não podem as minorias de gênero ficar a mercê de uma decisão majoritária do Poder Legislativo, devendo, portanto, a questão ter uma resposta contramajoritária da Jurisdição Constitucional, assim como ocorreu em relação ao reconhecimento da validade jurídica das uniões homoafetivas, cabendo ao Supremo, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 670.422/RS e ADI 4275/DF, apresentar a solução adequada para a questão, mediante interpretação conforme ao art. 58 da Lei de Registro Públicos, inclusive com pronunciamento expreso sobre a facilitação dos requisitos para a alteração do registro civil pela via administrativa.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

Acesso em: 01/09/2017.

_____. **Decreto nº 8727/2016.** Publicado no DOU de 29/04/2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8727.htm. Acesso em 01/09/2017.

_____. **Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1718/2017.** Publicada no DOU de 20/07/2017, seção 1, pág. 39. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=84588&visao=anotado>. Acesso em 01/09/2017

_____. **Portaria e Carta Circular 3.813/2017 do Banco Central.** Publicado no DOU de 11/04/2017, seção 1, pág. 16. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50360/C_Circ_3813_v1_O.pdf. Acesso em 01/09/2017.

_____. **Portaria nº 1.820 2009 do SUS.** Publicada no DOU de 14/08/2009, seção 1, pág. 80. http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2009/01_set_carta.pdf. Acesso em 01/09/2017.

_____. **Projeto de Lei nº 5002.** Autores Deputados Jean Willys e Erica Kokai. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1059446. Acesso em 01/09/2017.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e Direitos LGBTI**. 6ª Ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

PRINCÍPIOS de Yogyakarta = **Yogyakarta Principles**. Disponível em <http://www.yogyakartaprinciples.org>. Acesso em 01/09/2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

STF, **ADI 4275/DF**. Processo ainda em tramite, com julgamento previsto para o dia 20 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691371>. Acesso em 01/09/2017.

STF, **RE 670.422/RS**. Processo ainda em tramite, com julgamento previsto para o dia 20 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4192182>. Acesso em 01/09/2017.

STJ, **RESP 1626739/RS**. 4ª Turma, Julgado em 09.05.2017, Relator MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO, Julgado em 09.05.2017, Publicado no DJE 01.08.2017.

NOTAS:

[1] Expressões, nomes e nomenclaturas trabalhados pela autora Maria Berenice Dias em: DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e Direitos LGBTI**. 6ª Ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 41-42.

[2] Publicado no DOU de 20/07/2017, seção 1, pág. 39. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=84588&visao=anotado>. Acesso em 01/09/2017.

[3] Publicado no DOU de 14/08/2009, seção 1, pág. 80. http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2009/01_set_carta.pdf. Acesso em 01/09/2017.

[4] Publicado no DOU de 29/04/2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/decreto/D8727.htm. Acesso em 01/09/2017.

[5] Publicado no DOU de 11/04/2017, seção 1, pág. 16. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50360/C_Circ_3813_v1_O.pdf. Acesso em 01/09/2017.

[6] “O Brasil é o país que mais mata travestis e transexuais no mundo. Em 2016, foram 127, um a cada 3 dias. A expectativa de vida deles é de 35 anos, menos da metade da média nacional, que é de 75 anos. Os dados são do Grupo Gay da Bahia, e não faltam histórias Brasil afora que os comprovem.” Disponível em <http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2017/04/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-travestis-e-transexuais-no-mundo-diz-pesquisa.html>. Acesso em 01/09/2017

[7] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 309.

[8] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01/09/2017.

[9] STF, RE 670.422/RS. Processo ainda em tramite, com julgamento previsto para o dia 20 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4192182>. Acesso em 01/09/2017.

[10] STF, ADI 4275/DF. Processo ainda em tramite, com julgamento previsto para o dia 20 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691371>. Acesso em 01/09/2017.

[11] STJ, RESP 1626739/RS, 4ª Turma, Julgado em 09.05.2017, Relator MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO, Julgado em 09.05.2017, Publicado no DJE 01.08.2017.

[12] Princípios de Yogyakarta, Item 3, alínea c: “Os Estados deverão tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para que existam procedimentos pelos quais todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indiquem o sexo/gênero da pessoa – incluindo certificados de nascimento, passaportes, registros eleitorais e outros documentos – reflitam a profunda identidade de gênero autodefinida por cada pessoa”. Disponível em: <http://www.yogyakartaprinciples.org>. Acesso em 01/09/2017.

[13] Princípios de Yogyakarta, Item 19, alínea f: Toda pessoa tem o direito à liberdade de opinião e expressão, não importando sua orientação sexual ou identidade de gênero. Isto inclui a expressão de identidade ou autonomia pessoal através da fala, comportamento, vestimenta, características corporais, escolha de nome ou qualquer outro meio, assim como a liberdade para buscar, receber e transmitir informação e idéias de todos os tipos, incluindo idéias relacionadas aos direitos humanos,

orientação sexual e identidade de gênero, através de qualquer mídia, e independentemente das fronteiras nacionais. Disponível em: <http://www.yogyakartaprinciples.org>. Acesso em 01/09/2017.

[14] Projeto de Lei nº 5002. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1059446. Acesso em 01/09/2017.

LIMITAÇÕES AMBIENTAIS À PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA PRIVADA NO BRASIL

JOSÉ MÁRIO DELAITI DE MELO: Advogado, Administrador de Empresas e Teólogo. Graduado em Direito pela Faculdade Estácio do Recife, em Administração pela Universidade de Pernambuco e em Teologia Eclesiástica pela Faculdade Internacional de Teologia Gospel/Faculdade Gospel. Pós-graduado em Direito Administrativo e em Direito Civil, ambas as especializações pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá. Mestrando em Gestão do Desenvolvimento Local Sustentável pela Universidade de Pernambuco. Mestrando em Teologia com ênfase em Bibliologia pela Faculdade Internacional de Teologia Gospel/Faculdade Gospel. Servidor da Prefeitura do Recife e Conciliador do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Associado ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Sócio da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC). Associado à Associação Nacional de Pós-Graduandos (ANPG). Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Articulista de sites jurídicos. Curriculum lattes: <http://lattes.cnpq.br/0065877568376352>

SUMÁRIO: 1 RESUMO. 2 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. 2.1 A Função Social da propriedade no ordenamento jurídico brasileiro. 3 AS RESTRIÇÕES ADMINISTRATIVAS À PROPRIEDADE PRIVADA IMOBILIÁRIA NO BRASIL. 3.1 Da limitação administrativa. 3.2 Da servidão administrativa. 3.3 Do tombamento. 3.4 Da desapropriação. 4 PRINCÍPIO DO ACESSO EQUITATIVO AOS BENS AMBIENTAIS 23 5 DAS RESTRIÇÕES AMBIENTAIS À PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA PRIVADA. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 RESUMO

O presente trabalho científico tem como objetivo principal compreender os limites ambientais à propriedade privada imobiliária no Brasil. A importância desse trabalho reside em tentar buscar a melhor forma de adequar o direito aos próprios anseios da sociedade hodierna. É notório que a sociedade atual quer garantir a efetividade de direitos

coletivos e difusos, como, por exemplo, o direito do consumidor e ao meio ambiente de qualidade. Nesse trabalho compreender-se-á a necessidade de uma nova concepção jurídica sobre a propriedade privada imobiliária face aos imperativos de uma ordem social que eleva o direito ao meio ambiente à categoria de direito fundamental.

Desse modo, na primeira parte discorrer-se-á sobre a função social da propriedade, visto que esse é um princípio fundamental que foi instituído pela Constituição Brasileira de 1988 e constitui-se como elemento estruturante e qualificador da propriedade imobiliária no Brasil, haja vista que o ordenamento jurídico apenas agasalha a propriedade que cumpre a sua função social. Mister destacar que o princípio da função social é considerado como um gênero que abarca outras espécies, como, por exemplo, o princípio da função sócioambiental da propriedade. Assim, nessa parte compreender-se-á a evolução do princípio da função social da propriedade na seara do direito internacional e no ordenamento jurídico brasileiro.

A segunda parte discorre sobre as principais restrições administrativas imposta à propriedade como a limitação administrativa, a servidão administrativa, a desapropriação e o tombamento.

Na terceira parte há um levantamento dos mais importantes princípios instituídos pela doutrina internacional que visam proteger o meio ambiente, tais como: princípio do acesso equitativo aos bens ambientais; da soberania permanente sobre os recursos naturais; do direito ao desenvolvimento; do patrimônio comum da humanidade; da responsabilidade comum mas diferenciada; da precaução; do poluidor-pagador; do dever de não causar dano ambiental; da responsabilidade estatal; da equidade intergerencial; da prevenção; da responsabilidade ecológica; da informação; da participação; princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana; da natureza pública da proteção ambiental; do controle do poluidor pelo Poder Público; da consideração da variável ambiental no processo decisório de políticas de desenvolvimento; da participação comunitária; da função socioambiental da propriedade; do direito ao desenvolvimento sustentável e da cooperação entre os povos. Mas, de forma especial, essa parte foi dedicada ao princípio do acesso equitativo aos bens ambientais,

por entendê-lo como sendo essencial para a efetivação de uma nova concepção jurídica sobre a propriedade imobiliária privada, fundada na distribuição eqüitativa dos bens ambientais como forma de garantir uma existência digna para as presentes e futuras gerações.

Como que corolário de todo o trabalho, a quarta parte apresenta a própria concepção jusambientalista da propriedade. Ao identificar as restrições ambientais da propriedade, constata-se que o direito ambiental está em constante interação com diversos ramos do direito como, por exemplo, o direito constitucional, administrativo, civil e penal. Observa-se que o direito ambiental se serve de vários institutos jurídicos desses ramos, entretanto, a concepção jurídica ambiental é visivelmente diferenciada dos mesmos, na medida em que não vê como limites os mecanismo de efetivação da função sócioambiental da propriedade, mas como elementos intrínsecos à própria natureza axiológica da propriedade.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Não constitui tarefa fácil compreender o conceito de propriedade ao longo da história da humanidade, muito menos asseverar com extrema certeza quando e onde aparece o primeiro conceito jurídico de propriedade privada. Contudo, pesquisando em obras de autores, como, por exemplo, Friedrich Engels, José Afonso da Silva, Jefferson Carús Guedes e Sílvio de Salvo Venosa, que aprofundaram no estudo do tema em análise, pode-se ter uma noção muito próxima da evolução do conceito de propriedade privada ao longo da história da civilização ocidental até os dias atuais.

Mister destacar que a evolução da propriedade privada coincide com a evolução da própria sociedade organizada politicamente, ou seja, ao estudar a origem da propriedade privada acaba-se compreendendo a origem da própria entidade política. O conceito e a compreensão de propriedade privada, até atingir a concepção moderna, sofreram a influência de vários povos, desde a antigüidade, por isso a história da propriedade é decorrência direta da organização política dos povos (VENOSA, 2005:173). A par desse entendimento pode-se concluir que a formação das sociedades politicamente organizadas teve como base o conceito de propriedade privada. Haja vista a importância da propriedade territorial no período medieval, onde o poder político era distribuído conforme a importância da propriedade territorial (ENGELS, 1991:194).

Assim, é correto afirmar que a concepção de propriedade continua a ser elemento essencial para determinar a estrutura econômica e social dos Estados (VENOSA, 2005:176).

Após essas primeiras considerações sobre a importância da propriedade privada para a organização social, econômica e política dos Estados buscar-se-á compreender, de forma sintética, a evolução da propriedade privada ao longo dos vários períodos históricos.

No primeiro dos estágios primitivos da vida humana, fases conhecidas como o estado selvagem e da barbárie, não se cogita da existência da propriedade privada imóvel, pois estas populações não individualizaram a propriedade imobiliária agrária (ENGELS:22-28). O que se observa ao analisar a literatura referente a esses povos primitivos é que entre eles somente existia a propriedade privada das coisas móveis, como utensílios de caça e pesca, objetos pessoais e peças de vestuário (VENOSA, 2005:174). Mister destacar que segundo Friedrich Engels, é nesta época que se encontra a propriedade fruto do trabalho pessoal, que, segundo ele, os juristas e economistas atribuem à sociedade civilizada e que é o último subterfúgio jurídico em que se apoia a propriedade capitalista (ENGELS, 1991:178179).

Portanto, verifica-se que durante o estado selvagem e da barbárie o solo pertencia a toda a coletividade, isto é, a todos os membros da tribo, da família, não existindo o sentido de senhoria, de poder de determinada pessoa sobre a propriedade. Desse modo, era inconcebível o uso da propriedade comum como individual e exclusivo (VENOSA, 2005:174). Nesse sentido pode-se afirmar que está presente na visão sobre a propriedade desses povos primitivos o princípio da função social da propriedade.

No período romano, nascem os conceitos de *dominiu* (domínio) ou *propietas* (o que pertence a uma pessoa), como sinônimos, muito próximo da propriedade plena atual. Também nesse período surge a concepção de *possessio* (posse), distinguindo o proprietário daquele que detém a posse sobre a coisa, capaz de permitir a utilização dos bens pelos seus titulares, ou seja, os que tinham a posse, os possuidores, às vezes em oposição aos próprios proprietários (GUEDES,

2003:343).

Com a decadência do Império Romano e o avanço da ocupação de seus domínios pelos povos bárbaros surgiram grandes transformações no direito. Debilitou-se o poder central. Estabeleceu-se a territorialidade das leis, ou seja, firmou-se o princípio do *jus soli*, prevalecendo o direito local, onde o indivíduo se submetia às regras do direito consuetudinário. Surgia, nesse contexto, uma nova figura, a do Senhor Feudal, que possuía o poder jurídico em seu feudo, isto é, na extensão territorial sob seu controle (AMORIM, 2003:73). Nesse contexto, se sobrepõem os poderes do Senhor Feudal, que subordina os camponeses, os quais devem pagar tributos e prestar serviços pessoais ao senhor feudal. Desse modo, o direito de propriedade imobiliária se conformava diante da autoridade do senhor feudal. Portanto, na Idade Média, a propriedade perde o caráter unitário e exclusivista, sendo o território sinônimo de poder. A idéia de propriedade está ligada a poder, de modo que apenas os senhores feudais detinham a propriedade, enquanto os camponeses apenas serviam ao senhor em sua propriedade, mas não eram juridicamente os proprietários (VENOSA, 2005:175).

Com a desagregação do sistema feudal e o surgimento dos Estados Absolutistas marcados pelo arbítrio das autoridades Estatais, pelos privilégios de classes e pelas desigualdades sociais, econômicas e jurídicas oportunizou-se a reconstrução do conceito de propriedade, voltado à centralização em um titular que concentra o poder de usar, fruir ou dispor (GUEDES, 2003:345).

Visando abolir as desigualdades sociais herdadas do período medieval e influenciada, por filósofos iluministas, como Rousseau e Voltaire, surgiu a Revolução Francesa, no século XVIII, movimento político reacionário, de propostas liberais, marcadas pelo individualismo e que repudiava as violações aos direitos individuais, tão comuns durante o período do *Ancien Regime*. Aqui está, sem sombras de dúvidas, a gênese do Estado Liberal que substituiu o Estado Absolutista.

Portanto, junto ao nascimento do Estado Liberal reaparece o direito à propriedade, ao lado do direito à igualdade social e jurídica, como expressão maior do direito à própria liberdade. O direito de propriedade, para o Estado Liberal, inspirado no pensamento de John Locke era tido

como um direito natural e individual, inviolável e sagrado. Percebe-se o traço marcante do individualismo sobre o conceito de propriedade do Estado Liberal.

Nasce nesse período o Código Napoleônico, de 1804, que em seu artigo 544 definiu assim o direito de propriedade : “a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto, desde que não se faça uso proibido pelas leis ou regulamentos” (VENOSA, 2005:175).

A partir do Código Napoleônico, portanto, se afirma o conceito de propriedade privada como sendo um direito natural, absoluto e exclusivo. Desse modo fica caracterizada a ideologia extremamente individualista sobre a propriedade privada. O referido diploma, que até hoje se acha em vigor na França, influenciou fortemente a elaboração de códigos civis em todos os países da chamada “família romano-germânica” (FREITAS, 2002:128), incluindo-se a grande maioria dos códigos latino-americanos (VENOSA, 2005:175).

Somente a partir do século XIX, com a revolução e o desenvolvimento industrial, a estrutura do pensamento jurídico liberal veio sofrer grandes transformações, haja vista as mudanças sociais e econômicas ocorridas com o aparecimento das máquinas, fazendo surgir também o desemprego em massa, a divisão do trabalho, a concentração da riqueza em poder de poucos privilegiados, sendo que a grande maioria ficava à margem do desenvolvimento econômico, fazendo crescer, assim, as injustiças sociais (CARDOSO, 2001:65). Portanto, nesse contexto de mudanças econômicas e sociais, que oportunizou o surgimento de inúmeras doutrinas socializantes, como, por exemplo, o socialismo que defendia até mesmo o fim da propriedade privada, é que o conceito extremamente individualista da propriedade privada estatuído no Código Civil Francês, começou a ser relativizado, buscando-se a partir daí um sentido social para a propriedade privada (VENOSA, 2005:175). Diante dessa realidade, a propriedade privada passou a ser considerada a fonte geradora primeira das desigualdades sociais. Desse modo, vários pensadores dessa época, adeptos às mais variadas doutrinas, tais como socialistas, humanistas, democratas e nacionalistas empreenderam um

combate à propriedade privada absoluta e individualista do Estado Liberal (CARDOSO, 2001:66).

Entretanto, duas concepções doutrinárias distintas se destacaram no combate à propriedade privada absoluta e individualista, influenciando sobremaneira as transformações acerca do instituto jurídico da propriedade privada. Segundo Moraes (1999:92-93), o surgimento da tese da função social da propriedade se deve à doutrina clássica natural da Igreja Católica e, de outro lado, a contribuição dos positivistas do século XIX.

Procurando romper a forte tendência ao individualismo do Estado Liberal, o filósofo Augusto Comte, fundador do positivismo do século XIX, estabeleceu as bases teóricas sobre as quais a idéia da função social iria se sobrepor em contraposição à concepção clássica da propriedade como um direito individual e natural. Segundo Comte, todo cidadão constitui-se como um funcionário público com atribuições previamente determinadas, possuindo uma função dentro da sociedade na qual vive e devendo exercê-la em prol dessa mesma sociedade. Essa idéia deve também se estender até a propriedade, que possui uma indispensável função social destinada a formar e administrar os capitais com os quais cada geração prepara os trabalhos da seguinte (MORAES, 1999:93). Portanto, percebe-se com clareza que o pensamento desse filósofo contribuiu decisivamente para alterar a noção jurídica sobre a propriedade privada, atribuindo-a uma função social e despojando-a do caráter absoluto e individualista.

Da mesma forma, mas com uma base principiológica distinta, a doutrina social da Igreja Católica, também influenciou nessa transformação, tentando compatibilizar a propriedade privada com as necessidades sociais. Assim, em decorrência das desigualdades sociais e econômicas e também contra a influência do socialismo, a Igreja Católica, através da encíclica *Rerum Novarum*, de 15 de maio de 1891, do Papa Leão XIII, defendeu a propriedade como Direito Natural, combatendo a interferência estatal, pois o homem é anterior ao próprio Estado. De modo geral, segundo esta encíclica, não é das leis humanas, mas da natureza, que emana o direito da propriedade individual, não podendo a autoridade pública o abolir. O que ele pode é regular-lhe o uso e conciliá-lo com o bem comum (CARDOSO, 2001:66). Mas, foi na Alemanha, em 1889, com Gierke, no discurso de Viena sobre a missão social do direito privado, que

pela primeira vez uma autoridade jurídica proclamou que se deveria impor deveres sociais à propriedade e que esta não deveria servir apenas aos interesses egoísticos de seu proprietário, mas que deveria ser ordenada no interesse de todos (MORAES, 1999:93-94). Entretanto, a expressão “**função social da propriedade**” somente se popularizou a partir das lições do célebre constitucionalista francês Léon Duguit. Para Duguit, a propriedade é uma instituição jurídica que se formou para responder a uma necessidade econômica, como vários outros institutos jurídicos, e ela deve evoluir de acordo com essas mesmas necessidades econômicas.

Assim, essas necessidades, transformando-se em necessidades sociais, transformam a propriedade em função social, considerando a interdependência cada vez mais estreita entre os elementos sociais, ou seja, quando a necessidade era econômica ou familiar, a única forma de proteger os indivíduos era a partir do direito à propriedade privada individual e absoluta, mas a partir do instante em que a sociedade toma consciência de que o homem, em sociedade, não é um fim, mas um meio, e da estreita interdependência social que liga a todos, com novas exigências sociais, o proprietário deixa de ter apenas um direito e passa a ter também um dever de aumentar a riqueza de sua propriedade em virtude da interdependência social. Desse modo, a propriedade deixa de ser um direito individual, subjetivo, para se transformar em uma função social.

Portanto, a questão da função social da propriedade privada não pode retirar o conteúdo mínimo do direito de propriedade, mas apenas tenta harmonizar os interesses individuais e coletivos, na medida em que delimita o direito de propriedade, exigindo que o proprietário da riqueza usufrua de seu bem sempre em consonância com o bem-estar geral da sociedade.

Desse modo, a partir de todas estas transformações sociais, econômicas e jurídicas acerca do instituto da propriedade privada, as Constituições de vários países das democracias ocidentais têm adotado o princípio da função social da propriedade, sobretudo a partir do pós-guerra, com as Constituições de Weimar de 1919, primeira Constituição a consignar de forma expressa a idéia de função social da propriedade

(MORAES, 1999:33), do México em 1917, de Portugal em 1933, a Constituição Italiana de 1947, e a Constituição Brasileira de 1934, dentre outras (CARDOSO, 2001:72).

Conclui-se, após essa breve síntese sobre a função social da propriedade, que as questões referentes à propriedade privada imóvel, da moradia, do uso adequado do terra, do uso dos recursos ambientais e sua proteção, constituem, sem dúvidas, um dos grandes temas desse início do século XXI. Esse novo século, está tendo como desafio, situar devidamente a utilização social da propriedade, incluindo-se aqui os limites ambientais à propriedade privada imobiliária (MORAES, 1999:95).

2.1 A função social da propriedade no ordenamento jurídico Brasileiro

A consignação expressa do princípio da função social da propriedade no ordenamento brasileiro é fruto de lenta evolução social, econômica e jurídica. A Constituição do Império de 1924 e a da República de 1891, respectivamente em seus respectivos artigos 179 e 72, limitaram a apenas declarar a forma plena do direito à propriedade, ressalvada hipótese de desapropriação por necessidade ou utilidade pública. A Constituição de 1891 também já admitia as limitações à exploração das minas, cuja propriedade pertencia ao proprietário do solo (MORAES, 1999:38).

A Constituição de 1934 foi a que trouxe pela primeira vez de forma expressa a atividade do proprietário. Em seu artigo 113, n.17, consignou a garantia do direito de propriedade, mas limitou-o em detrimento do interesse social ou coletivo, ficando clara a influencia da Constituição de Weimar e das idéias de Gierke e Léon Duguit (MORAES, 1999:38). Segundo Moraes (1999:38), essa Constituição além de estatuir a desapropriação, por necessidade ou utilidade pública, também consignou a ocupação temporária da propriedade particular, a nacionalização das minas e demais riquezas do subsolo e das quedas d'águas.

Já a Carta Magna de 1937, delegou o poder de definir o conteúdo e os limites da garantia ao direito de propriedade à lei ordinária (artigo 122, n.14). Foram mantidas a nacionalização das minas, das quedas d'águas e outras fontes de energia (MOARES, 1999:38).

A Constituição de 1946 inovou em vários aspectos com referência à propriedade. No artigo 141, §16 foi estatuído o direito de propriedade, mas com a ressalva da desapropriação por necessidade pública ou interesse social, mediante prévia indenização em dinheiro. Também em casos de perigo iminente, como a guerra, as autoridades estariam autorizadas a usar a propriedade particular, se assim exigir o bem comum, resguardado o direito à devida indenização (MORAES, 1999: 39). No artigo 147, do capítulo sobre ordem econômica e social ficou expresso que o uso da propriedade estaria condicionado ao bem estar social e a lei poderá promover a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos com fulcro no artigo 141, §16. Todos esses limites expressos à propriedade privada eram decorrentes do princípio da função social da propriedade, que autorizava o legislador a intervir no domínio privado em benefício de toda a coletividade.

A partir de então foram surgindo outros diplomas legais que buscavam complementar a lei constitucional, como a lei 4.132/62, que disciplinou as hipóteses da desapropriação por interesse social, e assegurou a manutenção de posseiros em terrenos urbanos ocupados como forma de fazer valer a desapropriação em detrimento da justiça social. A lei delegada 4/62 que estatuiu a desapropriação por interesse social como meio de intervenção no domínio econômico para tentar garantir a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais ao consumo e uso do povo. Surgiu também a emenda Constitucional 10/64, que consignou a desapropriação para fins de reforma agrária, alterando o artigo 46 da Constituição, sendo assim promulgada a lei 4.504/64, o Estatuto da Terra, que estabeleceu os parâmetros para a aplicação e efetivação da função social da propriedade (MORAES, 1999: 39).

A Carta Magna de 1967, repete em grande parte as garantias ao direito à propriedade da Constituição de 1946, mas promove um avanço na linguagem legislativa acerca do reconhecimento da função social da propriedade. Assim, no artigo 160 estabelece que a ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, tendo como base os princípios da liberdade de iniciativa, da valorização do trabalho como condição da dignidade humana, da função social da propriedade, da harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de

produção, dentre outros. Havia também a previsão a desapropriação de terras rurais com o pagamento em títulos especiais da dívida pública (MORAES, 1999:40).

Entretanto, o grande avanço legislativo quanto ao princípio da função social da propriedade foi estabelecido pela Constituição da República de 1988. A Constituição de 1988 disciplina o princípio da função social da propriedade privada em dois capítulos distintos. Primeiramente, no Título II, capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, artigo 5º, onde no inciso XXII, estatui que é garantido o direito de propriedade, e logo em seguida no inciso XXIII, que a propriedade atenderá a sua função social. Depois, no título VII, capítulo I, Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, artigo 170, que diz que 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: I - Soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade. Essas disposições constitucionais citadas acima correspondem a preceitos fundamentais gerais que devem nortear outras disposições tanto constitucionais quanto infraconstitucionais.

A par dessas disposições fundamentais gerais cuidou o legislador constituinte de estabelecer também outras disposições legais que buscam tornar efetivo o princípio da função social da propriedade. Desse modo, temos o artigo 156, § 1º que assevera que o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana “poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade”. No artigo 182, caput, diz que “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.” Ainda nesse mesmo artigo, em seu § 2º, prescreve que “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor.”

No capítulo III, “Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária”, o artigo 184, caput, dispõe que:

Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até 20 (vinte) anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja emissão será definida em lei.

Também o artigo 185 prescreve que: “ São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: I – a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; II – a propriedade produtiva”; e o Parágrafo Único do mesmo artigo diz que: “A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.” Em seguida o artigo 186 consigna quais são esses requisitos estabelecidos no parágrafo único do artigo 185 da Constituição quando estatui que:

A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigências estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Todos esses artigos elencados fazem de forma expressa referência à função social da propriedade. Há ainda na Constituição da República Brasileira outros artigos que estabelecem regras jurídicas específicas que buscam condicionar a propriedade, como, por exemplo, o § 4º do artigo 182, quando diz:

É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado,

que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I – parcelamento ou edificação compulsórios; II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública e emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até 10 (dez) anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Em outros artigos também está presente o princípio da função social da propriedade mesmo que não fazendo referência expressa a tal princípio, como, por exemplo, a desapropriação por interesse social (artigo 5º, XXIV) e a intervenção estatal no domínio econômico por relevante interesse coletivo (artigo 173, caput). Evidentemente que tanto o instituto da desapropriação quanto da intervenção estatal não se confundem com o princípio da função social, mas são instrumentos eficazes para torná-la efetiva (MORAES, 1999: 42).

Portanto, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro garante o direito à propriedade, deste que seja respeitado também o princípio da função social da propriedade. De outro modo, constata-se que a função social da propriedade é um elemento interno, intrínseco à própria propriedade, isto é, corresponde a um elemento qualificador e integra o direito de propriedade, predeterminando o uso, o gozo e a disposição, em conformidade com o bem geral da coletividade. Em suma, pode-se dizer que a propriedade constitucionalmente protegida não é a propriedade individualista e absoluta, mas a propriedade que cumpre sua imanente função social.

Esta, sim, está, agasalhada pelo manto das normas constitucionais brasileiras.

3 AS RESTRIÇÕES ADMINISTRATIVAS À PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA PRIVADA NO BRASIL.

Ao pesquisar em obras de autores como Maria Sylvia Zanella di Pietro, Celso Antônio Bandeira Mello, Hely Lopes Meirelles, dentre outros, que aprofundaram no estudo do tema em questão, pode-se indicar, na

atualidade do direito brasileiro, as seguintes modalidades de restrição do Estado sobre a propriedade privada, cada uma delas afetando a sua maneira o direito de propriedade: as limitações administrativas, o tombamento, a ocupação temporária, a servidão administrativa, a requisição, a desapropriação e o parcelamento e edificação compulsórios (DI PIETRO, 2003:119).

Entretanto, nesse trabalho científico, ocupar-se-á apenas com as modalidades de restrição à propriedade privada que se referem diretamente ao meio ambiente, isto é, discorrer-se-á sobre as que de fato buscam proteger diretamente o meio ambiente.

Antes de adentrar nas modalidades específicas de restrição à propriedade que se referem diretamente à proteção ao meio ambiente, faz-se necessário compreender os caracteres clássicos do direito de propriedade, pois as restrições são classificadas em função deles. Segundo Silva (2000:282), as limitações ao direito de propriedade dizem respeito a restrições que afetam os elementos tradicionais desse direito, isto é, que condicionam os caracteres da noção jurídica clássica do direito de propriedade quais sejam: o caráter absoluto, exclusivo e perpétuo da propriedade.

Na visão jurídica clássica do direito de propriedade, esse direito seria absoluto na medida em que o proprietário poderia dispor da coisa a seu bel-prazer; exclusivo, porque somente a ele é garantido o direito ao uso e gozo; e perpétuo porque não desaparece com a morte do proprietário, transmitindo aos seus sucessores, possuindo, assim, duração ilimitada. Dessa forma, conclui-se que as limitações administrativas visam condicionar o direito à propriedade, minimizando seu caráter absoluto, exclusivo e perpétuo em benefício de interesses públicos e coletivos. Sendo assim, ver-se-á mais adiante que as restrições administrativas, por exemplo, limitam o caráter absoluto da propriedade; as servidões buscam limitar o direito exclusivo, e a desapropriação, o seu caráter perpétuo (SILVA, 2000:282).

3.1 Da Limitação Administrativa

As limitações administrativas condicionam a propriedade privada na medida em que impõem obrigações de caráter geral e abstrato a

proprietários indeterminados, em benefício do interesse geral, restringindo, desse modo, o caráter absoluto da propriedade, de forma que o proprietário não terá mais o direito de usar, gozar e dispor da coisa, caso, o exercício desses direitos venham atingir interesses públicos e coletivos (DI PIETRO, 2003:119).

Segundo Meirelles (1997:544) as limitações administrativas representam modalidades de expressão da supremacia geral que o Estado exerce sobre pessoas e coisas existentes no seu território, decorrendo do condicionamento da propriedade privada e das atividades individuais ao bem-estar da comunidade.

As limitações administrativas não se confundem com as servidões civis de direito privado, pois enquanto a servidão de natureza civil é um direito real que um prédio particular tem sobre outro da mesma natureza, cuja finalidade é uma serventia *uti singuli*, isto é, um ônus real de uso, imposto especificamente pela administração pública a imóveis particulares determinados, a fim de viabilizar a realização de obras e serviços, a limitação administrativa é uma restrição pessoal, geral e gratuita, imposta genericamente pelo Poder público ao particular, em benefício do interesse coletivo (MEIRELLES, 1997:537-538).

Portanto, conclui-se que por limitação administrativa se entende toda obrigação positiva ou negativa, isto é, um fazer ou não fazer, decorrente de normas gerais e abstratas, que se dirige a propriedades indeterminadas visando atender a interesses públicos como, por exemplo, a segurança, a insalubridade a defesa nacional ao meio ambiente ou quaisquer fins que o interesse público se sobreponha ao particular (DI PIETRO, 2003:126).

3.2 Da Servidão Administrativa

Segundo Di Pietro (2003:145), servidão administrativa é o direito real de gozo, de natureza pública, instituído sobre imóvel de propriedade alheia, com base legal, por entidade pública ou por seus delegados, em favor de um serviço público ou de um bem afetado a fim de utilidade pública.

Mello (2004:798-799) assevera que a servidão administrativa é um direito real que sujeita um bem a suportar uma utilidade pública, por força da qual ficam afetados parcialmente os poderes do proprietário quanto ao seu uso ou gozo. Segundo o citado autor são exemplos de servidão

administrativa a passagem de fios elétricos sobre imóveis particulares; a passagem de aquedutos e o trânsito sobre bens privados. Importante destacar que o mesmo autor classifica o tombamento como uma das principais figuras de servidão, diferentemente de outros autores, como, por exemplo, Di Pietro (2003:141-142).

Tendo em vista a proteção ao meio ambiente, pode-se citar como espécies de servidão administrativa que decorrem diretamente da lei as seguintes: Servidão sobre Terrenos Marginais; Servidão a favor das Fontes de Água Mineral, Termal ou Gasosa e dos recursos Hídricos e Servidão de Aquedutos.

A partir Lei nº 1.507, de 26-9-1867, artigo 39 e do Decreto nº 4.105, de 22-2-1868, compreende-se por terreno marginal uma faixa de sete braças caveiras (15,4 metros) paralela aos rios navegáveis, contada a partir do ponto médio das enchentes ordinárias. Pelo Decreto nº 24.643, de 10-7-1934 (Código de águas), a servidão destina-se ao aproveitamento industrial das águas, da energia hidráulica e à utilização da navegação do rio, conforme artigo 31, parágrafo único do Código das Águas. Quando o rio não for navegável nem fluviável, a servidão incide sobre uma faixa de 10 metros em benefício dos agentes da administração pública em execução de serviço (artigo 12 do Código de Águas).

O Decreto-lei nº 7.841, de 8-8-1945 (Código de Águas Minerais) estabelece em seu artigo 12, que “às fontes de água mineral, termal ou gasosa, em exploração regular, poderá ser assinalado, por decreto, um perímetro de proteção, sujeito a modificações posteriores se novas circunstâncias o exigirem”. Foi com base nessa lei que, por exemplo, criou-se o Decreto Federal nº 75.700, de 7-5-1975, fixando uma área de 17,4720 ha para proteção das fontes de água mineral localizadas em São Lourenço, Minas Gerais (DI PIETRO, 2003:149).

O Código de Águas, nos artigos 117 a 138, prevê expressamente a constituição de aquedutos para aproveitamento das águas, no interesse público, por meio de concessão por utilidade pública. Segundo o artigo 12 da referida lei a servidão se dará por decreto governamental e será de direito público, ou seja, o seu titular é uma empresa concessionária de direito público, a finalidade é pública, os beneficiados são o público em

geral e depende de decreto governamental. Somente caberá indenização caso a servidão implique em diminuição do rendimento da propriedade ou redução de sua área (artigo 120, § 4º do Código de Águas). Mister ressaltar ainda, que existe também a servidão de aquedutos na seara do direito civil, estabelecida do artigo 1.293 do Código Civil, dentre as normas de direito de vizinhança (DI PIETRO, 2003:150).

3.3 Do Tombamento

O tombamento consiste em uma forma de intervenção do Estado na propriedade privada a fim de proteger todo patrimônio histórico e artístico nacional. Não são quaisquer bens que estão sujeitos ao instituto jurídico do tombamento, mas apenas os bens móveis e imóveis que representam grande valor de interesse público instituídos em legislação ordinária. O Decreto-lei nº 25, de 30-11-1937, em seu artigo 1º, que legisla sobre a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, estatui que é passível de proteção especial o conjunto de bens móveis e imóveis existentes no país cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnológico ou artístico (DI PIETRO, 2003:133).

A Constituição da República de 1988 estabelece em seu artigo 23, inciso III a competência comum entre a União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, para a proteção dos documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, dos monumentos, das paisagens naturais notáveis e dos sítios arqueológicos. No artigo 24, inciso VII, a CR/88 determina competência concorrente entre a União, Estados-membros e Distrito federal para legislar sobre a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico. Pelos parágrafos 1º e 2º do artigo 24 da CR/88 se infere que a competência da União limita-se a estabelecer normas gerais, enquanto aos Estados-membros caberão a competência suplementar. Aos municípios foi atribuída a competência para promover a proteção de patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação federal e estadual (artigo 30, inciso IX da CR/88).

Quanto aos efeitos do Tombamento, esses são amplos e serão produzidos sobre a alienação, ao deslocamento, às transformações, aos imóveis vizinhos, a fiscalização e a conservação (DI PIETRO, 2003:138). Dos efeitos do tombamento decorrem obrigações positivas para o

proprietário do imóvel que deverá fazer obras necessárias para a conservação e preservação do imóvel. Caso não tenha recursos suficientes deverá comunicar ao órgão competente, sob pena de incorrer em multa correspondente ao dobro do valor do dano sofrido pelo bem. Em caso de poder o bem ser alienado deverá ser dada preferência à União, Estados e Municípios, nessa ordem, sob pena de nulidade do ato, seqüestro do bem e multa de 20% (vinte por cento) do valor do bem que será atribuída ao adquirente e ao alienante. Caso o tombamento seja público, o bem se torna inalienável, ressalvada a possibilidade de transferência para a União, Estados e Municípios (DI PIETRO, 2003:138). O proprietário não poderá destruir, demolir ou mutilar as coisas tombadas, nem tampouco repará-las como pintar ou restaurar sem prévia autorização do IPAHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), sob pena de multa no Valor de 50% (cinquenta por cento) do dano causado. Terá ainda o proprietário de suportar os atos de fiscalização do poder público através do órgão competente, sem opor obstáculos indevidos à vigilância, sob pena de multa (DI PIETRO, 2003:138).

Também os proprietários dos imóveis vizinhos sofrem restrições, pois eles não poderão fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade do imóvel tombado, nem como afixar cartazes ou anúncios, sob pena de ter que retirá-los e pagar multa no valor de 50% (cinquenta por cento) do valor do objeto. Essas restrições impostas aos proprietários dos imóveis vizinhos, caracterizam-se como servidão administrativa, resultante do ato do tombamento, em que dominante é a coisa tombada, e serviente, os prédios vizinhos (DI PIETRO, 2003:139).

Cumpramos ressaltar, que não é pacífico o entendimento sobre a natureza jurídica do tombamento. Para Mello (2004:799), o tombamento corresponde a uma das mais importantes figuras de servidão administrativa, na medida em que sempre em que seja necessário um ato específico da administração impondo um gravame ao proprietário, criando uma situação nova, atingindo-se o próprio direito de propriedade, é hipótese de servidão. Já Di Pietro (2003:142) considera o tombamento uma categoria própria que não se enquadra nem como servidão administrativa nem como limitação. Para a referida autora no tombamento não há coisa dominante uma vez que a restrição imposta tem como objetivo satisfazer a

interesse público genérico e abstrato, qual seja, o patrimônio histórico e artístico nacional. Também não se enquadra como limitação por que diferentemente dessa individualiza o bem a ser tombado.

Portanto, conclui-se que o tombamento constitui um dos importantes institutos jurídicos de que dispõe a administração pública para fazer cumprir o mandamento constitucional de proteção ao meio ambiente, sobretudo quanto a proteção às paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, como instituído no artigo 23, inciso III da Constituição da República do Brasil.

3.4 Da Desapropriação

Segundo Mello (2004:759) a desapropriação se define como sendo um procedimento através do qual o poder público, baseado em necessidade pública, utilidade pública (Decreto-lei 3.365/1941) e interesse social (lei 4.132/1962), despoja o proprietário do poder de seu bem, compulsoriamente, normalmente adquirindo-o para si, de forma originária, mediante prévia indenização paga em dinheiro, excetuando alguns imóveis urbanos ou rurais que estejam em desacordo com a sua função social, casos em que a indenização se dará por meio de títulos da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservando-se seu valor real. Importante destacar que o artigo 5º do decreto-lei 3.365/1941 absorveu os termos necessidade e utilidade pública sob a designação de utilidade pública (MELLO, 2004:766). Desse modo, são hipóteses de desapropriação por utilidade pública, entre outras: a segurança nacional, a salubridade pública, a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde e a exploração ou conservação de serviços públicos. Como exemplos de desapropriação por interesse social tem-se, entre outros, conforme artigo 2º da Lei 4.132: o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve servir ou possa suprir por seu destino econômico, a proteção do solo e a proteção de cursos e mananciais de água e de reservas florestais (MELLO, 2004:766-767).

Desse modo, conclui-se que existem duas modalidades de desapropriação no ordenamento jurídico brasileiro: Uma delas está prevista na própria CR/88 em seu artigo 5º, inciso XXIV, prevendo uma indenização

prévia, justa e em dinheiro. A outra modalidade de desapropriação é a que se efetua por meio de indenização em título da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas (MELLO, 2003:759).

A Segunda modalidade de desapropriação, qual seja, a realizada através da indenização por títulos da dívida pública acontece em dois momentos distintos. Primeiramente em decorrência da política urbana conforme o artigo 182, § 4º, inciso III da CR/88. Nesse caso a competência é exclusiva dos Municípios sobre imóveis situados em sua área. Entretanto, somente será possível tal desapropriação caso o imóvel esteja incluso do plano diretor de desenvolvimento urbano do Município, devidamente instituído em lei conforme os ditame da lei federal 10.257, de 10-72001, popularmente conhecida como “**Estatuto da Cidade**”, e seu proprietário não promova o devido aproveitamento do imóvel. Mesmo assim, o procedimento desapropriatório somente se dará após o poder público municipal ter adotado as seguintes medidas de forma sucessiva: (I) imposição de parcelamento do solo ou edificação compulsória e (II) tributação do imposto territorial ou predial progressivo no tempo, conforme artigo 182, § 4º, incisos I, II e III (MELLO, 2004:759).

A outra modalidade de desapropriação por meio dos títulos públicos se dará nos termos do artigo 184 da CR/88, atendidas as disposições dos artigos 185 e 186 da Carta Magna. Importante notar que essa hipótese de desapropriação, para fins de reforma agrária (MELLO, 2004:767) compete exclusivamente à União e só incidirá sobre imóveis que não estejam cumprindo sua função social. Importante ressaltar que o artigo 186 da CR/88 traz os critérios que os imóveis devem respeitar para cumprir sua função social, quais sejam: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (MELLO, 2004:760).

Há ainda mais uma forma de se despojar o proprietário de seu imóvel, caso esse seja utilizado para o cultivo de plantas psicotrópicas legalmente proibidas regulamentada pela lei nº 8.257, de 26-11-1991, mas sua natureza jurídica não é pacífica na doutrina. Di Pietro (2003:153), apesar de asseverar que essa modalidade de desapropriação se equipara

ao confisco conforme artigo 243 da CR/88 (DI PIETRO, 2003:156), entende que corresponde a mais uma hipótese de desapropriação, enquanto para Mello (2004:766) caracteriza-se mais por um forma de confisco de bens utilizados para a prática de crime.

Existe também a possibilidade da imissão provisória na posse regulamentada no artigo 15 do decreto-lei 3.365/1941, que permite a transferência da posse do bem objeto da desapropriação para o expropriante, no início da lide, concedida pelo juiz, caso o poder público demonstre urgência e deposite em juízo, em favor do proprietário o valor fixado segundo critério previsto em lei (MELLO, 2004:774). Além disso é necessário a presença dos seguintes requisitos: I – que a imissão seja requerida no prazo de 120 dias a contar da alegação de urgência, não requerida nesse prazo, o direito caduca; II – que se trate de desapropriação por utilidade pública; III – que tenha por objeto prédio urbano residencial; IV – que o prédio seja habitado pelo proprietário ou compromissário comprador, cuja promessa de compra esteja inscrita no Registro de Imóveis (DI PIETRO, 2003:173).

Cumprido destacar que somente a União é competente para legislar sobre desapropriação, segundo o artigo 22, inciso II da CR/88. Entretanto, para submeterem um bem à expropriação, declarando a utilidade pública ou interesse social a União, Estados-membros, Distrito Federal, Municípios e territórios são competentes. E para promover efetivamente a desapropriação são competentes a União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal, Territórios, as autarquias, os estabelecimentos de caráter público em geral ou que exerçam funções delegadas do poder público e os concessionários de serviço, quando autorizados por lei ou contrato (MELLO, 2004:768).

4 PRINCÍPIO DO ACESSO EQÜITATIVO AOS BENS AMBIENTAIS

Princípios são proposições básicas, fundamentais que condicionam toda a estruturação de uma ciência. Segundo Milaré (2004:136) a palavra princípio deriva do latim (*primum capere*) e significa aquilo que se toma primeiro, designando o início, começo e ponto de partida. Portanto, toda ciência autônoma possui seus princípios norteadores que constituem balizas que indicam as diretrizes básicas de suas proposições.

O Direito Ambiental também possui seus princípios fundamentais, e, presentemente observa-se um grande esforço da comunidade internacional para a criação de princípios gerais de direito ambiental, na expectativa de serem efetivados e implementados pelos Estados em sus legislações internas (MILARÉ, 2004:6). Percutando a literatura referente aos princípios de direito ambiental pode-se enumerar, dentre outros, os seguintes princípios que visam a proteção dos bens ambientais: princípio do acesso equitativo aos bens ambientais; da soberania permanente sobre os recursos naturais; do direito ao desenvolvimento; do patrimônio comum da humanidade; da responsabilidade comum mas diferenciada; da precaução; do poluidor-pagador; do dever de não causar dano ambiental; da responsabilidade estatal; da equidade intergerencial; da prevenção; da responsabilidade ecológica; da informação; da participação (WOLD et al, 2003:8-31); princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana; da natureza pública da proteção ambiental; do controle do poluidor pelo Poder Público; da consideração da variável ambiental no processo decisório de políticas de desenvolvimento; da participação comunitária; da função socioambiental da propriedade; do direito ao desenvolvimento sustentável e da cooperação entre os povos (MILARÉ, 2004:136-153).

Em consonância com o objetivo desse trabalho, qual seja, compreender as restrições ambientais à propriedade privada imobiliária no Brasil, ater-se-á ao princípio do acesso equitativo aos bens ambientais, por entendê-lo como essencial para compreender a propriedade privada como sendo um direito fundamental, limitado e condicionado ao bem-estar social.

Como vem sendo demonstrado em todo esse trabalho científico, a propriedade não é mais vista dentro da concepção individualista do Código Civil de 1916. Na sociedade hodierna, cada vez mais se consolida o entendimento de que a propriedade deve atender a uma função sócioambiental, não se prendendo aos interesses puramente privados de seus proprietários (MILARÉ, 2004:146).

Os bens ambientais devem satisfazer as necessidades comuns de todos os seres humanos, portanto, bens como a água, o ar e o solo compreendem bens de uso comum do povo, no sentido de que todos devem ter acesso equitativo a esses bens (MACHADO, 2000:41). Segundo

Machado (2000:43), existem, dentre outras, três formas de acesso aos bens ambientais: 1 – acesso visando ao consumo do bem, como a captação de água, a caça e a pesca; 2 – acesso causando poluição (acesso à água ou ao ar para lançamento de poluentes; acesso ao ar para a emissão de sons); 3 – acesso para a contemplação da paisagem. Uma hierarquia no acesso aos bens determinará a proximidade dos usuários em relação aos mesmos, podendo-se afirmar que a prioridade no uso dos bens deve percorrer uma escala que vai do local ao planetário, perpassando pela região, pelo país e pela comunidade de países. Mas o uso prioritário não significa exclusividade, pois os prováveis usuários só poderão usar dos bens ambientais na proporção de suas necessidades atuais e não futuras e após a constatação de que possuem tecnologia eficiente que garanta o uso imediato dos bens ambientais.

A equidade no acesso aos recursos ambientais, além de possibilitar o uso adequado dos mesmos, dentro das necessidades atuais dos usuários, poderá também contribuir para que as gerações futuras possam ter acesso a bens ambientais de qualidade, como por exemplo, preceitua a Convenção para a Proteção e Utilização dos Cursos de Água Transfronteiriços e dos Lagos Internacionais, de Helsinque, de 1992, em suas disposições gerais, artigos 2º, 5, c, ao asseverar que “ os recursos hídricos são gerados de modo a responder às necessidades da geração atual sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer suas próprias necessidades” (Machado, 2000:44). Pode-se observar o princípio do acesso equitativo aos bens ambientais na legislação brasileira na lei 9433/97, que em seu artigo 11 estatui que “o regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água” (MACHADO, 2000:44).

Ademais, como que corolário do princípio do acesso equitativo aos bens ambientais está a própria constituição brasileira ao estabelecer, em seu artigo 225, caput, que :

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder

Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

5 DAS RESTRIÇÕES AMBIENTAIS À PROPRIEDADE

O Direito Ambiental, por sua própria natureza jurídica, como protetor de direito difuso, está em constante relação com diversos ramos da ciência jurídica, sobretudo, com o direito constitucional, administrativo, civil e penal. Para fazer cumprir suas determinações acerca da relação dos indivíduos com os recursos ambientais, o direito ambiental se serve de diversos institutos jurídicos das mais variadas áreas do direito, como as já citadas acima. Entretanto, apesar da utilização de instrumentos jurídicos de outras áreas, sobretudo, administrativos, o viés e os princípios que norteiam e ditam as diretrizes básicas para a aplicação desses instrumentos, tendo em vista a proteção ambiental, são peculiares e diferem essencialmente da natureza jurídica e axiológica da forma como são percebidos nas outras áreas do direito.

Tendo em vista o objetivo dessa trabalho que é compreender as restrições ambientais à propriedade imobiliária privada no Brasil, procurou-se discutir as principais formas de restrições da propriedade imobiliária privada, como as limitações administrativas, as servidões administrativas, o tombamento e a desapropriação, sem evidentemente desconsiderar várias outras formas que limitam o direito do proprietário, como, por exemplo, licenciamentos e sanções de natureza penal.

Contudo, é imprescindível demonstrar que a base principiológica, ou seja, a visão que norteia toda a aplicação desses instrumentos jurídicos tendo em vista a proteção ao meio ambiente, tem como conteúdo teleológico a função sócioambiental da propriedade, haja vista que a função social da propriedade abrange a noção de função ambiental da propriedade. Importante destacar que a função social da propriedade, da qual a função ambiental é espécie, não consiste em uma restrição ou limite ao exercício de direito de propriedade, ou seja, não basta o proprietário deixar de fazer algo que prejudique o meio ambiente, mas é necessário que o mesmo tenha comportamentos positivos, no exercício de seu direito, para que a propriedade atenda às exigências de preservação ao meio ambiente (MILARÉ, 2004:147).

Portanto, conclui-se que a função sócioambiental é um elemento interno da propriedade, isto é, a situação jurídica do proprietário existe na medida e no propósito de que, por seu intermédio, possa-se alcançar, além da realização de sua função pessoal, a realização do potencial axiológico que a sociedade reconhece no seu objeto. É com essa visão que o ordenamento jurídico acopla a noção de função pessoal, o plano da função social, determinando que não basta ao proprietário, ao realizar seu direito, buscar a satisfação de seus interesses pessoais, mas através desses deverá promover a realização dos valores sócioambientais hábeis a serem alcançados em razão do potencial axiológico da propriedade.

Em conformidade a essa nova visão jurídica da propriedade, a Constituição da República de 1988 institui a função social quando: 1) no artigo 5º, XXIII, diz que a propriedade atenderá a sua função social; 2) ao dar à função social da propriedade o status de pilar da ordem econômica, em seu artigo 170, III; 3) no artigo 182, §2º da CR/88, estabelece a política de desenvolvimento urbano e, 4) no artigo 186 estabelece critérios para o atendimento da função social pela propriedade rural (Milaré, 2004:147). Também o novo código civil brasileiro, lei nº 10.406 de 2002, estatui em seu artigo 1228, § 1º que :

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Portanto, na visão do direito ambiental as limitações à propriedade são elementos inerentes à própria propriedade, isto é, não basta ao proprietário atentar para os limites negativos de seu direito, não basta que se abstenha de realizar toda e qualquer conduta que contrarie as impropriamente denominadas restrições à propriedade. Mais do que isso, é imprescindível que realize todo um conjunto de atividades destinadas a permitir que os valores sociais potencialmente presentes na propriedade sejam realizados.

6 CONCLUSÃO

A partir desse trabalho científico sobre os limites ambientais à propriedade imobiliária privada no Brasil, conclui-se que não prevalecem mais na ordem jurídica brasileira atual os elementos clássicos que atribuíam à propriedade caráter absoluto, ilimitado e perpétuo. Essa concepção tornou-se inoperante e obsoleta face aos anseios da sociedade hodierna, que busca compatibilizar direitos coletivos e difusos com os direitos privados. Dessa forma, percebe-se que o ordenamento jurídico estabelece o princípio da função socioambiental como sendo um direito fundamental dentro da órbita jurídica, afetando sobremaneira os direitos do proprietário.

A admissão do princípio da função socioambiental da propriedade tem como consequência fazer com que a propriedade seja efetivamente exercida para beneficiar a coletividade e o próprio meio ambiente. É imperioso que se destaque que tal função não constitui um limite ao exercício do direito da propriedade, como se infere de sua concepção clássica que determina que o proprietário pode fazer tudo o que não prejudique a coletividade, ao meio ambiente, e não transgrida o ordenamento jurídico.

Diversamente, ela impõe ao proprietário comportamentos positivos, no exercício de seu direito real, para que a sua propriedade se adeque concretamente à preservação do meio ambiente. Portanto, conclui-se que o direito de propriedade e seu uso ficaram constitucionalmente condicionado à sua função socioambiental, não se confundindo com meros limites, pois é inerente a estrutura jurídica da propriedade, ou seja, ela se manifesta na própria configuração do direito de propriedade, constituindo-se como elemento qualificador e essencial na predeterminação dos modos de usar, gozar e dispor da propriedade. É com essa concepção que o intérprete deve compreender as normas constitucionais e infraconstitucionais que fundamentam o regime jurídico da propriedade.

Faz-se necessário estudos cada vez mais consistentes que reafirmem a função socioambiental da propriedade como forma de eliminar os resquícios da concepção individualista de direito, pois essa nova visão jusambientalista ainda está em formação não havendo clareza de quais sejam de fato e de direito as características da propriedade que sejam

incompatíveis com tal princípio, muitas vezes pelo predomínio de uma cultura eminentemente civilista clássica individualista.

Urge que as concepções predominantemente individualistas desapareçam por completo, face a urgência da proteção ao meio ambiente para que se garanta sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações, conforme preceito constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARDOSO, Sônia Letícia de Mélo. **Função Social da Propriedade**. Revista Cesumar. Paraná, v.4, n.1, p. 63-82, mar.2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. direito das coisas . 20. ed. rev. e atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, 10-1-2002) e o Projeto de lei n. 6.960/2002. São Paulo : Saraiva, 2004. V.4.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo : Atlas, 2003.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. 12 ed. trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil , 1991.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das norma ambientais**./ Vladimir Passos de Freitas. 2 ed. rev. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FUHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Manual de direito público e privado**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos tribunais. p.243, 2002.

GUEDES, Jefferson Carús. **Função Social da Propriedade: da funcionalidade ao conceito atual de função social**, artigo publicado in “Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil, RT. p. 243-360, 2003.

MACHADO, PAULO Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 8 ed. Editora Malheiros. p.41-44, 2000.

MASCARENHAS, Luciene Martins de Araújo. **A função sócio-ambiental da**

propriedade. **Jus Navigandi**, teresina, a. 10, n. 876, 26 nov.2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7567>. Acesso em 20.ago.2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22 ed. São Paulo : Editora Malheiros. p. 512-552, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. rev. e atual. Editora Malheiros. p.758-798. São Paulo, 2004.

MILARÉ, Édis. **Direito Ambiental: doutrina, jurisprudência, glossário**. 3 ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora revista dos tribunais. P. 130-156, 2004.

MORAES, José Diniz de. **A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Frase Ltda. P. 81-111, 1999.

SAMPAIO, José Adércio Leite et al. **Princípios de Direito Ambiental**. p. 5-86. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. Ed Malheiros Ltda. São Paulo: Brasil, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18 ed. São Paulo: Editora Malheiros. p. 282-284, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. 5 ed. São Paulo : Atlas, 2005. (Coleção Direito Civil; v.5).

OS MOVIMENTOS SOCIAIS RACIAIS

LESIMÔNIA SOARES COSTA: Bacharelanda na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Paripiranga - AGES.

RESUMO: O presente artigo tem como azo mostrar que o racismo é um problema etimológico da história da humanidade porque a raça humana é composta, biologicamente por traços contrastados de cor e morfológicos. Tal fato, é grave, principalmente, nos países subdesenvolvidos além do USA. Entretanto, mostra que, este traz consequências trágicas para a sociedade porque a prática exclui pessoas apesar da previsão legal do artigo 3º, IV da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: racismo, cotas, sociedade, políticas, desigualdade social.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o racismo é identificado e reconhecido pela população brasileira, por isso, os movimentos sociais são altamente dinâmicos, apesar da estruturação de duração incerta. Portanto, os movimentos sociais são organizações de alguma forma estruturadas com vista à defesa e promoção de certos objetivos e agindo, por vezes, como grupos de pressão junto dos órgãos de poder. Pela massa humana que mobilizam e pela força reivindicativa de que dispõem, constituem-se como importantes elementos a ter em conta nas sociedades atuais, desempenhando um papel relevante no processo de mudança social e no dia-a-dia de uma sociedade. Nesse ínterim, se faz mister, os movimentos sociais para frear esse problema que é da exclusão negra, pois, não surge do nada, antes resultam de condições sociais facilitadoras para as quais muito contribui o descontentamento dos cidadãos, relativamente à ordem social ou alguns aspectos da ordem.

Outrossim, o Movimento Negro teve várias fases passando por muitos períodos históricos, por muitas vezes sendo calados, mas ressurgindo mais forte e unido na luta contra o racismo, preconceito e desigualdade racial. Por outro lado, quanto à inserção do negro no mercado de trabalho

nos dias atuais, enfrenta-se os desafios, pois, o ambiente de trabalho é um lugar onde se firmam preconceitos.

Na educação, a partir de posturas preconceituosas presentes nos livros didáticos, se consolidou a Lei 9.394/96 sendo alterada em 2003 pela Lei 10.639/03, que instituiu as Diretrizes Curriculares para o ensino da História e Cultura Afro-Brasileira Africana. Neste diapasão, as políticas de ações afirmativas, como as demais encontradas na documentação analisada, tomam como base para sua implementação a extrema desigualdade racial brasileira no acesso ao ensino superior. Os argumentos favoráveis concentram-se nesse sentido, afirmando a necessidade de um enfrentamento direto da sociedade brasileira a esse respeito, o que implica o reconhecimento de que o Brasil é um país racialmente desigual e que tal situação é fruto de discriminação e preconceito, e não de uma situação de classe social. A principal oposição refere-se à incapacidade dessas ações de atuar na estrutura de oportunidades, pois mesmo em momentos de expansão do ensino as distâncias inter-raciais foram mantidas, ou seja, há nichos impermeáveis às práticas universalistas e que precisam ser amparados com políticas compensatórias.

2. RACISMO NO BRASIL

O estudo de caso vem aguçar as trajetórias dos movimentos sociais negros brasileiros marcadas pelo processo histórico de resistências e lutas em defesa do direito das diferenças étnicas e implementação de políticas públicas, voltadas à garantia dos princípios de reparação, reconhecimento e valorização do povo negro. Portanto, neste início de século, parece não haver dúvidas sobre a consolidação do movimento negro no cenário das lutas sociais do Brasil. Nesse diapasão, quando falamos em discriminação étnico-racial, certamente estamos falando de práticas discriminatórias, preconceituosas, que envolvem um universo de relações raciais pessoais entre estudantes, professores, mas também, o racismo repassado. Não nos esqueçamos, ainda, do racismo institucional, refletido nas políticas educacionais que afetam negativamente o negro.

Portanto, no que tange às questões raciais, sempre que existir a possibilidade das pessoas se transformarem, sensibilizarem, mudarem suas práticas, transpor obstáculos em prol de mudanças positivas e significativas no cenário educacional e na sociedade, já é uma vitória, que não se encerra em si, mas, é um caminho a trilhar, fundamental para a conquista histórica do reconhecimento da atuação democrática dos educadores, educandos e outros sujeitos sociais na luta contra a discriminação racial. Todavia, como os casos de racismo são alarmantes, não podemos esquecer que, este tem previsão no artigo 3º, IV da Constituição Federal, pois, as práticas discriminatórias estão naturalizadas na forma como as organizações se estruturam e definem seus procedimentos internos. Por isso, uma Constituição, para reger, necessita de aprovação legislativa, isto é, tem que ser também lei. Todavia, não é uma lei como as outras, uma simples lei: é mais do que isso (LASSALE, 2008).

O Brasil, diferentemente de outros países, como Estados Unidos e África do Sul, nunca estabeleceu um regime jurídico de segregação da população negra, o que segundo diversos analistas, coloca o país como exemplo de integração racial. Ao mesmo tempo, a miscigenação nessas terras tropicais ocorreu com maior frequência do que em outros lugares, servindo de insumo para a criação de uma mítica teoria social que posteriormente se transformou em ideologia que é da democracia racial. Portanto, o mito da democracia racial, ainda presente no imaginário da população brasileira, foi um avanço sociológico na época de sua criação, nos anos de 1930, quando se consolidava um “racismo científico” e características eugênicas.

Contudo, ao mesmo tempo em que incorpora a presença da contribuição negra na formação nacional, naturaliza os espaços subordinados que negros ocupam na sociedade e invisibiliza as relações de poder entre as populações negra e branca. O resultado é uma sociedade em que o racismo e as desigualdades sociais dele resultante não se revelam, não se debatem, parecem não existir. O problema, dizem, não é o racismo, é a pobreza; as desigualdades não são raciais, são sociais.

No atual contexto em que estão inseridas as políticas educacionais, pensar a diversidade étnico-racial significa somar avanços para o exercício da cidadania, numa sociedade pluriétnica, formada por afrodescendentes, brancos e índios. O Brasil é extremamente desigual, considerado um país de renda média ou médio desenvolvimento humano que possui desigualdades de renda elevadas que setores expressivos da população vivem em condições de pobreza enquanto uma minoria detém grande parte da riqueza nacional. Segundo dados oficiais, o Brasil é um dos 10 países mais desiguais do mundo, onde 20% dos mais ricos detêm 63,2% da renda nacional e os 20% mais pobres apenas 2,4%.

3. A MAIOR CAUSA DO RACISMO SÃO AS DESIGUALDADES SOCIAIS

O estudo de caso fala que, o combate ao racismo, chega ao século XXI numa demonstração de importância em relação ao conjunto dos movimentos sociais que, devido a isso, a discriminação é um dos principais problemas estruturais da nação brasileira com visibilidade social. O que, de certa forma, forçou mais uma vez o debate sobre a questão racial no Brasil e a situação subalterna dos negros. Entretanto, esse avanço não se deu de modo harmônico e consensual internamente. O racismo é a chave para se entender e superar a reprodução da pobreza e desigualdades sociais no Brasil. No entanto, o conceito de Estado Democrático de Direito, tal como conhecemos hoje, decorre dos acontecimentos principalmente do pós 30, embora devamos observar sua evolução histórica ('dividida' em Estado Liberal de Direito; Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito) para melhor compreensão do assunto nos 'moldes' de hoje. Nesse sentido, a construção do Estado de Direito, no entanto, pressupõe a inversão da relação entre poder e norma. Sendo o poder organizado pelo direito (constitucional, em regra), então detém poder aquele cuja conduta está legitimada por uma norma válida (COSTA, 2009).

No Brasil, quanto às desigualdades, os negros ganham, em média, metade dos rendimentos auferidos pelos brancos e a maior parte dessa diferença se explica pelos menores níveis educacionais do trabalhador negro; contudo, uma proporção não desprezível dessa distância se deve ao racismo e ao preconceito. Porém, países estrangeiros como U.S.A, há

racismo exacerbadamente, também. Segundo o IPEA: negros nascem com peso inferior a brancos, têm maior probabilidade de morrer antes de completar um ano de idade, têm menor probabilidade de frequentar uma creche e sofrem de taxas de repetência mais altas na escola, o que leva a abandonar os estudos com níveis educacionais inferiores aos dos brancos. Jovens negros morrem de forma violenta em maior número que jovens brancos e têm probabilidades menores de encontrar um emprego. Se encontrarem um emprego, recebem menos da metade do salário recebido pelos brancos, o que leva a que se aposentem mais tarde e com valores inferiores, quando o fazem. Ao longo de toda a vida, sofrem com o pior atendimento no sistema de saúde e terminam por viver menos e em maior pobreza que brancos.

Senão porque, separados dos brancos, os negros não eram respeitados e a discriminação não era algo raro porque com o tempo, o ser humano percebeu como tal atitude é completamente desnecessária e o racismo virou algo proibido por lei, tendo pena inafiançável. Qualquer procedimento que seja de recusa falta de oportunidade ou anulação de emprego por parte da empresa ou agência de emprego baseada na raça da pessoa. Mas ainda, atitudes que desmereçam a raça, tais quais: preferência nas ofertas de emprego ou recrutamento em anúncios e publicidade, baseada na tonalidade de pele da pessoa; impedimento de permissão ou acesso em exercício de atividades econômicas; brincadeiras ou comentários, tais como, xingamento ou fofoca, que contenham ofensas racistas, são terminantemente vedadas.

4. EVOLUÇÃO EPISTEMOLÓGICA DO RACISMO

O caso arrolado ainda trata da questão que envolve a relação classe/raça onde existem setores defensores da luta antirracista, desvinculada da questão de classe, já que, para estes, no Brasil, o elemento para a situação social de um indivíduo é muito mais racial do que classista. Santos (2007, p.90) assevera que, o problema está em compreender que a democracia é parte do problema e temos de reinventá-la se quisermos que seja parte da solução. O racismo está nos sistemas segregacionistas do sul dos Estados Unidos (sistema Jim e Crow) e África do Sul (apartheid) e todos os países da América do Sul encabeçados pelo

Brasil com racismo explícito e implícito por causa das desigualdades raciais e exclusão dos negros nos postos de comando e responsabilidade. As raízes do racismo se encontram na antiguidade clássica entre os gregos e romanos.

Senão porque, sociólogos e antropólogos pensam que o racismo foi construído na modernidade ocidental pelos filósofos iluministas e naturalistas. Todavia, a partir do século XVIII, esses filósofos iniciaram a obra de classificação científica da diversidade humana em raças distintas, decretadas por estes, inferiores e superiores com base nas diferenças somáticas. Portanto, o motivo se concentra na ideia de que a diversidade humana é composta de grupos, biologicamente contrastados como a cor da pele, traços morfológicos e marcadores. Esses grupos são hierarquizados com bases nessas diferenças em raças superiores e inferiores, numa pirâmide encabeçado pelo grupo branco, tendo os negros na base inferior e os chamados amarelos na parte intermediária. Essa classificação é usada para justificar e legitimar a dominação de um sobre os outros.

De acordo com Castells (2013) opuseram-se a ameaça da violência com uma positividade pacífica. Acreditaram em seu direito de acreditar. No entanto, a Constituição Brasileira de 1988 que considera as práticas racistas como crime inafiançável e sujeito a reclusão, é prova do reconhecimento da existência do racismo de fato no legislador brasileiro. Por isso, a polêmica sobre as políticas de ação afirmativa e cotas que hoje divide os intelectuais, políticos, ativistas e midiáticos é também prova da existência desse racismo de fato que, dentro de suas peculiaridades, causa grandes problemas para a construção da democracia brasileira. O racismo causou grandes problemas na história da humanidade, a partir do momento em que as teorias antirracistas se transformaram em ideologias dos Estados colonialistas para legitimar a dominação e a ocupação dos territórios africanos, em ideologias oficiais dos Estados nazistas e fascistas que originaram o genocídio de milhões de judeus e ciganos durante a 2ª guerra mundial.

5. CONCLUSÃO

As obras elencadas neste trabalho são recomendáveis porque despertam para o mundo obscuro da exclusão por conta do racismo, este carente dos movimentos, apoio e ativismo. Portanto, faz-se mister ressaltar, essa política dos movimentos para quebrar a barreira que impede a sociedade de ser pluralista e igualitária diante da previsão legal. Por outro lado, o governo é especialista em quebrar a perna do cidadão para depois oferecer muletas, argumentando que ninguém anda e que seria interessante resolver a questão da educação ao invés de solucionar tal problema do acesso desigual. Isso, sem dúvida, é uma medida imediatista, marqueteira e política, concomitantemente. Isso porque, para o governo é lucrativo, incentivar as pautas do movimento negro com lideranças em pessoas do Estado para influenciar nas políticas públicas e não quando há eleições ou angariação de fundos.

Por isso, estamos diante de um problema maior que das cotas onde a questão deve nortear o debate, desempenhando políticas de formação educacional inclusive. Em suma, devemos ativar as ações de grupos de movimentos negros que se utilizam da política das cotas para alcançar a influência do Estado e não para ser usado por este. Nesse sentido, o estudo de caso veio reforçar, a questão do racismo nos dias atuais acometida pela desigualdade que é a razão primeira para a questão. De outro lado, argumentam que, no Brasil, assim como, em país capitalista, a situação de classe também interfere nas questões raciais, preponderantemente. Neste sentido, a luta antirracismo deve ser vinculada, à luta de classes. Portanto, esses são os pontos relevantes desse trabalho de tão merecimento para a política e as pessoas darem importância, pois, vem desde a antiguidade e persiste.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 14724: *informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação*. 3. ed. Rio de Janeiro, 2011

CASTELLS, Manuel. *Redes de Indignação e Esperança: movimentos sociais na era da Internet*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013

COSTA, Alexandre Bernardino. *O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde*. [et al.](organizadores) – Brasília: CEAD/ UnB, 2009

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

SANTOS, Boaventura de Sousa, 1940. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*; tradução Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007

SANTOS, José Wilson dos. *Manual dos Trabalhos Acadêmicos: Artigos, Ensaios, Fichamentos, Relatórios, Resumos e Resenhas*. Aracaju: Sercore, 2007

**UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ – DEPARTAMENTO DE PÓS-
GRADUAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

**LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA:
EXONERAÇÃO DE CARGO COMISSIONADO E A TEORIA DOS
MOTIVOS DETERMINANTES**

HELOINE PEREIRA DOS SANTOS

Ponte Nova
2014

HELOINE PEREIRA DOS SANTOS

**LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA:
EXONERAÇÃO DE CARGO COMISSIONADO E A TEORIA DOS
MOTIVOS DETERMINANTES**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para aprovação no curso de pós-graduação em Direito Administrativo, da Universidade Estácio de Sá, sob orientação do professor

Ponte Nova
2014

DIREITO ADMINISTRATIVO

HELOINE PEREIRA DOS SANTOS

**LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA:
EXONERAÇÃO DE CARGO COMISSIONADO E A TEORIA DOS
MOTIVOS DETERMINANTES**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Universidade Estácio de Sá, como requisito para a obtenção do grau de Especialista em Direito Administrativo:

Aprovado em, ____ de _____ de 2015

Examinador

Professor.....

NOTA FINAL_____

RESUMO

O cargo comissionado possui natureza “ad nutum”, nos termos do artigo 37, inciso II da Constituição Federal, sendo de livre nomeação e exoneração, não necessitando o ato de motivação para a sua prática. Todavia, este permissivo legal, vem causando sérios danos a servidores que em muitos casos são exonerados por motivos falsos ou inexistentes, criados pelo administrador no intuito de beneficiar alguém. Uma afronta aos princípios da impessoalidade, do contraditório e do devido processo legal, uma vez que o administrado não poderia se defender. Com a teoria dos motivos determinantes, a doutrina e a jurisprudência, entendem que se ao ato foi dada motivação, ainda que esta não seja uma exigência legal, se falsa ou inexistente o ato será nulo. Sob este prisma, necessário se faz elucidar sobre a necessidade de motivação nos atos discricionários, bem como, explicar a teoria dos motivos determinantes e como ela vem sendo aplicada no nosso ordenamento jurídico. E ainda, expor e discutir os entendimentos jurisprudenciais aplicáveis, evidenciando os posicionamentos adotados pelo STF, STJ e pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. A metodologia utilizada baseia-se no método indutivo/dedutivo, uma vez que as análises foram feitas num campo geral e específico concomitantemente. Quanto ao material, trata-se de pesquisa teórica, em fontes secundárias, com base no direito positivo, doutrina e jurisprudência, utilizando-se método bibliográfico, através de livros, periódicos e artigos. Desta feita, mister a observância dos motivos determinantes para a prática do ato, buscando-se assim atender tanto ao interesse público, quanto aos interesses dos servidores vítimas de exonerações ilegais.

Palavras-chaves: Ato Discricionário.Cargo Comissionado.Teoria dos Motivos Determinantes.

ABSTRACT

The office has commissioned nature "ad nutum", in accordance with Article 37, paragraph II of the Federal Constitution, and free appointment and dismissal, not requiring the act of motivation for their practice. However, this legal permissive, is causing serious damage to servers in many cases are dismissed by false or no reasons, created by the administrator in order to benefit someone. An affront to the principles of impartiality, contradiction and due process, since the administered could not defend themselves. With the theory of compelling reasons, the doctrine and jurisprudence, understand that if the act was given motivation, even if it is not a legal requirement, if false or non-existent the act is null. In this light, it is necessary to elucidate the need for motivation in discretionary acts and explain the theory of motives for and how it is being applied in our legal system. Also, present and discuss the applicable case law understandings, showing the positions adopted by the Supreme Court, Supreme Court and the Court of Justice of Minas Gerais. The methodology is based on inductive / deductive method, since the analyzes were made in a general field and specific concomitantly. As for the material, it is theoretical research on secondary sources, based on positive law, doctrine and jurisprudence, using literature method, through books, journals and articles. This time, Mr. compliance with the relevant reasons to practice the act, seeking thus serve both the public interest, as the interests of victims of illegal dismissals servers.

Keywords: Discricionário.Cargo Act Comissionado.Teoria Determinants of reasons.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	07
2 DA INVESTIDURA NO SERVIÇO PÚBLICO.....	08
2.1 Do concurso público.....	08
2.2 Do processo seletivo simplificado.....	09
2.3 Dos cargos comissionados.....	10
3 DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	11
3.1 Classificação dos Atos Administrativos.....	11
3.2 Elementos do Ato Administrativo.....	13
3.3 Motivo e Motivação.....	14
3.4 Atos Vinculados x Atos Discricionários.....	15
4 DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES.....	15
5 DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL.....	17
6 CONCLUSÃO.....	18
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	18

INTRODUÇÃO

Há muito vem se discutindo, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sobre a questão da motivação nos atos administrativos discricionários, especialmente naqueles em que a motivação é dispensada.

Alguns autores defendem a ideia de que o motivo seria requisito de validade, mas não a motivação, que seria a explicação do motivo. Outros defendem a tese de que ambos são a mesma coisa, e que a motivação seria requisito indispensável do ato.

Partindo desse ponto, com surgimento na França, passou a vigorar em nosso ordenamento jurídico a Teoria dos Motivos Determinantes.

Essa teoria tem como fundamento a ideia de que mesmo que a lei tenha dispensado a motivação do ato, se esta é declarada, fica o ato vinculado à motivação que lhe foi dada. Ao passo que, se os motivos que ensejaram a prática do ato forem falsos ou inexistentes, será o ato considerado nulo ou passível de anulação.

Um exemplo clássico da aplicação dessa teoria é o caso da exoneração de servidor comissionado “ad nutum”, ou seja, sem a necessidade de explicação dos motivos que ensejaram o ato, tratando-se de cargo de livre nomeação e exoneração.

A norma constitucional prescreve que “a investidura no serviço público somente se dará através de concurso público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração” (artigo 37, inciso II da Constituição Federal).

Diante deste permissivo, ocorrem inúmeras ilegalidades contra servidores, em desacordo com os princípios constitucionais da impessoalidade, contraditório e ampla defesa, onde valem-se os administradores de falsos motivos ou mesmo de motivos inexistentes na busca por interesses pessoais, perseguições e favorecimentos.

Sendo assim, necessário se faz elucidar sobre a necessidade de motivação nos atos discricionários, ainda que dispensados pela lei, bem como esclarecer sobre a teoria dos motivos determinantes e como ela vem sendo aplicada no nosso ordenamento jurídico.

Caberá abordar ainda, o entendimento jurisprudencial aplicado no caso concreto pelos tribunais superiores e pelos tribunais regionais.

Diante do exposto, faz-se indispensável, uma análise do tema, vez que sustenta enormes controvérsias, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais.

Para o desenvolvimento desse estudo, serão abordados os seguintes temas:

1. Da investidura no serviço público;
2. Dos Atos Administrativos;
3. Da Teoria dos Motivos Determinantes;
4. Do entendimento jurisprudencial.

2 DA INVESTIDURA NO SERVIÇO PÚBLICO

2.1 DO CONCURSO PÚBLICO

O concurso público, nos termos do artigo 37, inciso II da Constituição Federal é a porta de entrada para o ingresso no serviço público.

Senão, vejamos:

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:

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 (sem grifos no original).

Tal procedimento evita favoritismos, bem como a entrada de pessoas ineptas nas carreiras públicas, sendo este meio eficaz e eficiente, pois pautado unicamente em critérios objetivos.

À corroborar essa idéia, a definição de Hely Lopes Meirelles, que entende o processo como:

...o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se **moralidade, eficiência e aperfeiçoamento** do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar **igual oportunidade a todos os interessados** que atendam aos **requisitos da lei**, fixados de acordo com a **natureza e complexidade** do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF. Pelo concurso afastam-se, pois, os **ineptos** e os **apaniguados** que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se matem no poder leiloando cargos e empregos Públicos” (*Direito administrativo brasileiro*, 30ª ed., Malheiros, 2005, p. 419 – sem grifos no original).

Para, no entanto, que o concurso atinja a finalidade para a qual é proposto, é preciso que o mesmo se pautem em princípios administrativos, como bem colocado por MEDAUAR (2009, p. 272) “A exigência de concurso público para ascender a postos de trabalho no setor público atende, principalmente, ao princípio da igualdade e ao princípio da moralidade administrativa”.

Assim, os princípios da igualdade, moralidade administrativa e ainda, o da eficiência são as bases norteadoras do processo.

Conforme explica Santos (2013), igualdade porque entre os candidatos não haverá distinção e serão ofertadas a todos as mesmas oportunidades, ou seja, concorrerão em igualdade de condições, a partir de critérios objetivos.

Moralidade administrativa implica na vedação de favoritismos pessoais, nepotismo inclusive, buscando a aferição do candidato que melhor se coaduna ao cargo

E ainda, o Princípio da Eficiência, que é entendido como a necessidade de selecionar os mais aptos, através de critérios objetivos, aos cargos ofertados.

Assim, a finalidade do concurso é selecionar os mais aptos, em condições de igualdade e através de critérios objetivos, a fim de ocuparem os cargos e empregos públicos com vocação de permanência.

2.2 DO PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO

Como ressaltado, a realização de concurso público é regra em nosso ordenamento jurídico para ingresso no serviço público.

Contudo, quanto às contratações temporárias para atender excepcional interesse público, é dispensada tal exigência, permitindo-se a realização de processo seletivo simplificado, para garantir a aplicação do Princípio da Impessoalidade.

Nessa esteira, importante destacar os ensinamentos de Fernanda Marinela, que explica a exceção contemplada constitucionalmente.

Para alguns cargos e empregos, em razão de sua natureza, o texto constitucional dispensa a realização do concurso, permitindo o acesso através de outros instrumentos. São exceções ao concurso: [...] IV) as contratações por tempo determinado, hipótese prevista no art. 37, inciso IX, da CF, criada para satisfazer necessidades temporárias de excepcional interesse público, **situações de anormalidades em regra incompatíveis com a demora do**

procedimento do concurso, admitindo a adoção de um processo seletivo simplificado (MARINELA, 2012, p.635-636, sem grifos no original).

O termo processo seletivo simplificado, está relacionado a “concurso público”, até mesmo porque obedece aos mesmos critérios de divulgação e concorrência e obedece aos mesmos trâmites legais do concurso público, de acordo com José dos Santos Carvalho Filho.

À primeira vista, tal processo seletivo não seria o mesmo que o concurso público de provas e títulos, assim como previsto no art. 37, II, da CF, parecendo ter-se admitido procedimento seletivo simplificado – exceção ao princípio concursal. A legislação regulamentadora, porém, aludiu a *processo seletivo público de provas ou de provas e títulos*, o que espelha o concurso público. A expressão empregada no novo texto, além de atécnica, só serviu para suscitar dúvida no intérprete; na verdade, bastaria que o Constituinte se tivesse referido simplesmente ao concurso público – instituto já com definição própria e imune a tais dúvidas (CARVALHO FILHO, 2013, p.635).

Assim, observa-se que o instituto da contratação temporária através de processo seletivo, é meio importante para atender às necessidades urgentes e temporárias da administração pública, desde que não se confunda temporária com permanente.

2.3 DOS CARGOS COMISSIONADOS

Outra exceção à regra do concurso público são os cargos em comissão, conhecidos habitualmente por cargos de confiança.

De acordo com Santos (2013), tais cargos não exigem a realização de concurso público para sua ocupação e são preenchidos por servidores efetivos ou servidores de carreira, pois, não possuem estabilidade e são de livre nomeação e exoneração, conforme critério da autoridade nomeante.

Cumprе ressaltar que os cargos em comissão só poderão destinar-se à funções de chefia, direção e assessoramento, não podendo a lei criar estes cargos para suprir cargos de função permanente.

À corroborar dessa ideia, os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Com relação às funções de confiança, também não se justifica o concurso público, apenas exigindo a Constituição, no artigo 37, V, que sejam exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo e que se limitem às

atribuições de direção, chefia e assessoramento. [...] sendo inconstitucionais quaisquer normas que criem funções de confiança ou cargos em comissão para outro tipo de atribuição (DI PIETRO, 2012, p. 598-599).

Sob este prisma, importante frisar que os cargos em comissão se baseiam exatamente na relação de confiança entre o administrador nomeante e o servidor, tendo em vista a natureza das funções exercidas, desde modo só subsistirão enquanto perdurar a confiança.

Além disso, em 2008 o STF editou a Súmula Vinculante 13 que veda o nepotismo em cargos em comissão, com o seguinte teor: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

3 DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

São os atos praticados pela administração pública no exercício da função administrativa, sob o regime de Direito Público, ensejando uma manifestação de vontade do Estado.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua Ato Administrativo como: “declaração do Estado [...] no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional” (MELLO, 2013, P. 389).

Cumprido ressaltar que “Atos Administrativos” não se confundem com “Atos da Administração”, uma vez que este é gênero e aquele espécie. Atos da Administração são todos os atos praticados pela administração pública, administrativos ou não.

3.1 CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A doutrina expõe diferentes classificações dos atos administrativos. Marinela (2012) nos nos traz a classificação dos mais comuns.

Quanto aos destinatários:

- a) **Gerais:** são os atos que se direcionam a estabelecer uma determinada situação que será por todos obedecida. Atingem toda a coletividade. Não individualiza os indivíduos que serão atingidos pelo ato, mas tão somente descrê a situação.
- b) **Individuais:** os destinatários do ato são individualizados.

Quanto ao grau de liberdade:

- a) **Discricionários:** são os atos nos quais a administração pública tem uma margem de escolha nos parâmetros de sua atuação, com base em critérios de oportunidade e conveniência, dentro dos limites legais, também chamado de mérito administrativo.
- b) **Vinculados:** estabelecem um único comportamento possível, não há margem de escolha. Todos os elementos do ato administrativo estão objetivamente definidos na lei.

Quanto ao objeto:

- a) **Atos de império:** são os atos que possuem todas as prerrogativas de Estado, onde o poder público atua com todas as garantias de direito público, impondo obrigações de ordem unilateral sobre o administrado.
- b) **Atos de gestão:** são regidos pelo direito privado, sem prerrogativas públicas.

Quanto à formação:

- a) **Simplex:** são aqueles perfeitos e acabados numa única manifestação de vontade. A manifestação de vontade de um único órgão já perfecciona o ato.
- b) **Compostos:** são aqueles que dependem de mais de uma manifestação de vontade, sendo uma principal e a outra acessória. A vontade acessória funciona como ratificadora da vontade principal.

- c) **Complexos:** são aqueles perfeitos e acabados com uma soma de vontades absolutamente independentes, produzidas por mais de um órgão.

Outras classificações:

- a) **Normativos:** decorrem do exercício do poder normativo, por meio dos quais a administração pública expede normas gerais e abstratas, dentro dos limites legais. Servem para detalhar o que foi estabelecido pela lei.
- b) **Ordinatórios:** praticados no exercício do poder hierárquico, visam organizar o funcionamento da Administração e a conduta funcional de seus agentes.
- c) **Negociais:** são aqueles que contém uma declaração de vontade da administração pública para conceder algo ao particular, nas condições previamente previstas por ela.
- d) **Enunciativos:** são os atos onde a administração certifica ou atesta um fato, ou emite opinião sobre determinado tema.
- e) **Punitivos:** são atos sancionatórios, que podem decorrer do poder de polícia ou do poder disciplinar, estabelecendo penalidades aos particulares.

3.2 ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Elementos ou requisitos, ou até mesmo requisitos de validade do ato administrativo, como preferem alguns autores, são os pressupostos necessários para a validade do ato, ou seja, se ausente um desses elementos, significa dizer que o ato será inválido, passível de anulação.

Não existe também consenso entre a doutrina sobre quais seriam esses elementos. Sendo assim, serão mencionados, a seguir, os elementos previstos na Lei 4.717 /65, artigo 2º.

Competência ou Sujeito Competente: significa dizer que o ato deve ser praticado por um agente público competente, cuja lei lhe tenha atribuído competência para a prática do ato. Cumpre ressaltar que a competência é irrenunciável, já que o agente público não pode abrir mão da competência fornecida pela lei, imprescritível, pois não se perde pelo desuso e improrrogável, uma vez que não se adquire pelo uso, ainda que não haja impugnação.

Forma: é a exteriorização do ato, o meio pelo qual ele se apresenta. Válida somente a prescrita em lei. Entretanto, os vícios de forma poderão ser sanáveis desde que o ato cumpra sua finalidade.

Finalidade: é a prevista na lei, é o que a lei pretende alcançar. De uma forma geral a finalidade será sempre o interesse público, e de uma forma específica a finalidade será aquela prevista na lei.

Objeto: é aquilo que o ato dispõe, é a consequência que o ato enseja no mundo jurídico. Lembrando que para que o ato seja válido, o objeto deverá ser lícito, possível e determinado ou determinável.

Motivo: são as razões que justificam a edição do ato. É a situação de fato e de direito que dá ensejo à prática do ato administrativo. É a subsunção do fato à norma.

Cumpra ressaltar que Motivo e Motivação são expressões diferentes, como se observa a seguir.

3.3 MOTIVO E MOTIVAÇÃO

Motivação é a exposição dos motivos, é a apresentação das razões, das situações de fato e de direito que ensejaram o ato. Conforme explica José dos Santos Carvalho Filho, “a motivação exprime de modo expreso e textual todas as situações de fato que levaram o agente à manifestação da vontade” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 114). Já o motivo, como visto, são as razões que justificam o ato, correlacionando o fato a norma.

Em algumas situações, contudo, a motivação é dispensada por lei. O motivo não é dispensado, pois requisito de validade do ato. Assim, entende-se que o ato terá motivo, mas poderá não ter motivação, mesmo sendo este princípio constitucional expreso no artigo 50, da Lei 9784.

Um bom exemplo do exposto acima se refere à “exoneração ad nutum” dos cargos em comissão, prevista no artigo 37, inciso II da Constituição Federal. Nesse caso a exoneração é livre de motivação.

Todavia, se a motivação é feita, ela passará a fazer parte do ato, vinculando-o. Se falsa ou inexistente a motivação, o ato será considerado nulo. Á esta consequência chamamos de “Teoria dos Motivos Determinantes”.

3.4 ATOS VINCULADOS X ATOS DISCRICIONÁRIOS

No que tange à obrigatoriedade de motivar, alguns autores fazem distinção entre os atos vinculados e os atos discricionários.

Quanto aos atos vinculados, os quais não possuem margem de escolha pelo administrador, nem tampouco juízos subjetivos, já que há uma aplicação quase automática da lei, entendem que a menção do fato e da norma aplicável supriria a motivação, ficando a mesma implícita.

Já no que diz respeito aos atos discricionários, nos quais o administrador possui uma margem de escolha, seria imprescindível a motivação, e ainda, de forma detalhada, a fim de demonstrar a compatibilidade com o ordenamento jurídico.

Essa motivação deverá ser prévia ou contemporânea à prática do ato, explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, nesse caso, serão parte integrante do ato (artigo 50, §2º, da Lei 9784/99), é o que chamamos de “motivação aliunde”.

4 DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

A teoria dos motivos determinantes está atrelada com o motivo do ato, que sendo este falso ou inexistente, deverá o ato ser anulado, haja vista ser o motivo elemento do ato administrativo, que lhe confere legitimidade e validade. Sendo assim, esta teoria vincula o administrador ao motivo declarado, conforme os ensinamentos de Odete Medauar.

Segundo essa teoria, os motivos apresentados pelo agente como justificativa do ato associam-se à validade do ato e vinculam o próprio agente. Isso significa, na prática, que a inexistência dos fatos, o enquadramento errado dos fatos aos preceitos legais, a inexistência da hipótese legal embasadora, por exemplo, afetam a validade do ato, ainda que não haja obrigatoriedade de motivar (MEDAUAR, 2009, p. 141)

Veremos uma maior discussão sobre esta teoria ao nos reportarmos aos atos discricionários, justamente os atos que não precisam de motivos para que sejam válidos. Haja vista que “mesmo que um ato administrativo seja discricionário, não exigindo, portanto, expressa motivação, esta, se existir, passa a vincular o agente aos termos em que foi mencionada” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 118).

O STJ também se posiciona no mesmo sentido.

[...] 1. A administração, ao justificar o ato administrativo, fica vinculada às razões ali expostas, para todos os efeitos jurídicos, de acordo com o preceituado na teoria dos motivos determinantes. A motivação é que legitima e confere validade ao ato administrativo discricionário. Enunciadas pelo agente as causas em que se pautou, mesmo que a lei não haja imposto tal dever, o ato só será legítimo se elas realmente tiverem ocorrido. 2. Constatada a inexistência da razão ensejadora da demissão do agravado pela Administração (prática de nepotismo) e considerando a vinculação aos motivos que determinam o ato impugnado, este deve ser anulado, com a consequente reintegração do impetrante [...] (Ag.Rg. no RMS 32.437/MG. STJ – Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin. Julgamento em: 22.02.2011, DJE 16.03.2011)

[...] O administrador está vinculado aos motivos postos como fundamento para a prática do ato administrativo, seja vinculado seja discricionário, configurando vício de legalidade – justificando o controle do Poder Judiciário – se forem inexistentes ou inverídicas, bem como se faltar adequação lógica entre as razões expostas e o resultado alcançado, em atenção à teoria dos motivos determinantes. Assim, um comportamento da Administração que gera legítima expectativa no servidor ou no jurisdicionado não pode ser depois utilizado exatamente para cassar esse direito, pois seria, no mínimo, prestigiar a torpeza, ofendendo, assim, aos princípios da confiança e da boa-fé objetiva, corolários do princípio da moralidade. (MS 13.948 – DF, STJ – Terceira Seção, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Julgamento em: 26.09.2012, publicado no Informativo nº 504).

Tratando-se de cargos em comissão, de exoneração “ad nutum”, o administrador não precisa declarar um motivo para a exoneração, pois desse independe. Entretanto, se declarado o motivo, o mesmo deverá ser cumprido, ficando o administrador adstrito às razões de fato e de direito que o levaram a prática do ato, conforme preceituado pela teoria dos motivos determinantes.

Ademais o administrador não pode mudar o motivo, há menos que seja na hipótese de tredestinação, a única legalmente permitida, que é o caso da desapropriação, mas desde que seja para atender interesse público.

Sendo o ato da exoneração “ad nutum” um ato discricionário, o judiciário não exercerá controle sobre o mesmo, mas poderá controlar os limites legais da discricionariedade.

5 DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

O Supremo Tribunal Federal, posiciona-se no mesmo sentido quanto à aplicabilidade da Teoria dos Motivos Determinantes, no que tange à exoneração “ad nutum”, de servidores comissionados.

EMENTA: - Função de Assessoramento Superior-FAS. Por ser de provimento em confiança, não fazem jus, os seus ocupantes, ao benefício da estabilidade extraordinária outorgada pelo art. 19 do A.D.C.T., em face da restrição expressa no § 2º do mesmo dispositivo. Estando, porém, vinculado, o ato de dispensa do impetrante, a motivo inexistente (norma de medida provisória não inserta na lei de conversão), deve o decreto ser anulado e reintegrado o agente na função, conservada a característica da possibilidade de exoneração, ao nuto da autoridade. Mandado de segurança, para essa finalidade concedido. (STF. MS 21.170/DF. Rel. Min. Octávio Gallotti. Tribunal Pleno. DJ: 21/02/1997)

Os Tribunais Regionais, também vêm seguindo o mesmo entendimento, reconhecendo que a validade do ato está condicionada à verificação objetiva do pressuposto de fato que impulsionou o administrador, não podendo a tese da “livre exoneração” afastar a garantia do devido processo legal.

Senão, vejamos.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA ANTECIPADA - REINTEGRAÇÃO NA FUNÇÃO - CARGO COMISSONADO - DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA - LIMITES - DEVIDO PROCESSO LEGAL - TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES - VALIDADE DO ATO - PRESSUPOSTO FÁTICO QUE O IMPULSIONOU - RECURSO - DESPROVIDO.

1. Os cargos de provimento em comissão - cujo preenchimento dispensa a realização de concurso público -, são aqueles destinados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança do administrador, definido constitucionalmente como de livre nomeação e exoneração (art. 37, II da CR/88). Nesse esteio, estabelece o art. 106, b, da Constituição do Estado de Minas Gerais que a exoneração de servidor ocupante de cargo em comissão dar-se-á "a critério do Governo".
2. As exigências do neoconstitucionalismo não se comprazem com o exercício pelo administrador de juízo puramente discricionário, mormente quando o ato que vier a ser praticado repercutir na esfera jurídica de outrem.
3. Conquanto se trate de vínculo precário entre o servidor e a Administração, não se dispensam as garantias do devido processo legal (art. 5º, LV da CR/88) e, como corolário, a cooperação.
4. Não prospera a tese de que a "livre exoneração" prevista no art. 37, II da CR/88 alcança dimensões tão dilatadas a ponto de afastar a garantia do devido processo legal.

5. Segundo a teoria dos motivos determinantes, exposta a motivação do ato administrativo, a validade dele condiciona-se à verificação objetiva do pressuposto de fato que impulsionou o administrador. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.12.020223-9/001, Relator(a): Des.(a) Elpídio Donizetti , 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/11/2012, publicação da súmula em 20/11/2012)

CONCLUSÃO

A Constituição Federal nos apresenta três formas de ingresso no serviço público, seja através do concurso público, para cargos públicos; seja através do processo seletivo simplificado, para empregos públicos e contratos temporários ou seja através da nomeação para cargos em comissão.

Estes, como visto, são cargos de livre nomeação e exoneração, a que dá-se o nome de exoneração “ad nutum”. Neste caso, o administrador não precisa motivar o ato da exoneração, não precisa explicar as razões de fato e de direito que o levaram à prática do ato.

Todavia, a teoria dos motivos determinantes, construção doutrinária e jurisprudencial, elucida que mesmo não sendo obrigatória tal motivação, se o administrador a faz fica esta vinculada ao ato.

Nestes termos, se a motivação do ato for nula ou inexistente o ato também deverá ser nulo ou anulável.

Há ainda uma corrente que defende que os atos discricionários necessitam de motivação, uma vez que os vinculados já a possuem na norma ensejadora do ato.

Portanto, tratando-se de exoneração de servidor em cargo comissionado, o ato de exoneração deve ser motivado, ainda que apresentado o motivo. Não há como se falar em ato de dispensa sem motivos ou motivação, seja esta explícita ou implícita. E, caso seja o ato falso ou inexistente, o mesmo deverá ser considerado nulo, devendo ser garantido ao servidor demitido o direito ao contraditório e devido processo legal, mesmo nos casos em que a lei dispensa a motivação do ato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 2014.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 6ª.ed. Niterói: Impetus, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SANTOS, Heloíne Pereira dos. O cadastro de reserva de vagas e o desrespeito às normas constitucionais alusivas ao concurso público. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13348&revista_caderno=4>. Acesso em jan 2015.

STF, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 de maio de 2014.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 de maio de 2014.

TJMG, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 20 de maio de 2014.