

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 824

(Ano IX)

(21/10/2017)

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

COLUNISTA DA SEMANA



16/10/2017 Luiz Flávio Gomes

» [Voto nulo não anula eleições](#)

ARTIGOS

20/10/2017 Rogério Faustino da Silva Júnior

» [Centro de referência e atendimento à mulher no âmbito da Lei Maria da Penha.](#)

20/10/2017 Lucia de Fatima da Silva Parente

» [Alcoolismo precoce: a prevenção é um desafio em busca de seu combate](#)

20/10/2017 Sergio Ricardo do Amaral Gurgel

» [Os invisíveis: O direito penal como condição de materialidade.](#)

19/10/2017 Rogério Faustino da Silva Júnior

» [A quebra do sigilo do whatsapp como meio de prova aceito no direito pátrio](#)

19/10/2017 Marcelo Grassi de Gouveia Filho

» [Afiml, a Administração Pública responde pelos encargos trabalhistas quando assume a posição de "dono da obra"?](#)

19/10/2017 Iago Dias Porto

» [A ineficiência da Execução Fiscal e meios extrajudiciais de cobrança da dívida tributária](#)

18/10/2017 Lucas Grangeiro Bonifácio

» [Descumprimento da sanção de proibição de contratar com o poder público prevista na Lei nº 8.429/92 e suas consequências jurídicas](#)

18/10/2017 Marcelo Grassi de Gouveia Filho

» [Da impossibilidade de responsabilização do Poder Concedente por verbas trabalhistas devidas pela Concessionária](#)

18/10/2017 Geraldo Uchôa de Amorim Júnior

» [Diálogo entre as fontes - o Código Defesa do Consumidor e a prestação de serviços advocatícios](#)

18/10/2017 Iago Dias Porto

» [Repercussões jurídicas do instituto de Protesto de Títulos no direito positivo](#)

17/10/2017 Victor Teixeira de Freitas

» [A responsabilização dos agentes políticos pelo cometimento de ato de improbidade administrativa à luz do entendimento jurisprudencial](#)

17/10/2017 Barbara Mota Pestana

» [Direitos fundamentais: origem, dimensões e características](#)

17/10/2017 Iago Dias Porto

» [Controle judicial das políticas econômicas e a decisão do STF na ADPF 45](#)

16/10/2017 Rogério Faustino da Silva Júnior

» [O processo eletrônico e o princípio da dupla instrumentalidade.](#)

16/10/2017 Iago Dias Porto

» [Direito de nacionalidade no ordenamento jurídico brasileiro e a decisão do STF no RMS 27.840/DF](#)

16/10/2017 Rafael José Farias Souto

» [Prestação de serviço público por concessionária: análise da possibilidade de interrupção do serviço por inadimplemento do usuário e a posição do STJ](#)

VOTO NULO NÃO ANULA ELEIÇÕES

LUIZ FLÁVIO GOMES: é professor e jurista, Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madri e Mestre em Direito Penal pela USP. Exerce o cargo de Diretor-presidente do Instituto Avante Brasil. Atuou nas funções de Delegado, Promotor de Justiça, Juiz de Direito e Advogado. Atualmente, dedica-se a ministrar palestras e aulas e a escrever livros e artigos sobre temas relevantes e atuais do cotidiano.

Voto nulo do eleitor não anula nenhuma eleição. A mentira deslavada e irresponsável de que o voto nulo dos eleitores quando alcança 50% dos votantes, mais um, anula a eleição, está disseminada na internet bem como no senso comum das massas. Pura mentira! Campanha estelionatária.

Se todos os eleitores raivosos deliberarem anular o voto e um só candidato votar nele mesmo, ele está eleito. Será proclamado vencedor e vai assumir o cargo disputado (com um único voto).

Os votos nulos dos eleitores podem alcançar 99,99% dos votantes. Isso não anula nenhuma eleição. Os votos em branco não vão para o primeiro colocado. O povo consciente não pode se iludir com essas “fake news” (notícias falsas).

De acordo com o art. 224 do Código Eleitoral, a eleição somente será anulada quando o juiz (o juiz, repita-se) declarar a nulidade de mais da metade dos votos por ter havido fraude, compra massiva de votos, abuso do poder econômico, cancelamento de candidatura etc.

A nulidade de uma eleição só acontece quando há uma decisão judicial nesse sentido. Não são os votos nulos (ou em branco) dos eleitores que anulam a eleição. Não podemos ser tolos, muito menos na era da pós-verdade.

O voto nulo, em branco ou mesmo a abstenção, em 2018, só favorece os candidatos e partidos envolvidos na corrupção. A campanha falsa de que o voto nulo anula a eleição só reforça as forças corruptas da nação (que estão fazendo de tudo para se manterem no poder).

Todas as pesquisas apontam para o total descrédito dos políticos e dos partidos acusados de estarem envolvidos na Lava Jato. Isso significa que o eleitor minimamente consciente e vigilante vai promover a maior faxina de todos os tempos nos corruptos. A faxina será muito contundente.

Nossa bandeira do #VotoFaxina, com amplíssima renovação do Congresso Nacional, tem tudo para alcançar uma retumbante vitória.

Em 2016 a Lava Jato ainda estava centrada na corrupção petista, sobretudo dentro da Petrobras. O castigo eleitoral contra o PT foi duríssimo. Todas as classes sociais puniram o PT. De 3º passou a ser o 10º partido no Brasil (em número de prefeituras).

Desde o vazamento da primeira delação premiada da Odebrecht, entretanto, que ocorreu no final de 2016, sabe-se que o lamaçal da corrupção alcançou as cúpulas de todos os grandes partidos, como o PSDB, PT, PMDB, DEM etc. Desde sempre, diga-se de passagem.

A perversidade e a promiscuidade disseminaram-se “democraticamente”. Os caciques mais conhecidos (de esquerda, de centro ou de direita) estão todos chafurdados na lama da peste corruptiva. A delação da JBS jogou mais gasolina nessa fogueira.

Nesse contexto de ódio, ressentimento e recusa geral do velho jeito corrupto de fazer política e negócios com o Estado, percebe-se facilmente a quem interessa disseminar notícias falsas sobre votos nulos ou em branco.

A quase totalidade dos velhos gângsters da política brasileira (pouco importando a ideologia) estão tão refutados quanto os bandidos de mão armada.

O espaço está aberto para novas lideranças comprometidas com o combate à corrupção e às desigualdades. O império da lei está chegando para as velhas forças corruptas do País.

Continuamos no auge da corrupção (mesmo após três anos de Lava Jato). No Planalto ou no Jaburu, por exemplo, as negociatas para salvar o Presidente Temer, Padilha e Moreira Franco não param. Tudo eles fazem para escaparem da polícia e da Justiça.

Mas há uma boa notícia: agora também estamos vendo o início da limpeza. Lento e gradual, mas efetivo. A Lava Jato vai colocar muito mais gente na cadeia, seguramente, mas a faxina geral mesmo ficará por conta do eleitor.

Voto faxina neles em 2018! Nada de voto nulo ou em branco ou abstenção. A hora é de votar massivamente, impondo-se um incisivo castigo eleitoral em todos os corruptos.

CENTRO DE REFERÊNCIA E ATENDIMENTO À MULHER NO ÂMBITO DA LEI MARIA DA PENHA.

ROGÉRIO FAUSTINO DA SILVA JÚNIOR:
Graduado em Bacharelado em Direito pela
Faculdade Estácio de Macapá.

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo avaliar a aplicabilidade da Lei Maria da Penha frente à atuação do Centro de Referência de Atendimento a Mulher (CRAM) da Cidade de Macapá no enfrentamento da violência sofrida pelo gênero feminino e na superação da situação de vulnerabilidade das beneficiárias atendidas. O texto faz uma análise da Lei Maria da Penha frente ao Centro de Referência de Atendimento a Mulher (CRAM), abordando as Normas técnica de uniformização do CRAM e o Regimento Interno do Centro de Referência de Atendimento à Mulher da Cidade de Macapá. Apontando entendimentos dos Tribunais Superiores e doutrinas pertinentes ao assunto. Através de métodos objetivos e de pesquisas bibliográficas, o artigo discorre a respeito da busca por uma prestação jurisdicional. Dessa forma, pretende-se aqui provocar uma discussão crítica sobre a matéria no cenário da doutrina processual/material penalista.

Palavras-chave: Direito Penal. Centro de Referência de Atendimento à Mulher. Lei Maria da Penha. Norma Técnica de Uniformização. Regimento Interno

SÚMARIO: INTRODUÇÃO; 1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI MARIA DA PENHA; 1.2. BREVE HISTÓRICO DA LEI MARIA DA PENHA; 1.2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A LEI MARIA DA PENHA. 2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CENTRO DE REFERÊNCIA E ATENDIMENTO À MULHER; 2.1 NORMAS TÉCNICA DE UNIFORMIZAÇÃO DO CRAM; 3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGIMENTO INTERNO DO CENTRO DE REFERÊNCIA E ATENDIMENTO À MULHER NA CIDADE DE MACAPÁ; 3.1 O CRAM E A REDE DE ATENDIMENTOS ÀS MULHERES EM MACAPÁ; 3.2 REGIMENTO INTERNO DO CENTRO DE REFERÊNCIA E ATENDIMENTO À MULHER MACAPÁ; 3.3 AS CONTRIBUIÇÕES, AVANÇOS E DESAFIOS DA LEI MARIA DA PENHA FRENTE AO CENTRO DE REFERÊNCIA E ATENDIMENTO À MULHER; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Em 2003, por meio da lei nº 10.683, foi criada a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, com a competência de assessorar direta e imediatamente o Presidente da República na formulação, coordenação e articulação de políticas para as mulheres; bem como de elaborar e implementar campanhas educativas e não discriminatórias de caráter nacional; de elaborar o planejamento de gênero que contribua na ação do governo federal e demais esferas de governo, com vistas na promoção da igualdade; de articular, promover e executar programas de cooperação com organismos nacionais e internacionais, públicos e privados, voltados à implementação de políticas para as mulheres; de promover o acompanhamento da implementação de legislação de ação afirmativa e definição de ações públicas que visem ao cumprimento dos acordos, convenções e planos de ação assinados pelo Brasil, nos aspectos relativos à igualdade entre mulheres e homens e de combate à discriminação.

A violência contra a mulher é um assunto antigo, porém os indicadores que abordam esta temática ainda são recentes e acredita-se que eles não revelam todo o cenário da violência doméstica. As duas principais ações das políticas públicas que têm sido incentivadas no combate a violência contra a mulher é a implementação de bases de dados acerca desta temática e a criação de Centros de Referência no Atendimento a Mulher Víctima de Violência (CRAMS). Para nortear a criação dos CRAMS, o governo federal criou em 2006 uma Norma Técnica de Uniformização dos Centros de Referência de Atendimento à Mulher em Situação de Violência (NT-CRAMS).

Nessa conjuntura, o presente artigo almeja analisar, especificamente, acerca da Normatização e o Regimento Interno do Centro de Referência e Atendimento à Mulher da Cidade de Macapá, tendo como base a aplicação de tais medidas no âmbito da lei Maria da Penha, A metodologia aplicada neste trabalho é de cunho bibliográfico, pois se baseia na pesquisa em livros, periódicos e artigos retirados da internet.

Para propiciar um melhor entendimento, o artigo foi dividido em quatro itens. Primeiramente, é importante falar sobre o instituto da Lei Maria da Penha, fazendo ponderações frente à Constituição Federal. Após, analisar as especificidades da Norma Técnica de Uniformização aplicada aos Centros de Referências e Atendimento à mulher. Em seguida, abordagem do Regimento Interno do CRAM da Cidade de Macapá, expondo uma abordagem teórica e jurídica

da rede de atendimento à mulher violentada. Por fim, torna-se essencial apresentar uma análise acerca das contribuições, avanços da Lei Maria da Penha frente ao Centro de Referência, pontuando lastros positivos deste abrigo à mulher que sofra violência doméstica.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI MARIA DA PENHA

A ilustre Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) é reconhecida pela Organização das Nações Unidas como uma das melhores legislaturas do mundo no combate à violência contra as mulheres. Resultado de uma luta histórica dos movimentos feministas por uma legislação contra a impunidade no cenário nacional de violência doméstica e familiar contra a mulher.

1.2. BREVE HISTÓRICO DA LEI MARIA DA PENHA

Sabe-se que as mulheres vêm sofrendo, desde os primórdios, violências de toda ordem, seja ela física, moral, psicológica e humana.

Pesquisas indicam que a primeira sustentação da ideologia de classificação masculina em relação à mulher, e sua conseqüente sujeição, possuem cerca de 2.500 (dois mil e quinhentos) anos, através do filósofo helenista Filon da Alexandria, que desenvolveu sua tese fundamentada na visão de Platão, que defendia a ideia de que a mulher possui pouca capacidade de raciocínio, além de possuir alma inferior à do homem. Ideias, estas, que mudaram a mulher na figura repleta de vaidades, relacionada tão somente aos aspectos carnis. [\[1\]](#)

Aristóteles, por seu turno, expressou sobre o conhecimento humano como sendo o maior alcance oriundo desse ser. Nesse enquadramento, estabeleceu o homem com supremacia e divindade em relação à mulher, já que esta se estruturava como um ser emocional, afastado do tipo humano. Assim, a alma tem domínio sobre o corpo; a razão sobre a emoção; o masculino sobre o feminino. [\[2\]](#)

Diante dessa visão degenerada, a sociedade veio avançando ao longo dos séculos, tornando existente uma cultura de subordinação da mulher em relação ao sexo masculino, que, infelizmente, ainda vigora nos dias atuais. Protege a agressividade masculina, constrói a imagem da superioridade do sexo que é respeitado por sua virilidade. [\[3\]](#)

Assim, com a cultura machista da sociedade, junto à vulgarização da violência exercida contra as mulheres no âmbito familiar, não havia saída para as vítimas exceto se submeterem a essa situação, na inexistência de uma lei severa que condenasse os agressores de forma eficaz, que lhes devolvessem a dignidade obscurecida pelo sentimento de repressão a que foram submissas.

Houve um longo processo para então, estar frente a frente à imagem de uma mulher distinta daquela caracterizada pela história, abarcando valores e obtendo sua dignidade. Essa busca, no Brasil, se deu de forma contínua até a aprovação da Lei Maria da Penha, que ofereceu a dilapidação dos direitos humanos em relação às mulheres, vítimas de violência doméstica.

A Lei Maria da Penha teve como estrutura uma série de fatores para sua criação. Primeiramente, cabe expor acerca da 1ª Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada no México, que acarretou na construção da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, passando a vigorar em 1981. [4]

Decorre, daí, o impulso à procura do reconhecimento dos direitos humanos das mulheres, apesar de que esse resultado tenha sido tardado. Apenas no ano de 1984 o Brasil passou-se signatário dessa Convenção da Mulher, apresentando sobre a necessidade dos Estados estabelecerem legislação pertinente à violência doméstica contra a mulher.

Mais tarde, o Brasil ratificou tal Convenção, acomodando o fórum internacional que aprovou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em Belém do Pará, que se chamou Convenção de Belém do Pará, em 1994. Contudo, mesmo após ter ratificado essa pretensão, não houve qualquer medida efetiva pelo Estado Brasileiro para consubstanciar a proteção à mulher, continuando, assim, a ficarem à mercê do repúdio. [5]

A situação apenas tomou outras dimensões a partir do caso de Maria da Penha Maia Fernandes. A cearense, durante o lapso temporal do matrimônio contraído com Heredia Viveiros, lidou com seu temperamento agressivo e hostil, não se atrevendo, no entanto, a separar-se do cônjuge temendo por sua reação.

Lamentavelmente a situação se tornou mais gravosa. No ano de 1983, Maria da Penha foi vítima de um disparo de arma de fogo deflagrado por seu marido na tentativa de assassiná-la. Por sorte a conduta do agente não resultou em sua morte, vindo ela, porém, a ficar em estado de paraplegia irreversível. [6]

Nessa conjuntura, verifica-se que a brutalidade investida contra Maria da Penha, representa as inúmeras mulheres enquadradas em tal situação, vítimas de todo tipo de agressão que os seus companheiro a submetem.

Não obstante, dias após o ocorrido, novamente o marido de Maria da Penha atentou contra sua vida, numa tentativa desprezível de eletrocutá-la durante o banho. Foi quando a vítima, cansada das agressões, resolveu buscar por seus direitos humanos.

Ressalta-se que, transcorreram 15 (quinze) anos que o processo fora instaurado pelo Ministério Público, sem que acontecesse qualquer posicionamento da Justiça Brasileira quanto à condenação do acusado, que se encontrava em liberdade. Foi quando a vítima buscou os órgãos internacionais protetores dos Direitos Humanos, que apresentaram o caso à Organização dos Estados Americanos, pela omissão e negligência do Estado Brasileiro que, mesmo após todas as queixas oferecidas pela vítima, não havia deliberado acerca de alguma medida contra o agressor, ao longo de tantos anos. [7]

Neste norte, em 1998, os petionários do Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-americano do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), conjuntamente com a vítima Maria da Penha Maia Fernandes, direcionaram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, petição contra o Estado brasileiro, haja vista o fato do Brasil não estar cumprindo com os compromissos internacionais assumidos para o caso de violência doméstica, então sofrida pela vítima. [8]

A Comissão de Direitos Humanos da OEA, por meio do relatório n. 54/2001, condenou o Estado brasileiro por omissão, uma vez que não atendeu o artigo 7º da Convenção de Belém do Pará, que estabelece o comprometimento dos Estados Partes em:

- a. abster-se de qualquer ação ou prática de violência contra a mulher e velar para que as autoridades, seus

funcionários, pessoal e agentes e instituições públicas se comportem conforme esta obrigação;

b. atuar com a devida diligência para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;

c. incluir em sua legislação interna normas penais, civis e administrativas, assim como as de outra natureza que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e adotar as medidas administrativas apropriadas que venham ao caso;

d. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor abster-se de fustigar, perseguir, intimidar, ameaçar, machucar ou pôr em perigo a vida da mulher de qualquer forma que atente contra sua integridade ou prejudique sua propriedade; e. tomar todas as medidas apropriadas, incluindo medidas de tipo legislativo, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes, ou para modificar práticas jurídicas e consuetudinárias que respaldem a persistência ou tolerância da violência contra a mulher;

f. estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher que tenha sido submetida à violência, que incluam, entre outros, medidas de proteção, um julgamento oportuno e o acesso efetivo a tais procedimentos;

g. estabelecer os mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher objeto de violência tenha acesso efetivo a ressarcimento, reparação do dano ou outros meios de compensação justos e eficazes; e

h. adotar as disposições legislativas ou de outra índole que sejam

necessárias para efetivar esta Convenção.^[9]

Diante disso, fundamentou-se a denúncia na violação dos artigos 1º, 8º e 25º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que tratam da obrigação dos Estados Partes respeitarem os direitos, garantias judiciais e proteção judicial.

Como resultado da denúncia, no relatório n. 54/2001, advertiu-se o Estado Brasileiro, o prosseguimento e a intensificação do processo de reforma destinado à evitar a tolerância do Estado e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra as mulheres, e “simplificar os procedimentos judiciais penais e fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar direitos e garantias do devido processo”, além do “estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera”.[\[10\]](#)

Diante disso, criou-se no Brasil um Projeto de Lei, baseado no artigo 226, § 8º da CFRB/88, buscando “mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher”, além dos tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. [\[11\]](#)

Dessa maneira, em 07 de agosto de 2006 é sancionada pelo Presidente da República a Lei n. 11.340/2006, passando a vigorar em 22 de setembro de 2006, como um marco de grande importância para as mulheres vítimas de maus tratos, por finalmente resguardar de forma eficaz sua integridade física, moral, e sua dignidade humana.

1.2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A LEI MARIA DA PENHA.

Há que se mencionar que, a partir da Constituição Federal Brasileira de 1988, foi que as mulheres tiveram os seus direitos humanos e cidadania plena reconhecida. Esta conquista aconteceu principalmente das grandes movimentações, realizadas pelas mulheres, através de ações dirigidas ao Congresso Nacional, expressando emendas populares e articulando movimentos que ocasionaram na inserção da igualdade de direitos sob os aspectos de gênero, raça e etnias.

Não obstante, o Estado Brasileiro assinou e ratificaram 2 (dois) tratados internacionais que se imputaram exclusivamente na procedência e defesa dos

direitos humanos das mulheres, quais sejam, a já mencionada Convenção da Organização das Nações Unidas sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Assim, Marinina Gruska pontua que “a Constituição, como documento jurídico e político dos cidadãos, buscou romper com um sistema legal fortemente discriminatório contra as mulheres e contribuiu para que o Brasil se integrasse ao sistema de proteção internacional dos direitos humanos, reivindicação histórica da sociedade”.[\[12\]](#)

Nesta conjuntura, no contexto de adoção de normas e princípios internacionais em relação aos direitos humanos, a Constituição Brasileira traz em seu artigo 5º, § 2º[\[13\]](#):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Cabe mencionar que, pela primeira vez, foram reconhecidos mundialmente os direitos das mulheres como direitos humanos, durante a Conferência de Mundial de Direitos Humanos, em Viena (Áustria), no ano de 1993. Ocasionalmente, daí, a Declaração sobre a Violência contra a Mulher, matéria que não existia documentada, até então, no mundo inteiro.

Finalmente, no ano de 1995, na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, sediada em Pequim, na China, reconheceu definitivamente os direitos da mulher como sendo direitos humanos, constante em sua Declaração e Plataforma de Ação.

Assim, a criação da Lei Maria da Penha, vem manifestada cordialmente no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federativa do Brasil de 1988^[14]:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I – (...);
- II – (...);
- III - a dignidade da pessoa humana;
- (...).

É oportuno, pois, discorrer acerca do princípio da dignidade humana corroborada pela norma constitucional brasileira. Para Flávia Bahia^[15]:

(...) a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade.

Para Otero, tal princípio é dotado de uma natureza sagrada e de direitos inalienáveis, afirma-se como valor irrenunciável de todo o modelo constitucional, servindo de fundamento do próprio sistema jurídico.

Diante das considerações acerca dos direitos humanos, mais precisamente do princípio fundamental da dignidade humana, alicerçado pela Constituição brasileira, o legislador da Lei Maria da Penha agregou à mencionada legislação, uma referência em relação ao reconhecimento dos direitos da mulher, como equiparados aos dos homens, enquanto ser humano.

Desta forma, estão explícitos no artigo 2º e 3º da Lei Maria da Penha, os direitos da mulher, *in verbis*:

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.^[16]

Sobre o tema apontou Rogério Sanches:

O legislador da Lei, lembrou que a mulher, enquanto ser humano igual, possui os mesmos direitos reconhecidos em favor do homem. Tal técnica deveria ser desnecessária, mas como efetivamente não o é, houve a reiteração em norma infraconstitucional, daquilo que a Constituição já prevê, porém que a prática indica que não se costuma cumprir.^[17]

Concernente ao artigo 3º da Lei Maria da Penha, dispõe:

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.

A norma legal trata mais especificamente do princípio da dignidade humana, conforme menciona Rogério Sanches:

Este artigo 3º estabelece direitos que são consagrados na Constituição Federal, mas que agora aparecem relacionados em uma norma específica, em favor da mulher, tendo o legislador adotado uma redação bastante próxima àquela que o constituinte inseriu no artigo 227 da Constituição, em favor da criança e do adolescente. Mas, de qualquer sorte, é como se tivesse expressamente (reiterado) que a mulher deve ser respeitada em sua “dignidade humana” e que cabe ao Poder Público e à sociedade zelar por esse respeito.^[18]

Cumprido esclarecer, que na redação de tal artigo, a necessidade de ratificar que os direitos fundamentais, como sendo direitos da pessoa humana, se expandem em relação à mulher, não somente ao homem, que muitas vezes presumisse detentor da vida de suas companheiras.

Preliminarmente o artigo acima citado se refere ao evidente, por tratar de questões que são amparadas na legislação constitucional, contudo, possui explicação fática. Para Rogério Sanches:

É inegável, historicamente, que a construção legal e conceitual dos direitos humanos se deu, inicialmente, com a exclusão da mulher. Embora os principais documentos internacionais de direitos humanos e praticamente todas as Constituições da era

moderna proclamem a igualdade de todos, essa igualdade, infelizmente, continua sendo compreendida em seu aspecto formal e estamos ainda longe de alcançar a igualdade real, substancial entre as mulheres e homens. A Convenção sobre a

Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a mulher foi, dentre as Convenções da ONU, a que mais recebeu reservas por parte dos países que a ratificaram. E em virtude da grande pressão das entidades

não-governamentais é que houve o reconhecimento de que os direitos da mulher também são direitos humanos, ficando consignado na Declaração e Programa de Ação de Viena (item 18) que: ‘os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais.’^[19]

Seguindo neste norte, tem-se uma nova dimensão acrescida aos direitos fundamentais, observando-se além da concepção igualitária constitucional nua e crua: as concepções de gênero, pois que não é suficiente apenas a igualdade promulgada pela lei, se não for eficaz no meio social.

Nada impede, portanto, que o direito trate de forma desigual os que são juridicamente desiguais e, muito embora a Constituição Brasileira tenha homens e mulheres como iguais, à realidade fática não evidencia a concepção dessa igualdade, devendo assim, a Lei, atentar-se ao papel social.

Alicerçado nesses fundamentos, a Constituição admite que, sob determinadas situações, a legislação promova tratamento diferenciado entre pessoas, desde que haja proporcionalidade e razoabilidade em relação à finalidade pretendida.

A própria Constituição Brasileira prevê tratamento diferenciado em certas circunstâncias, observada a realidade fática, e calcada pelos Tribunais pátrios, conforme segue:

São admitidas as diferenças em decorrência do sexo, em limitações impostas para inscrição em concursos públicos (por exemplo ingresso em Academia Militar de formação de oficiais combatentes das Forças Armadas), com fundamento em razões de ordem sócio-constitucional. (STF – RE 1120.305/RJ – 2ª Turma – Rel. Min. Marco Aurélio)

E ainda:

No concernente ao foro privilegiado, no Estado de São Paulo, com relação ao divórcio direto, já se firmou o

entendimento de que o privilégio é constitucional. O STJ, no entanto, apresenta uma tendência para considerar este privilégio de foro, no caso do divórcio direito, inconstitucional. (STJ – REsp. 27.483/SP – Rel. Min. Waldemar Zveiter – 3ª Turma – DJ 07.04.1997, p. 11.112).

Assim, a novel legislação em favor da mulher, não buscou apenas assegurá-las de seus direitos fundamentais, já concebidos pela Constituição, mas principalmente garantir a efetividade do exercício desses direitos, com o apoio de políticas públicas, previstas na Lei.

Em suma, a Lei Maria da Penha, resguardou à mulher o exercício dos direitos trazidos nos artigos 1º, II e III; 3º, I, III, e IV; 4º II; 5º, I e §§ 1º, 2º, 3º e 4º da Constituição Federal do Brasil de 1988, imputando possível, assim, a reabilitação das vivências sociais entre os gêneros, através da igualdade jurídica por ela declarada.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CENTRO DE REFERÊNCIA E ATENDIMENTO À MULHER.

Os Centros de Referência são espaços de acolhimento/atendimento psicológico, social, orientação e encaminhamento jurídico à mulher em situação de violência, que proporcione o atendimento e o acolhimento necessário à superação da situação de violência ocorrida, contribuindo para o fortalecimento da mulher e o resgate da sua cidadania.

2.1 NORMAS TÉCNICA DE UNIFORMIZAÇÃO DO CRAM

Conforme já foi adiantado no presente estudo, os Centros de Referência visam promover a ruptura da situação de violência e a construção da cidadania por meio de ação global.

Cumprido, ademais, destacar o conceito formulado pela Norma Técnica de Uniformização dos CRAMS:

[...] são estruturas essenciais do programa de prevenção e enfrentamento à violência contra a mulher, atinentes a exercer o papel de articuladores dos serviços

organismos governamentais e não governamentais que integram a rede de atendimento às mulheres em situação de vulnerabilidade social, em função da violência de gênero.[\[20\]](#)

Para definir violência de gênero, a Norma Técnica baseou-se no Conceito formulado na Convenção Interamericana da Organização dos Estados Americanos (OEA), de 1994, conhecida como Conferência de Belém do Pará.

De acordo com a Norma Técnica de Uniformização, os CRAMS têm como seu escopo primário de mediação, o encerramento da situação de violência em que se encontra a mulher recebida, sem intrometer-se no seu direito de autonomia. Para entender a intervenção realizada pelos CRAMS, é imprescindível expor alguns de seus princípios, sendo eles: o reconhecimento da mulher como um sujeito de direitos e, que assim, deve ter as suas escolhas respeitadas; considerar a violência contra a mulher um ato injustificável; acreditar no relato das mulheres, sem ser necessário que elas provem a situação de violência[\[21\]](#).

Cumprir mencionar, que, os CRAMS devem ter sua estrutura jurídica sistematizada em diretrizes específicas, tendo em vista que a segurança deve ser levada em consideração em cada etapa da intervenção. Destaca-se, que é necessário que seja formulado um planejamento interno de segurança do CRAM e também que haja um protocolo de segurança adiantado em conjunto com a rede de segurança pública, para que cada profissional jurídico tenha seu papel definido na mediação, porém cada atendimento é individualizado, ou seja, elaborado de acordo com as necessidades da mulher atendida.[\[22\]](#)

A estrutura dos CRAMS também é objeto da Norma Técnica de Uniformização, a mesma estabelece que o CRAM deva ter equipamentos de comunicação, uma central telefônica com aparelhos de telefone e fax; de transporte, um veículo utilitário; de informática, um computador com acesso a internet e uma máquina copiadora; além de itens caracterizados como diversos, máquina fotográfica, aparelho de TV, aparelho DVD, bebedouro e outros.

Quanto à estrutura física dos CRAMS a Norma Técnica designa à necessidade de um ambiente bem iluminado e sinalizado. O espaço físico mínimo indicado é composto por uma recepção, um espaço de atendimento, uma coordenação, um

ambiente de apoio e áreas comuns. Já em relação aos recursos humanos, o número mínimo de profissionais indicados é de 1 coordenador(a), 2 secretários(as), 2 assistentes sociais, 2 psicólogos(as), 1 advogado(a), 1 educador(a) e 1 ajudante geral. A Norma Técnica de Uniformização salienta ainda com relação aos profissionais do centro, que devem ser priorizadas pela coordenação do centro, a contratação de mulheres, visto que a maioria das mulheres em situação de violência sente-se mais confortável sendo atendida por profissionais do sexo feminino.[\[23\]](#)

Com relação à metodologia de atendimento dos CRAMS, a Norma Técnica descreve quatro fases, sendo elas: acolhimento e informações gerais, diagnóstico inicial e encaminhamento, diagnóstico aprofundado e atendimento e monitoramento e encerramento do atendimento.

Os especialistas do CRAM também devem tomar algumas deliberações de acordo com a informação da mulher em situação de violência, conforme exposto na Norma Técnica:

[...]no caso de violência sexual recente (ocorrida no período de 72 horas anteriores), o Centro de Referência deverá encaminhar, imediata e emergencialmente, a mulher para a equipe de atendimento inicial, que a orientará e a encaminhará emergencialmente para os serviços de saúde.[\[24\]](#)

No caso de relato de uso dos serviços da rede por parte da mulher em situação de violência, os profissionais do CRAM devem entrar em contato com a rede de atendimento para assegurar a precisão das informações. Já nos casos em que a mulher necessite de encaminhamento para a rede de atendimento, o mesmo deve ser realizado diretamente pelo CRAM.

A mulher em situação de violência não deverá levar nenhum arquivo ou documento de encaminhamento, os documentos de encaminhamento deverão ser tramitados institucionalmente, por meio de formulário próprio de encaminhamento, que deverá ter três vias, (...). Uma via do formulário ficará no arquivo do Centro de Referência, e as outras duas vias serão preenchidas

por este serviço, que arquivará a segunda via e enviará a terceira para o Centro de Referência[25].

Ademais, cada um dos tipos de atendimento da fase de diagnóstico aprofundado tem função e objetivos definidos. O atendimento jurídico é individual e tem caráter informativo, sendo o seu objetivo oferecer aconselhamento jurídico e acompanhamentos nos atos administrativos de natureza policial e nos procedimentos judiciais à mulher em situação de violência.

Atesta-se, ainda, que em todas as fases de atendimento, o mesmo deve ter respaldo na ética e o respeito mútuo, além de resguardar o sigilo das informações e a privacidade da mulher em situação de violência. Ressalta-se, que, o profissional da área jurídica deve esclarecer os objetivos e os procedimentos do mesmo à mulher em situação de violência.[26]

Finalmente, no que diz respeito ao o encerramento do atendimento jurídico a mulher e o seu posterior desligamento do CRAM, conforme pontua a Norma Técnica só devem ocorrer:

“[...]quando for verificada a superação da situação da violência, o fortalecimento de mecanismos psicológicos e sociais que tornem viáveis a autodeterminação da mulher.”[27]

Nessa Conjuntura, percebe-se que os Centros de Referências e Atendimento à Mulher devem promover a equidade de gênero, de modo que, por meio da transversalidade e territorialidade, venha a garantir a aplicação de políticas de gênero, fortalecer o enfrentamento à violência contra a mulher e propiciar a execução de ações voltadas ao gênero feminino.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGIMENTO INTERNO DO CENTRO DE REFERÊNCIA E ATENDIMENTO À MULHER NA CIDADE DE MACAPÁ.

Baseando-se no que fora abordado, o Centro de Referência e Atendimento à Mulher (CRAM) oferece os serviços de educação e assessoria jurídica, a qual abrange orientações gerais e jurídicas. Para melhor entendermos o Regimento Interno do CRAM-MACAPÁ, cabe mencionar sobre a rede de atendimento

oferecido as mulheres vítimas de violências domésticas, conforme será exposto a seguir.

3.1 O CRAM E A REDE DE ATENDIMENTOS ÀS MULHERES EM MACAPÁ

O CRAM abarca uma rede de atendimento municipal e se relaciona com diferentes órgãos e instituições para cumprir a sua finalidade no enfrentamento da violência doméstica.

A fim de compreender a articulação do Centro com a rede de atendimento, será explicada uma visão geral sobre o atendimento oferecido às mulheres vítimas de violência doméstica em Macapá, serão estudados os respectivos órgãos de atendimento e apoia às mulheres: DECCM, CAMUF, CRAM, e SEPM.

O Estado do Amapá possui uma Delegacia Especializada de Crimes Contra a Mulher (DECCM) desde 1980, criou a Casa Abrigo Fátima Diniz através da Lei estadual 224 de 28 de agosto de 1995, e no ano de 2005 criou o Centro de Atendimento à Mulher e a Família (CAMUF) que presta atendimento psicossocial e jurídico, proporcionando tratamento à mulher, ao agressor e aos demais envolvidos, como os filhos. [28]

A Rede de Atendimento à Mulher (RAM) foi institucionalizada pelo Governo do Estado do Amapá em 2005 e, se tornou referência nacional por conta de suas ações no enfrentamento de crimes contra a mulher. A RAM é vinculada à Secretaria Extraordinária de Políticas para as Mulheres, e oferece atendimento na maioria dos municípios do estado. a RAM do Amapá foi “criada através de encontros de grupos e movimentos de mulheres que promoviam suporte direto e indireto a vítimas de violência e em situação de vulnerabilidade social”. Participam da RAM 51 instituições governamentais e não governamentais (DECCM, CAMUF, Centro de Referência e Atendimento à Mulher-Bem-Me-Quer (CRAM), Casa Abrigo Fátima Diniz, entre outros). [29]

Cumpra ainda mencionar, que, o corpo de funcionários é em sua maioria do contrato administrativo, existe uma enorme rotatividade dos mesmos nos cargos e necessidade constante de investimentos em

capacitação, dificultando o desempenho dos trabalhos nas instituições de atendimento à mulher. Registra-se a demora no atendimento, morosidade e desídia dos servidores públicos, além das péssimas instalações, mobiliário e um banheiro quase inutilizável.^[30]

Por fim, caso a mulher em situação de violência necessite de atendimento na área da saúde mental, o CRAM entra em contato com o Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) mais próximo da residência da mesma. Nas regiões em que não há CAPS, o CRAM entra em contato com as equipes Saúde da Família (eSF), que integram a Estratégia Saúde da Família (ESF), para encaminhar a mulher em situação de violência a atendimento psiquiátrico.

3.2 REGIMENTO INTERNO DO CENTRO DE REFERÊNCIA E ATENDIMENTO À MULHER MACAPÁ

Conforme consta do Regimento Interno de CRAM-MACAPÁ, a equipe técnica é formada por 11 profissionais de diversas áreas como psicólogas, advogada, assistentes sociais, pedagogas e acessória jurídica. O público que deseja atendimento pode busca-lo tanto de forma espontânea como encaminhada pela Delegacia de Crimes Contra a Mulher (DCCM).^[31]

Na cidade de Macapá, o do Centro de Referência e Atendimento à Mulher (CRAM) foi criado com base no reconhecimento de que a violência de gênero é um fato que exige intervenções do Estado para assegurar os direitos das mulheres garantidos na Constituição Federal, de acordo com o Art. 1º^[32] do Regimento Interno trata-se de uma entidade governamental, política e operacionalmente subordinada à Secretaria do Estado de Justiça e Segurança Pública(SEJUSP).

Ressalta-se que, as estratégias de prevenção do CRAM Macapá concentram-se em palestras, cursos de formação para agentes multiplicadores, fornecimento de preservativos para as usuárias e ações sociais em empresas públicas e privadas.

Tecnicamente a vítima é apenas orientada juridicamente quando recebida ao CRAM e só vai recebe apoio jurídico, após ser atendida no CRAM, ou seja, a qual é encaminhada para a Defensoria Pública do Estado lá a vítima recebe todo apoio de um defensor público, caso ela queira gerar uma queixa contra seu agressor.

De acordo com as normas do Regime Interno do CRAM de Macapá, Sessão V, art. 18, compete à assessoria jurídica:

I- Prestar orientações Jurídicas Integral ao público-alvo do CRAM;

II- Encaminhar se necessário, as usuárias a RAM e aos Órgãos competentes a fim de salvaguardar seus interesses e garantir seus direitos;

III- Acompanhar quando necessário as usuárias nas audiências e na Delegacia da Mulher;

IV- Realizar atividades como palestras educativas e preventivas, levando ao conhecimento da população questões relevantes sobre os direitos e deveres da mulher;

V- Prestar orientações jurídicas a família da usuária quando necessário.[\[33\]](#)

Vale ressaltar, que o CRAM é um órgão que visa orientar e assegurar às mulheres em diversos tipos de acolhimentos, pois se a mesma negar-se em fazer uma denúncia contra seu agressor, o CRAM não poderá obrigá-la e nem induzir a vítima a registrar a ocorrência, uma vez que o Centro de Referência e Atendimento à mulher tem o condão de proteger e abrigar a parte ofendida.

É oportuno mencionar, que, a cidade de Macapá possui uma população estimada em 465.495 mil habitantes. Os dados apresentados pelo Centro de Apoio Operacional de Defesa da Mulher (CAOP) do Ministério Público do Amapá, no ano de 2015 foram registrados 1.486 casos de violência doméstica apenas na cidade de Macapá, sendo que os bairros Congós, Brasil Novo, Novo Horizonte e Pacoval foram que apresentaram os maiores índices.[\[34\]](#)

Conforme consta no Regimento Interno, o atendimento no CRAM Macapá acontece em quatro etapas: acolhimento, atendimento, encaminhamento e monitoramento. O acolhimento é a primeira etapa e ocorre quando a mulher chega no CRAM. Primeiro ela passa por uma triagem, em que ela responde a primeira etapa do Formulário de Acolhimento na recepção junto à técnica administrativa. Depois ela é

acolhida, normalmente por uma das duas psicólogas do CRAM, e recebe o primeiro atendimento. No acolhimento a mulher é ouvida e são preenchidas as questões do Protocolo De Atendimento Da Mulher Em Situação De Violência,, que estão relacionadas à violência doméstica.[\[35\]](#)

Após o acolhimento a mulher recebe o primeiro atendimento, pelo setor da psicologia, a mulher é encaminhada aos outros atendimentos que tiver necessidade. O CRAM dispõe de atendimento na área psicológica, jurídica e da assistência social. A assistente social encaminha a mulher, conforme sua necessidade ao CRAS da sua região, ao cadastro único para recebimento de programas de transferência de renda como o programa Bolsa Família. [\[36\]](#)

No atendimento psicológico, a psicóloga pode verificar a necessidade de encaminhamento para um psiquiatra para atendimento e medicação da mulher, este encaminhamento é feito através do CAPS ou para a Estratégia Saúde da Família (ESF). O atendimento jurídico é para escutar, orientar e informar a mulher acerca dos procedimentos jurídicos em que ela está envolvida, como medida protetiva, separação conjugal e outras questões familiares. O setor jurídico é responsável pelo contato com a defensoria pública, a delegacia da mulher e os juizados especializados. [\[37\]](#)

A última parte do atendimento é o monitoramento, em que os profissionais técnicos, após atender as mulheres vítimas de violência e fazer os encaminhamentos necessários para a rede de atendimento, entram em contato para verificar como está a situação, se ela recebeu os atendimentos agendados, se o agressor está cumprindo a medida protetiva, se a situação está resolvida, ou seja, quais foram os encaminhamentos na sua vida. Se a mulher considera que não há mais situação de risco de violência, de acordo com o monitoramento, o atendimento é considerado finalizado, sendo importante que ela rompeu com o silêncio e com o ciclo de violência. O monitoramento, última etapa do atendimento, apenas se encerra quando o atendimento é considerado encerrado ou quando se perde contato com a beneficiária. [\[38\]](#)

3.3 AS CONTRIBUIÇÕES, AVANÇOS E DESAFIOS DA LEI MARIA DA PENHA FRENTE AO CENTRO DE REFERÊNCIA E ATENDIMENTO À MULHER

Observa-se que a lei supõe que o agressor da mulher vítima de violência doméstica pode recuperar-se através de tratamento, que a vítima está suscetível as variada formas de violência doméstica e que em nome da família, às vezes se cala ao invés de denunciar o agressor, sendo então um dos desafios da Lei Maria da Penha o alcance dessas vítimas que ainda se calam.

A lei apresenta medidas protetivas que sendo usadas com rigor, diminuiria o índice de violência contra a mulher, ao mesmo tempo, retrata a omissão por parte das vítimas. As denúncias são escassas e dificultam a aplicabilidade da lei. Levando em conta que os noticiários nos indicam que não são apenas os heterossexuais que são vítimas de agressão domésticas, os homossexuais também o são.[\[39\]](#)

Desta maneira, o alcance da Lei Maria da Penha à mulher vítima de violência doméstica ainda é limitado, pois o rigor da lei não chega aos agressores que não são denunciados, e a mulher vítima não é inserida a rede de proteção para participação de grupos de empoderamento e protagonismo social.[\[40\]](#)

No entanto, é inegável que a Lei Maria da Penha e a criação do Centro de Referência e atendimento à mulher é um grande avanço no ordenamento jurídico, pois desde seu advento aumentou significativamente o número de denúncias e a procura dos serviços de atendimento, e mais, um grande instrumento de proteção à mulher vítima de violência, pois contribui "pelo direito das mulheres à uma vida livre de violência contribuindo para uma maior efetividade no trabalho profissional".[\[41\]](#)

Vale mencionar, que nos Anos 90 o sistema de saúde e os órgãos de assistência social passam a fazer novas abordagens quanto à questão de violência doméstica.

“Há o surgimento das primeiras casas abrigos, estas incentivadas pelas próprias delegacias, uma vez que os procedimentos jurídicos e policiais não inibiam toda a ação do agressor, sendo que muitas vezes, as denunciante sofriam violência maior como castigo por sua iniciativa”[\[42\]](#)

Verifica-se quem em 20 anos, foram criadas: Delegacias, Centros de referências, Delegacias especializadas, Postos de saúde, Defensoria Pública, IML, com o foco do atendimento na Mulher vítima de

violência doméstica; Apenas em 2003 foi constituída a Secretaria Especial de Políticas par as Mulheres (SPM), com status de ministério; E em 2004 foi elaborado o Plano Nacional para as mulheres que visou a implementação da rede de atendimento (serviços de saúde, delegacias, casa abrigos, IML, serviços sociais)

E em 2007- Lançado o Pacto Nacional pelo enfrentamento à violência contra a mulher, com finalidade de unir os entes da federação para articular ações que visem à política de enfrentamento de violência contra a mulher, através de ações integradas, com a previsão de criação de Centros de referência. Em 2006 foi criado o Ligue 180, rede de atendimento 24 horas com finalidade de ser meio de comunicação para orientações e denúncias; E em 2010 foi criado o Tecele mulher, meio virtual de prestação de atendimento e orientação à Mulher e a Rádio tecele mulher, “que divulga serviços e informações dinâmicas e atualizadas”; Ainda mais, o Conselho Nacional de Justiça, de forma anual realiza as Jornadas de trabalho sobre a Lei Maria da Penha, fazendo levantamentos estatísticos com os índices de violência e sua inibição.

Ressalta-se ainda que, tais serviços de atendimento devem se estender à mulher e seus dependentes, “pois cuidar da mulher é cuidar de seus filhos, é cuidar da nova geração”.[\[43\]](#)

Nesse sentido, é de suma importância que sejam destinados pelo Poder Público no seu plano orçamentário, verbas destinadas à implementação das políticas de afirmação e adotadas todas as demais soluções que possam garantir a efetividade da Lei Maria da Penha.[\[44\]](#)

CONCLUSÃO

A violência doméstica contra a mulher é um tema muito abrangente e delicado, que envolve certos fatores e constitui um grave problema. Este necessita ser reconhecido e enfrentado, tanto pela sociedade como pelos órgãos governamentais, através da criação de políticas públicas que contemplem sua prevenção e combate, assim como o fortalecimento de uma rede de apoio à vítima.

Ressalta-se que, mesmo com a implementação da Lei n.11.340/2006 chamada de Lei Maria da Penha com o objetivo de criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, ainda assim há muito que ser mudado tanto nos atendimentos a estas mulheres em situação de violência como em toda cultura vigente em nossa sociedade. Infelizmente a sociedade ainda encara as relações de gênero de maneira desigual, e a prática do psicólogo não deve fomentar essa desigualdade.

Vale mencionar, que, a articulação da rede de enfrentamento a violência contra a mulher garante a ela uma maior eficiência no tocante a quebra do ciclo de violência na qual ela vivencia. Expor a problemática da violência doméstica não é tarefa fácil para a mulher, uma vez que muitos sentimentos são aflorados e a resolução dos conflitos vivenciados muitas vezes vai exigir da mulher muitas mudanças e novos desafios, e ainda assim, ter que lidar com os filhos e muitas outras questões advindas de uma possível separação.

Apesar dos avanços conquistados no que diz respeito às políticas públicas de combate a violência contra a mulher, os serviços disponibilizados ainda carecem de fortalecimento e apoio, uma vez que os CRAM's precisam unir forças para proporcionar esse enfoque mais integral das mulheres vitimadas. Os profissionais precisam estar em quantidade suficiente para a demanda das usuárias, com treinamento e qualificação consoantes com as necessidades que a temática da violência exige.

Dessa Maneira, conclui-se que o Centro de Referência e Atendimento à Mulher tem sido eficaz nos seus objetivos, apesar das limitações de estrutura física e recursos humanos. Além disso, o CRAM tem demonstrado uma atuação importante na construção de autonomia das mulheres em situação de violência, em especial no âmbito familiar / interpessoal e econômico. Este estudo trata de um assunto novo e relevante no nosso contexto atual, por avaliar uma política pública que ainda não havia sido avaliada. No entanto, o trabalho apresenta limitações, sendo importante que novos estudos e pesquisas sejam realizados para ampliar o conhecimento desta temática. Os próximos trabalhos que abordarem este tema podem seguir as sugestões apontadas neste estudo e, ainda, buscar a opinião das beneficiárias atendidas pelo CRAM acerca da atuação do mesmo.

REFERÊNCIAS:

ARAÚJO, Marcela Cardoso Schutz de; Schutz, Hebert Mendes de Araújo; DIAS, Fernanda Martins. **“A aplicabilidade da Lei Maria da Penha na proteção da violência contra a mulher.”** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: <
http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11065&revista_caderno=3 > Acesso em: 18 de setembro de 2017

BENEVIDES. Marinina Gruska **Os direitos humanos das mulheres: transformações institucionais, jurídicas e normativas no Brasil.** Ceará: EDUECE, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988.** Disponível em: BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Disponível em:

BAHIA. Flávia. **Direito Constitucional Descompilado.** Recife. 3.Ed. Armador. 2017

BRASIL. Presidência Da República. Secretaria Especial de Política para as Mulheres. **Normas técnicas de uniformização dos centros de referência no atendimento as mulheres em situação de violência.** Brasília, 2006b

Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Disponível em:

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica. Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) Comentada artigo por artigo.** São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

Dias, Maria Berenice (2012), **“A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.”** 3. ed. rev.p.206, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça.** Revista dos Tribunais, São Paulo: 2007.

Dados do Sistema IBGE: Disponível em:

Fato constatado no Relatório da Subcomissão Especial para debater o tema da violência contra a mulher. Macapá, 2015.

Governo do Estado do Amapá, secretaria de segurança Pública, **criação das redes de atendimento à mulher.** Disponível em:

GUIMARÃES, Isaac Sabbá e MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Lei Maria da Penha, Aspectos criminológicos, de política criminal e do procedimento penal.** Salvador: Jus Podivm, 2015.

Krieger Grossi, Patrícia, André Tavares, Fabrício, Barros de Oliveira, Simone (2008), “ **A rede de proteção à mulher em situação de violência doméstica: avanços e desafios.**” Athenea Digital, .Disponível em: Acesso em : 19 de Setembro de 2017

LIMA, Fausto Rodrigues de. **A Renúncia das Vítimas e os Fatores de Risco à Violência Doméstica: da Construção à Aplicação do artigo 16 da Lei Maria da Penha.** Rio de Janeiro: Editora Lumem Júris, 2016

Regimento Interno do CRAM Macapá. Disponível em:

NOTAS:

[1] BENEVIDES. Marinina Gruska **Os direitos humanos das mulheres: transformações institucionais, jurídicas e normativas no Brasil.** Ceará: EDUECE, 2016. p. 99.

[2] BENEVIDES. Marinina Gruska **Os direitos humanos das mulheres: transformações institucionais, jurídicas e normativas no Brasil.** Ceará: EDUECE, 2016. p. 100.

[3] DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça.** Revista dos Tribunais, São Paulo: 2007. p. 16.

[4] BENEVIDES. Marinina Gruska **Os direitos humanos das mulheres: transformações institucionais, jurídicas e normativas no Brasil.** Ceará: EDUECE, 2016. p.42.

[5] BENEVIDES. Marinina Gruska **Os direitos humanos das mulheres: transformações institucionais, jurídicas e normativas no Brasil.** Ceará: EDUECE, 2016. p.42.

[6] BENEVIDES. Marinina Gruska **Os direitos humanos das mulheres: transformações institucionais, jurídicas e normativas no Brasil.** Ceará: EDUECE, 2016. p.42.

[7] BENEVIDES. Marinina Gruska **Os direitos humanos das mulheres: transformações institucionais, jurídicas e normativas no Brasil.** Ceará: EDUECE, 2016. p.51

[8] BENEVIDES. Marinina Gruska **Os direitos humanos das mulheres: transformações institucionais, jurídicas e normativas no Brasil.** Ceará: EDUECE, 2016. p.44

[9] Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. **Disponível em:** <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvIntVioMul.html>>

[10] GUIMARÃES, Isaac Sabbá e MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Lei Maria da Pena,**

Aspectos criminológicos, de política criminal e do procedimento penal. Salvador: Jus

Podivm, 2015. p.15.

[11] LIMA, Fausto Rodrigues de. **A Renúncia das Vítimas e os Fatores de Risco à Violência**

Doméstica: da Construção à Aplicação do artigo 16 da Lei Maria da Pena. Rio de Janeiro: Editora Lumem Júris, 2016. p. 50

[12] BENEVIDES. Marinina Gruska **Os direitos humanos das mulheres: transformações institucionais, jurídicas e normativas no Brasil.** Ceará: EDUECE, 2016. p.143

[13] BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Disponível em: BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Disponível em:

[14] BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Disponível em: BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Disponível em:

[15] BAHIA. Flávia. **Direito Constitucional Descompilado**. Recife. 3.Ed. Armador. 2017.p.97

[16] BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Disponível em: BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

[17] CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica. Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) Comentada artigo por artigo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.p.42

[18] CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica. Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) Comentada artigo por artigo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.p.44

[19] CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica. Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) Comentada artigo por artigo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.p. 25

[20] BRASIL. Presidência Da República. Secretaria Especial de Política para as Mulheres. **Normas técnicas de uniformização dos centros de referência no atendimento as mulheres em situação de violência**. Brasília, 2006b.p.11

[21] BRASIL. Presidência Da República. Secretaria Especial de Política para as Mulheres. **Normas técnicas de uniformização dos centros de referência no atendimento as mulheres em situação de violência**. Brasília, 2006b.p.16-17.

[22] BRASIL. Presidência Da República. Secretaria Especial de Política para as Mulheres. **Normas técnicas de uniformização dos centros de referência no atendimento as mulheres em situação de violência**. Brasília, 2006b.p.20-21.

[23] BRASIL. Presidência Da República. Secretaria Especial de Política para as Mulheres. **Normas técnicas de uniformização dos centros de referência no atendimento as mulheres em situação de violência**. Brasília, 2006b.p.32

[24] BRASIL. Presidência Da República. Secretaria Especial de Política para as Mulheres. **Normas técnicas de uniformização dos centros de referência no atendimento as mulheres em situação de violência.** Brasília, 2006b.p.33

[25] BRASIL. Presidência Da República. Secretaria Especial de Política para as Mulheres. **Normas técnicas de uniformização dos centros de referência no atendimento as mulheres em situação de violência.** Brasília, 2006b.p.33-35

[26] BRASIL. Presidência Da República. Secretaria Especial de Política para as Mulheres. **Normas técnicas de uniformização dos centros de referência no atendimento as mulheres em situação de violência.** Brasília, 2006b.p.21

[27] BRASIL. Presidência Da República. Secretaria Especial de Política para as Mulheres. **Normas técnicas de uniformização dos centros de referência no atendimento as mulheres em situação de violência.** Brasília, 2006b.p.39

[28] PEREIRA, Ana Carolina Bonfim. **Abrigamento de mulheres vítimas de violência doméstica na cidade de Macapá/AP.** Disponível em:

[29] Governo do Estado do Amapá, secretaria de segurança Pública, **criação das redes de atendimento à mulher.** Disponível em:

[30] Fato constatado no Relatório da Subcomissão Especial para debater o tema da violência contra a mulher. Macapá, 2015.

[31] Regimento Interno do CRAM Macapá.

[32] Regimento Interno do CRAM Macapá.

[33] Regimento Interno do CRAM Macapá.

[34]Dados do Sistema IBGE: Disponível em:

[35] Regimento Interno do CRAM Macapá

[36] Regimento Interno do CRAM Macapá

[37] Regimento Interno do CRAM Macapá.

[38] Regimento Interno do CRAM Macapá.

[39] ARAÚJO, Marcela Cardoso Schutz de; Schutz, Hebert Mendes de Araújo; DIAS, Fernanda Martins. **“A aplicabilidade da Lei Maria da Penha na proteção da violência contra a mulher.”** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: <
http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11065&revista_caderno=3 > Acesso em: 18 de setembro de 2017

[40] ARAÚJO, Marcela Cardoso Schutz de; Schutz, Hebert Mendes de Araújo; DIAS, Fernanda Martins. **“A aplicabilidade da Lei Maria da Penha na proteção da violência contra a mulher.”** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: <
http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11065&revista_caderno=3 > Acesso em: 18 de setembro de 2017

[41] Krieger Grossi, Patrícia, André Tavares, Fabrício, Barros de Oliveira, Simone (2008), **“A rede de proteção à mulher em situação de violência doméstica: avanços e desafios.”** Athenea Digital, p. 267. Disponível em: Acesso em : 19 de Setembro de 2017.

[42] Krieger Grossi, Patrícia, André Tavares, Fabrício, Barros de Oliveira, Simone (2008), **“A rede de proteção à mulher em situação de violência doméstica: avanços e desafios.”** Athenea Digital, p. 269. Disponível em: Acesso em : 19 de Setembro de 2017.

[43] Dias, Maria Berenice (2012), **“A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.”** 3. ed. rev.p.206, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais

[44] Dias, Maria Berenice (2012), **“A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.”** 3. ed. rev.p.207, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais

ÁLCOOLISMO PRECOCE: A PREVENÇÃO É UM DESAFIO EM BUSCA DE SEU COMBATE

LUCIA DE FATIMA DA SILVA PARENTE:
Bacharel em Serviço Social/Especialista em
Gestão de Políticas Públicas. Faculdade Terra
Nordeste - FATENE.

RESUMO: Fazemos um relato sobre a presença abusiva do consumo de álcool por crianças e adolescentes em nossa sociedade. Existem Leis proibem a venda de bebidas alcoólicas a menores de 18 anos como forma de prevenção ao alcoolismo precoce e as consequências advindas desse entorpecente consideradas um problema de saúde pública. A metodologia aplicada foi de cunho bibliográfico, onde pesquisamos em livros, leis e acesso a sites da internet, assuntos direcionados ao tema. A pesquisa teve início em agosto de 2016 e atualizada em agosto de 2017. Buscamos compreender com essa pesquisa, as formas de combate ao alcoolismo precoce e como é possível advertir os jovens das consequências do uso do álcool.

Palavras-chave: Alcoolismo. Prevenção. Alcoolismo precoce.

ABSTRACT: We report on the abusive presence of alcohol consumption by children and adolescents in our society. There are laws prohibiting the sale of alcoholic beverages to minors under 18 years as a form of prevention to early alcoholism and the consequences of this drug considered a public health problem. The applied methodology was of bibliographic character, where we investigated in books, laws and access to Internet sites, subjects directed to the theme. The research began in August 2016 and updated in August 2017. We seek to understand with this research, ways to combat early alcoholism and how it is possible to warn young people of the consequences of alcohol use.

Keywords: Alcoholism. Prevention. Early alcoholism. Public. policies.

¹Bacharel em Serviço Social e Especialista em Gestão de Políticas Públicas

SUMÁRIO: 1INTRODUÇÃO. 2 ALCOOLISMO 2.1 As consequências do consumo precoce de álcool e drogas. 2.2 Levantamentos epidemiológicos sobre o consumo precoce de drogas 2.3 As legislações sobre o consumo de drogas para a população jovem 2.4 Políticas públicas para a prevenção do consumo precoce de drogas 2.5 Prevenções para o uso precoce de álcool 3. CONCLUSÃO REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O alcoolismo é um fator dominante em nossa sociedade e suas consequências causam grandes prejuízos ao desenvolvimento da mesma, principalmente quando seu uso surge precocemente.

O aumento deste fenômeno na população jovem vem prejudicando seu desenvolvimento atingindo as mais diferentes classes sociais, sem distinção de gênero, raça ou posição social.

Através de revisão de literatura, leitura de Leis e outras fontes, observou-se que o alcoolismo precoce necessita de atenção. Neste sentido é preciso que haja investimentos em políticas públicas para prevenção ao hábito que cresce a cada dia dentro da sociedade. É preciso que as políticas públicas ajam de maneira a contribuir para um país mais igualitário e livre de dependentes.

Neste aspecto a pesquisa tem como objetivo compreender de que forma as políticas públicas podem ser uma ferramenta de combate ao alcoolismo precoce, bem como buscar entender o conceito de alcoolismo; analisar os principais levantamentos epidemiológicos; interpretar as legislações voltadas para os jovens e avaliar como é possível prevenção contra o alcoolismo.

2 ALCOOLISMO

O conceito de alcoolismo vem ampliando-se ao longo da história de nossa sociedade. É um quadro de saúde que os médicos chamam de Síndrome de Dependência do Álcool e que atingem uma pequena proporção daqueles que bebem. (BRASIL, 2013).

O alcoolismo aparece como um agravo importante, entre jovens acima de 12 anos de idade e adultos, e está associado a outras patologias, como cirrose, diabetes, hipertensão arterial, depressão, doenças do coração e do aparelho digestivo. (SUPERA, 2014, p. 80).

Para Barboza (2011, p. 1): “O alcoolismo é toda forma de consumo de bebidas alcoólicas que ultrapassa o uso tradicional, ou que não está de acordo com as normas sociais estabelecidas dentro de um marco cultural dado.”

Lopes (2012) salienta que o alcoolismo nunca foi um problema exclusivo de adultos. Ocorre também entre jovens e adolescentes, sendo eles meninos ou meninas.

A pessoa que consome bebidas alcoólicas de forma excessiva, ao longo do tempo, pode desenvolver dependência, condição conhecida como alcoolismo. Os fatores que podem levar ao alcoolismo são variados, envolvendo aspectos de origem biológica, psicológica e sociocultural. A dependência do álcool é condição frequente, atingindo cerca de 10% da população adulta brasileira. (OBID, 2007).

Conforme CISA (2014) o relatório global realizado pela OMS 2014, refere-se que o uso nocivo do álcool é um dos fatores de risco de maior impacto para a morbidade, mortalidade e incapacidades em todo o mundo, e parece estar relacionado a 3,3 milhões de mortes a cada ano. Desta forma, quase 6% de todas as mortes em todo o mundo são atribuídas total ou parcialmente ao álcool.

A avaliação criteriosa de uma equipe multiprofissional, portanto, torna-se relevante, pois permitirá determinar a necessidade específica do tipo de tratamento para cada paciente, podendo ser associada à farmacologia a terapias comportamentais em grupos e/ou individuais. (MACEDO; MENDES 2012, p. 10).

Apesar de seu significado ambíguo, alcoolismo é ainda amplamente usado como termo diagnóstico e descritivo. Em 1990, por exemplo, a Sociedade Norte-americana de Adições definiu o alcoolismo como “uma doença crônica primária que tem seu desenvolvimento e suas manifestações influenciados por fatores genéticos, psicossociais e ambientais. (BRASIL, 2006, p. 20).

Segundo Gigliotti e Bessa (2004, p. 2) o conceito de alcoolismo só surgiu no século XVIII, logo após a crescente produção e comercialização do álcool destilado, conseqüente à revolução industrial.

O alcoolismo é uma doença caracterizada por vários problemas relacionados à ingestão repetitiva e excessiva de bebidas com teor alcoólico, em um grau que atinge a vítima em sua saúde física, emocional e mental. Conforme definição do A.A. – Alcoólicos Anônimos, o alcoolismo é “uma doença incurável, progressiva, fatal e que mata desmoralizando”. (ALCOÓLICOS ANÔNIMOS, 2010 apud LOPES, 2012).

Em 1976, Griffith Edwards e Milton Gross propuseram uma nova síndrome a Síndrome de Dependência do Álcool (SDA). (GIGLIOTTI; BESSA, 2004, p. 2).

2.1 As conseqüências do consumo precoce de álcool e drogas.

As drogas presentes na população de jovens são comprometedoras para a saúde e o comportamento social, conforme o documento Brasil (2013), aqueles que começam a beber ainda jovens percebem que, depois de alguns drinks, em geral, fica-se mais relaxado e alegre. A partir dessa descoberta, é natural que se pense que quanto mais se beber, mais relaxada e mais alegre uma pessoa vai ficar.

O uso de drogas e suas conseqüências adversas é um tema de relevante preocupação mundial, dado o número de usuários existentes e seu impacto sobre os indivíduos e a sociedade. (BRASIL, 2010, p.12).

O universo jovem vem se apresentando cada vez mais propenso à busca precoce pelo álcool, muitas vezes estimulado pela própria família, seja pela chupeta molhada no chope do pai, ou por uma taça completa nas festividades de fim de ano. Outro estudo de relevância mostra que 46% dos jovens brasileiros admitem ter bebido a primeira vez por intermédio de familiares. (JORDÃO, 2010 apud MACEDO; MENDES, 2012, p. 7).

“Vários são os agravantes que o álcool, uma droga psicoativa, provoca nos indivíduos, o que varia a depender da quantidade, frequência e tipo de bebida.” (ANJOS; SANTOS; ALMEIDA, 2012, p. 430).

“O uso de álcool, produtos de tabaco e outras drogas é um fenômeno mundial que tem transcendido a categoria de “problemas de saúde”. (BRASIL, 2010, p.16).

“Conviver num lugar onde o consumo de substâncias psicoativas é aceitável é uma porta que se abre para que o adolescente também seja aceito.” (CANAVEZ; ALVES; CANAVEZ, 2010, p. 60).

“É durante a adolescência que o jovem forma sua personalidade e individualidade, e é também o período em que as drogas se fazem mais presentes”.”(CAVALCANTE; ALVES; BARROSO, 2008, p, 555).

Para Madruga (2014) uso dessas substâncias nessa idade leva a consequências desastrosas, afetando de forma permanente a maturação das áreas ainda em crescimento e a forma com que o indivíduo toma decisão.

A adolescência é uma fase de desenvolvimento humano que tem o seu início marcado pelas modificações físicas e psicológicas da puberdade. Tem importância fundamental, tanto para a formação da identidade, quanto para o desenvolvimento da personalidade. Na esfera social, surge a forte adesão ao grupo, que funciona como um novo modelo de identificação e aceitação pelos amigos. Por estar vulnerável a essas modificações e pressões que sofre e pelos grupos de pares, o adolescente pode ver a droga como algo fantástico para solucionar essa espécie de “crise”, aliviando a angústia e possibilitando um estado de força e prazer. (CANAVEZ; ALVES; CANAVEZ, 2010, p. 61).

De acordo com Pinsky, **Zaleski** e Laranjeira (2012) vários estudos epidemiológicos realizados até o momento já apontaram que o consumo de bebidas alcoólicas no Brasil, particularmente entre os jovens, é um importante problema de saúde pública. Dados para apoiar esta afirmação, têm origem em uma

série de fontes, incluindo levantamentos entre estudantes, pesquisas com crianças e adolescentes em situação de rua, dados sobre internações hospitalares e levantamentos domiciliares.

“O abuso de álcool e outras drogas está relacionado com 50% dos suicídios entre jovens, sendo que o consumo de álcool está envolvido em 80 a 90% dos acidentes automobilísticos na faixa dos 16 aos 20 anos.” (DIEHL, 2011, p. 360).

Para Malta et.al. (2011) a constante exposição dos adolescentes à mídia direcionada a propagandas de bebidas foi associada ao consumo de álcool entre adolescentes. Alguns estudos mostram que a pior condição socioeconômica aumenta o risco do consumo de álcool na adolescência. Além do álcool, outras drogas constituem um importante fator de risco nesta fase da vida, por se tratar de um período de vulnerabilidade para aquisição do hábito de consumir substâncias psicoativas.

Para Cavalcante, Alves e Barroso (2008) o consumo de álcool em excesso pelo adolescente traz consequências graves para sua saúde, evidenciando-se que esta droga socialmente aceita é a porta de entrada para o consumo e o vício em outras drogas, ditas ilícitas.

O consumo de drogas lícitas na vida diária das pessoas tem permeado o cenário de convívio sociocultural, no qual se encontram, principalmente, adolescentes e jovens adultos, que estão mais vulneráveis e participam deste consumo sem se dar conta de que o álcool é uma das drogas lícitas mais potentes.(ANJOS; SANTOS; ALMEIDA, 2012, p. 425).

De acordo com Laranjeira (2007), adolescentes que consomem bebidas alcoólicas podem ter consequências negativas tão diversas como problemas nos estudos, problemas sociais, praticar sexo sem proteção e/ou sem consentimento, maior risco de suicídio ou homicídio e acidentes relacionados ao consumo

Para Andrade (2013), Embora existam evidências científicas de potenciais benefícios do consumo de álcool em níveis leves a moderados, principalmente no sistema cardiovascular, o impacto do consumo nocivo na saúde pública é considerável, tanto em termos de morbidade como mortalidade.

2.2 Levantamentos epidemiológicos sobre o consumo precoce de drogas

Os levantamentos epidemiológicos realizados no Brasil esclarecem a presença do uso de álcool entre jovens desafiando formas de controle para essa questão social.

“Fica claro nos estudos epidemiológicos realizados até o momento que o consumo de bebidas alcoólicas no Brasil, particularmente entre os jovens, é um importante problema de saúde pública”. (LARANJEIRA, 2007, p. 9)

A Organização Mundial da Saúde (ONU) aponta o álcool como sendo a substância psicoativa mais consumida por crianças e adolescentes. A média de idade, no Brasil, para o primeiro uso de álcool é de 12,5 anos. (SUPERA, 2014, p. 68).

Conforme Madruga (2014) a análise das prevalências obtidas pelo Levantamento Nacional de Álcool e Drogas sobre o consumo de drogas no Brasil apontam uma tendência: as faixas etárias mais jovens não só são um fator de risco para o uso, mas também para uma serie de comportamentos decorrentes destes consumos.

Conforme SUPERA (2014), em relação ao tipo de estudo os levantamentos epidemiológicos, fornecem dados diretos do consumo de drogas. Foram realizados 04 levantamentos no período de 2001 a 2010, sendo eles: domiciliar, com estudantes do ensino fundamental e médio, universitários e com crianças e adolescentes em situação de rua.

De acordo com Laranjeira (2007) os cinco levantamentos realizados até o momento (1987/89/93/97 e 2003) apontam que o consumo de drogas, incluindo o álcool, é bastante alto entre crianças e adolescentes de 9 a 18 anos

Em relação ao I levantamento domiciliar a proporção de dependentes de álcool, em relação ao uso na vida, traz danos interessantes Aproximadamente, de cada cinco pessoas do sexo masculino que fez uso na vida de álcool, uma delas ficou dependente. A proporção para feminino dobra e é de 10:1. (CEBRID, (2002).

De acordo com o II levantamento LENAD (2012) em 2006, 8% da população adulta - 10% dos homens e 6% das mulheres - declaravam ter iniciado o consumo regular de bebidas até os 15 anos. Em 2012, essa proporção subiu para 14% na população adulta – passando para 16% entre os homens e 10% entre as mulheres.

Houve outro levantamento segundo Laranjeira (2007), o I Levantamento Nacional sobre os Padrões de Consumo de Álcool na População Brasileira. Entre novembro de 2005 e abril de 2006 foram realizadas 3.007 entrevistas da pesquisa, que foi a campo em 143 municípios brasileiros, de norte a sul do País onde o consumo de álcool, prevalecia em jovens de 18 a 25 anos. Os jovens ingressam no mundo do álcool aos 14 anos de idade, ainda adolescentes, aumentando a proporção até os 25 anos.

Em relação ao levantamento entre os estudantes de ensino médio e fundamental Laranjeira (2007) ressalta que até o momento, foram realizados cinco levantamentos mais amplos com essa população. Os resultados do último levantamento, do ano de 2004, mostram um uso na vida de álcool (definido como qualquer consumo em qualquer momento da vida) de 65% para todos os estudantes, com 41% das crianças da faixa etária de 10-12 anos já tendo experimentado bebidas alcoólicas ao menos 1 vez na vida.

Entre dados mais recentes da pesquisa entre estudantes (VI levantamento), merece destaque o uso de energéticos em mistura como o álcool, com 15,4% dos estudantes do ensino fundamental e médio já tendo feito uso na vida dessa mistura. (SUPERA, 2014, p. 102).

De acordo com CISA (2014), álcool é consumido praticamente em todo o mundo. Globalmente, estima-se que indivíduos com idade de 15 anos ou mais consumiram em torno de 6,2 litros de álcool puro em 2010 (equivalente a cerca de 13,5g por dia). No Brasil, o consumo total estimado é equivalente a 8,7L por pessoa, quantidade superior à média mundial. Estima-se que homens consumam 13,6L por ano, e as mulheres, 4,2L por ano. Quando são considerados apenas os indivíduos que consomem álcool, esta média sobe para 15,1L de álcool puro por pessoa (sendo mulheres: 8,9L e homens: 19,6L). (CISA, 2014).

Os levantamentos acima citados são fontes de pesquisa que comprovam a pertinência do consumo de bebidas alcoólicas por jovens em todo Brasil.

Para Guerra (2013 apesar de ser proibida a venda,), no Brasil, a oferta, o fornecimento, e a permissão do uso de álcool entre menores de 18 anos de idade, levantamentos nacionais apontam que o consumo de bebidas alcoólicas por adolescentes é realidade bastante difundida.

2.3 As legislações sobre o consumo de drogas para a população jovem

Existem legislações brasileiras voltadas para a prevenção, controle, e punição para a venda e consumo de bebidas para menores. A Lei 14592, do Estado de São Paulo (2011), alerta que: Artigo 1º - Fica proibido, no Estado de São Paulo, vender, ofertar, fornecer, entregar e permitir o consumo de bebida alcoólica, ainda que gratuitamente, aos menores de 18 (dezoito) anos de idade.

O Estado de Mato Grosso do Sul, sancionou em março de 2012 a Lei 4173 (2012) onde segue a mesma diretriz da Lei 14592/11.

O Estado de Santa Catarina publicou a Lei 16035/13 onde destaca que: Art. 1º Fica proibido vender, ofertar, fornecer, entregar, mesmo que gratuitamente, e permitir o consumo de bebidas alcoólicas aos menores de 18 (dezoito) anos de idade no Estado de Santa Catarina.

Parágrafo único. A proibição de que trata este artigo abrange todos os estabelecimentos comerciais, coletivos, públicos e ambulantes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA- 1990) descreve em seu artigo a proibição de produtos que causam dependência a crianças e adolescentes:

Art. 81. É proibida a venda à criança ou ao adolescente de:

I - armas, munições e explosivos;

II - bebidas alcoólicas;

III - produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida;

IV - fogos de estampido e de artifício, exceto aqueles que pelo seu reduzido potencial sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida;

V - revistas e publicações a que alude o art. 78;

VI - bilhetes lotéricos e equivalentes. (ECA, 1990).

O mesmo artigo 243 salienta que: vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida: Pena - detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave. (ECA, 1990).

2.4 Políticas públicas para a prevenção do consumo precoce de drogas

A Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (2008), entre suas ações de prevenção determina que:

1.1.3 As ações preventivas devem ser pautadas em princípios éticos e pluralidade cultural, orientando-se para a promoção de valores voltados à saúde física e mental, individual e coletiva, ao bem-estar, à integração socioeconômica e a valorização das relações familiares, considerando seus diferentes modelos.

1.1.4 As ações preventivas devem ser planejadas e direcionadas ao desenvolvimento humano, o incentivo à educação para a vida saudável, acesso aos bens culturais, incluindo a prática de esportes, cultura, lazer, a socialização do conhecimento sobre drogas, com embasamento científico, o fomento do protagonismo juvenil, da participação da família, da escola e da sociedade na multiplicação dessas ações.

1.1.5 As mensagens utilizadas em campanhas e programas educacionais e preventivos devem ser claras, atualizadas e fundamentadas cientificamente, considerando as especificidades do público-alvo, as diversidades culturais, a vulnerabilidade, respeitando as diferenças de gênero, raça e etnia. (SENAD, 2008, p18).

Sobre as informações ofertadas a população de jovens que consomem drogas em idades precoces a SENAD (2008) relata que:

Art. 16. O Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas reunirá e centralizará informações e conhecimentos atualizados sobre drogas, incluindo dados de estudos, pesquisas e levantamentos nacionais, produzindo e divulgando informações, fundamentadas cientificamente, que contribuam para o desenvolvimento de novos conhecimentos aplicados às atividades de prevenção do uso indevido, de atenção e de reinserção social de usuários e dependentes de drogas e para a criação de modelos de intervenção baseados nas necessidades específicas das diferentes populações-alvo, respeitadas suas características socioculturais.(SENAD, 2008, P.53)

De acordo com CISA (2014) no relatório da OMS (2014) conta que as políticas públicas e intervenções devem ser orientadas e formuladas a partir dos interesses da saúde pública, com metas muito bem definidas e baseadas nas melhores evidências disponíveis.

Entre as diretrizes da política Nacional sobre álcool, estão presentes formas de implantações para controle e prevenção do uso de álcool por adolescentes:

8 - promover programas de formação específica para os trabalhadores de saúde que atuam na rede de atenção integral a usuários de álcool do SUS;

9 - regulamentar a formação de técnicos para a atuação em unidades de cuidados que não sejam componentes da rede SUS;

10 - promover ações de comunicação, educação e informação relativas às consequências do uso do álcool;

11 - promover e facilitar o acesso da população às alternativas culturais e de lazer que possam constituir alternativas de estilo de vida que não considerem o consumo de álcool;

12 - incentivar a regulamentação, o monitoramento e a fiscalização da propaganda e publicidade de bebidas alcoólicas, de modo a proteger segmentos populacionais vulneráveis ao consumo de álcool em face do hiato existente entre as práticas de comunicação e a realidade epidemiológica evidenciada no País;

13 - estimular e fomentar medidas que restrinjam, espacial e temporalmente, os pontos de venda e consumo de bebidas alcoólicas, observando os contextos de maior vulnerabilidade às situações de violência e danos sociais. (BRASIL, PNSA, 2007).

Entre os pressupostos da Política Nacional Sobre Drogas

Reconhecer o uso irracional das drogas lícitas como fator importante na indução de dependência, devendo, por esse motivo, ser objeto de um adequado controle social, especialmente nos aspectos relacionados à propaganda, comercialização e acessibilidade de populações vulneráveis, tais como crianças e adolescentes. (BRASIL, 2005, p. 2).

O principal desafio na implementação das políticas elaboradas é a captação do público-alvo, trazer o adolescente para as unidades de saúde, a fim de otimizar o contato deste com a equipe de saúde e assim disponibilizar os serviços de apoio, bem como facilitar o acesso à informação.” (CAVALCANTE; ALVES; BARROSO, 2008. p. 557).

A Política Nacional Sobre Álcool (2007) tem como forma de política de prevenção entre outros, publicar os dados do I Levantamento Nacional sobre os Padrões de Consumo do Álcool na População Brasileira, observando o recorte por gênero e especificando dados sobre a população jovem e a população indígena; Intensificar a fiscalização quanto ao cumprimento do disposto nos Artigos. 79, 81, incisos II e III, e 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA); Intensificar a fiscalização e incentivar a aplicação de medidas proibitivas sobre venda e consumo de bebidas alcoólicas nos campos universitários.

Em relação ao Sistema Único de Saúde (SUS), O Ministério da Saúde (2009), cita prevenções voltadas ao uso precoce de drogas como:

VIII - priorização de ações para crianças, adolescentes jovens em situações de vulnerabilidade: há uma tendência de uso de álcool e outras drogas cada vez mais cedo nessa população, além das altas prevalências de uso de álcool e drogas entre jovens. Esta situação apresenta-se mais grave quando se considera também o impacto das consequências danosas do álcool e do crack, por exemplo, na vida afetiva, familiar e social, além dos prejuízos à saúde nessa população;

IX - enfoque Inter setorial: o cuidado à saúde mental da população infanto-juvenil tem sempre caráter multidisciplinar e Inter setorial. As ações de atenção integral à crianças e adolescentes não se desenvolvem somente no campo das ações clínicas, mas se relacionam com as questões da família, da comunidade, da escola, da moradia, do trabalho, da cultura, além dos grandes problemas sociais do mundo contemporâneo - como o tráfico de drogas e a violência;

X - qualificação das redes de saúde: devem ser ampliadas as ofertas de capacitação e fortalecidos os processos de formação permanente e supervisão para profissionais que lidam com essa população, de acordo com as demandas identificadas; e

XI - adoção da estratégia de redução de danos: este deve ser um norte ético de todo e qualquer serviço do SUS, que deve reduzir os danos decorrentes do consumo de álcool e outras drogas, especialmente relacionados à saúde, mas não exclusivamente. Trata-se de uma diretriz que toma como base as condições e possibilidades do usuário do SUS, em vez de partir do que os serviços oferecem. (M.S, 2009).

Tratando-se de saúde mental o Ministro da Saúde (2011), através da Política Nacional de Saúde Mental atribui ao usuário de drogas menores de idade que:

CAPS AD: atende adultos ou crianças e adolescentes, considerando as normativas do Estatuto da Criança e do Adolescente, com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas. Serviço de saúde mental aberto e de caráter comunitário, indicado para municípios ou regiões com população acima de 70.000 habitantes. e) CAPS AD III: atende adultos ou crianças e adolescentes, considerando as normativas do Estatuto da Criança e do Adolescente, com necessidades de cuidados clínicos contínuos. Serviço com no máximo 12 leitos para observação e monitoramento, de funcionamento 24 horas, incluindo feriados e finais de semana; indicado para municípios ou regiões com população acima de 200.000 habitantes.

CAPS i: atende crianças e adolescentes com transtornos mentais graves e persistentes e os que fazem uso de crack, álcool e outras drogas. Serviço aberto e de caráter comunitário indicado para municípios ou regiões com população acima de 150.000 habitantes. (M.S, 2011).

O ECA (1990) busca efetivação de programas e projetos como rege o art. 7º que a criança e ao adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde,

mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

O Estatuto da Juventude (2013) em suas diretrizes gerais direciona normas de políticas públicas em favor dos jovens em suas diretrizes:

Os agentes públicos ou privados envolvidos com políticas públicas de juventude devem observar as seguintes diretrizes:

I - desenvolver a intersetorialidade das políticas estruturais, programas e ações;

II - incentivar a ampla participação juvenil em sua formulação, implementação e avaliação;

III - ampliar as alternativas de inserção social do jovem, promovendo programas que priorizem o seu desenvolvimento integral e participação ativa nos espaços decisórios;

IV - proporcionar atendimento de acordo com suas especificidades perante os órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população, visando ao gozo de direitos simultaneamente nos campos da saúde, educacional, político, econômico, social, cultural e ambiental;

V - garantir meios e equipamentos públicos que promovam o acesso à produção cultural, à prática esportiva, à mobilidade territorial e à fruição do tempo livre;

VI - promover o território como espaço de integração;

VII - fortalecer as relações institucionais com os entes federados e as redes de órgãos, gestores e conselhos de juventude;

VIII - estabelecer mecanismos que ampliem a gestão de informação e produção de conhecimento sobre juventude;

IX - promover a integração internacional entre os jovens, preferencialmente no âmbito da América Latina e da África, e a cooperação internacional;

X - garantir a integração das políticas de juventude com os Poderes Legislativo e Judiciário, com o Ministério Público e com a Defensoria Pública; e

XI - zelar pelos direitos dos jovens com idade entre 18 (dezoito) e 29 (vinte e nove) anos privados de liberdade e egressos do sistema prisional, formulando políticas de educação e trabalho, incluindo estímulos à sua reinserção social e laboral, bem como criando e estimulando oportunidades de estudo e trabalho que favoreçam o cumprimento do regime semiaberto. (EJ, 2013).

Em relação a política de saúde promove a habilitação dos professores e profissionais de saúde e de assistência social para a identificação dos problemas relacionados ao uso abusivo e à dependência de álcool, tabaco e outras drogas e o devido encaminhamento aos serviços assistenciais e de saúde;

VIII - valorização das parcerias com instituições da sociedade civil na abordagem das questões de prevenção, tratamento e reinserção social dos usuários e dependentes de álcool, tabaco e outras drogas;

IX - proibição de propagandas de bebidas contendo qualquer teor alcoólico com a participação de pessoa com menos de 18 (dezoito) anos de idade;

X - veiculação de campanhas educativas relativas ao álcool, ao tabaco e a outras drogas como causadores de dependência; e

XI - articulação das instâncias de saúde e justiça na prevenção do uso e abuso de álcool, tabaco e outras drogas, inclusive esteróides anabolizantes e, especialmente, crack. (EJ, 2013)

2.5 Prevenções para o uso precoce de álcool

Existem vários grupos e fatores que influenciam na prevenção do consumo precoce de álcool além de políticas públicas, para Guerra (2013), Diante deste cenário, pais e familiares desempenham um papel importante na prevenção do uso de álcool pelos jovens. As primeiras interações da criança ocorrem com seus familiares e podem ser positivas ou negativas. Por essa razão, os fatores que afetam o desenvolvimento na família são provavelmente os mais cruciais, podendo exercer tanto um caráter protetor como de risco para o uso e abuso do álcool.

O universo jovem vem se apresentando cada vez mais propenso à busca precoce pelo álcool, muitas vezes estimulado pela própria família, seja pela chupeta molhada no chope do pai, ou por uma taça completa nas festividades de fim de ano. Outro estudo de relevância mostra que 46% dos jovens brasileiros admitem ter bebido a primeira vez por intermédio de familiares (JORDÃO, 2010 apud MENDES; MACEDO, 2012).

Conforme Guerra (2013) evidências científicas apontam que determinadas características ou situações podem aumentar ou diminuir a probabilidade de surgimento e/ou agravamento de problemas com o álcool, conhecidas como "fatores de risco e proteção".

Tratando-se de políticas públicas de promoção e prevenção à saúde desses indivíduos, os profissionais de saúde e educação devem ajudar os estudantes a não ingerir bebidas alcoólicas. Nesse sentido, as medidas a serem tomadas devem incluir o âmbito da família e da comunidade, favorecendo mudanças comportamentais dos envolvidos e propiciando redução dos riscos e consequências que essa droga pode ocasionar (ANJOS; SANTOS; ALMEIDA, 2012, p. 421).

Cavalcante, Alves e Barroso, (2008 apud MORAES, LEITÃO; BRAGA, 2002) concordam que as políticas de saúde não estão atuando eficazmente em situações de reabilitação de jovens; sem falar que os poucos resultados positivos

alcançados pelos serviços especializados em reabilitação esbarram na complexidade que envolve a realidade socioeconômica, a exclusão social, o desemprego, a falta de perspectiva e a violência, condições identificáveis na vida dos adolescentes.

Baseado no relatório da OMS (2014) o CISA (2014) relata como prevenção ao alcoolismo que indivíduos e familiares afetados pelo uso nocivo do álcool devem ter acesso a prevenção e serviços de saúde eficazes e com preços acessíveis; Crianças, adolescentes e adultos que optam por não beber têm o direito de serem apoiados no seu comportamento e protegidos das pressões para beber.

A Segunda Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, em Adelaide, Austrália, identificou quatro áreas prioritárias para promover ações imediatas em políticas públicas saudáveis. Entre elas, configurou o uso de tabaco e álcool, descritos como dois grandes riscos à saúde, que merecem imediata atenção dentro da perspectiva das políticas públicas voltadas à saúde. As cartas para a Promoção da Saúde não só têm o interesse em elaborar políticas públicas saudáveis como também em promover a responsabilidade social para com a saúde. (CAVALCANTE; BARROSO, 2008, p. 557)

De acordo com Guerra (2013) ainda é preciso considerar o próprio contexto da adolescência: esses jovens estão passando por uma fase importante da vida, repleta de mudanças (físicas, psicológicas e sociais), oportunidades e, conseqüentemente, vulnerabilidades associadas a comportamentos de risco, que podem ter efeitos importantes para a saúde e bem-estar. Por isso, é necessário um olhar diferenciado para esse grupo e, apesar da complexidade deste tema, o trabalho preventivo é fundamental, uma vez que as conseqüências negativas do uso de álcool podem (e devem) ser evitadas.

“A promoção da saúde do adolescente é objeto de debates, tanto na área acadêmica como nas instituições de saúde e educação. A principal preocupação é no sentido de estimular nos adolescentes comportamentos e estilos de vida saudáveis que insiram no eixo de motivação para o autocuidado.” (CAVALCANTE, ALVES; BARROSO, 2008, p. 558).

3. CONCLUSÃO

O alcoolismo precoce está presente em nossa sociedade neste sentido, é preciso uma busca da efetivação de políticas públicas que venham buscar soluções para este problema que atinge principalmente a população de jovens.

Ao refletir sobre o conceito de alcoolismo concluiu-se que o mesmo tornou-se um agravante para a sociedade em termo de saúde pública tornando-se uma síndrome comprometedora no desenvolvimento do ser humano, principalmente quando esse grupo pertence aos adolescentes.

Em relação ao consumo precoce suas consequências são de proporções prejudiciais em todas as categorias direcionadas ao desenvolvimento do corpo e mente que passa por transformações no período de adolescência exigindo uma forma física e psicológica para um bom desempenho.

Os levantamentos epidemiológicos analisados refletem claramente que o uso do álcool precocemente ainda está presente em nossa sociedade, desafiando estratégias e políticas públicas para sua prevenção e controle.

As legislações brasileiras implementadas e direcionadas a crianças e adolescentes citam proibições e penalidades na forma da Lei para venda e consumo de bebidas para o referido público como forma de erradicar esse problema em nossa sociedade.

As políticas públicas surgem como forma de prevenção convocando Estados e grupos para elaboração de estratégias e controle do alcoolismo precoce sensibilizando a população.

As formas de prevenção além das políticas públicas, contam também com a família, escolas e comunidades em busca de conscientização para as causas que podem influenciar ao consumo precoce de drogas, como o álcool.

Diante deste cenário, pode-se concluir que o alcoolismo precoce, ainda é um problema social e de saúde pública desafiando nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Arthur Guerra de. **Prevenção do uso nocivo de álcool entre os jovens** 2013. Disponível em: <<http://www.cisa.org.br>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

ANJOS, Karla Ferraz dos; SANTOS, Vanessa Cruz; ALMEIDA, Obertal da Silva. Caracterização do consumo de álcool entre estudantes do ensino médio. **Revista Baiana de Saúde Pública**, abr./jun. 2012. Disponível em: <<http://inseer.ibict.br>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

BARBOZA, Misael, **Vencendo o alcoolismo**. 2013. Disponível em: <<http://vencendo-o-alcoolismo.blogspot.com.br>>. Acesso em: 13 ago. 2017

BRASIL, Ministério da Justiça. Secretaria especial de Direitos Humanos **Estatuto da criança e do adolescente**. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 1990.

_____, Ministério da Justiça, **Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

_____ Resolução nº3/GSIPR/CH/CONAD, de 27 de outubro de 2005. **Política nacional sobre drogas**. Disponível em: <<http://www.obid.senad.gov.br>>. Acesso em: 6 ago. 2017.

_____ **Glossário de álcool e drogas** / Tradução e notas: J. M. Bertolote. Brasília: Secretaria Nacional Antidrogas, 2006. Disponível em: <<http://www.obid.senad.gov.br>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

_____ Política Nacional Sobre Álcool, **DECRETO Nº 6.117, DE 22 DE MAIO DE 2007**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 7 ago. 2017.

_____, **Legislação e Políticas Públicas sobre Drogas** / Brasília, Presidência da República, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, (SENAD) 2008. Disponível em: >. Acesso em: 3 ago. 2017.

_____, Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. **I Levantamento Nacional sobre o Uso de Álcool, Tabaco e Outras Drogas**

entre **Universitários das 27 Capitais Brasileiras** GREA/IPQ-HC/FMUSP; organizadores ANDRADE Arthur Guerra de; DUARTE Paulina do Carmo Arruda Vieira; OLIVEIRA Lúcio Garcia de. – Brasília: SENAD, 2010.

_____, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. **Drogas: cartilha álcool e jovens.** CARLINI, Beatriz H. – 2. ed. 4. Reimpr. –Brasília: Ministério da Justiça, 2013. Disponível em: >. Acesso em: 3 ago. 2017.

_____, Ministério da Justiça. Secretaria Especial de Direitos Humanos. **Estatuto da Juventude, Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013.** Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2013.

_____, Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. Sistema Para Detecção do Uso Abusivo e Dependência de Substâncias Psicoativas: encaminhamento, intervenção breve, reinserção social e acompanhamento. (SUPERA.) **O uso de substancias psicoativas no Brasil: módulo 01.**2014.

CANAVEZ, Marcia Figueira; ALVES, Alisson Rubson; CANAVEZ, Luciano Simões. **Fatores predisponentes para o uso precoce de drogas por adolescentes.** 2010. Disponível em: <<http://web.unifoa.edu.br>>. Acesso em 28 jul.2017.

CAVALCANTE, Maria Beatriz de Paula Tavares; ALVES, Maria Dalva Santos; BARROSO, Maria Graziela Teixeira. **Adolescência, álcool e drogas: uma revisão na perspectiva da promoção da saúde.**2008. Disponível em: . Acesso em: 28 ago.2017.

CEBRID – Centro Brasileiro de Informações Sobre Drogas Psicotrópicas: UNIFESP – Universidade Federal de São Paulo. **I Levantamento domiciliar sobre o uso de drogas psicotrópicas no Brasil.** Estudo envolvendo as 107 maiores cidades do país: 2001 / E.A Carlini... [et al.]. -- São Paulo, 2002.

CISA Centro de Informações Sobre Saúde e Álcool **Relatório global sobre álcool e saúde – 2014.** Disponível em: <<http://www.cisa.org.br>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

_____, LENAD, **II Levantamento nacional de álcool e drogas 2012.** Ronaldo Laranjeira (Supervisão) [et al.], São Paulo: Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Políticas Públicas de Álcool e Outras Drogas (INPAD), UNIFESP. 2014.

DIEHL, Alessandra, **Dependência química: prevenção, tratamento e políticas públicas**. Porto Alegre: Artmed, 2011.

ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, **Lei nº 4.173, de 23 de março de 2012**. Disponível em: . Acesso em: 02 set. 2016.

_____, SÃO PAULO, **Lei nº 14.592, de 19 de outubro de 2011**. Disponível em: . Acesso em: 6 ago. 2017.

_____, SANTA CATARINA, **LEI Nº 16.035, DE 21 DE JUNHO DE 2013**. Disponível em:

GIGLIOTTIA Analice; BESSAB Marco Antônio. **Síndrome de dependência do álcool: critérios diagnósticos**. 2004. Disponível em: . Acesso em: 7 ago.2017.

GUERRA, Arthur, **O papel da família na prevenção e consumo precoce de álcool**. Diálogo aberto e colocação de limites ajudam a proteger crianças e jovens do abuso de bebidas alcoólicas. 2013. Disponível em: <<http://www.minhavidacom.br>>. Acesso em: 7 ago.2017.

LARANJEIRA, Ronaldo... [et al.]; **I Levantamento Nacional sobre os padrões de consumo de álcool na população brasileira** Revisão técnica científica: Paulina do Carmo Arruda Vieira Duarte. Brasília: Secretaria Nacional Antidrogas, 2007. Disponível em: >. Acesso em: 3 ago. 2017.

LOPES, Laís Zanini. **Juventude x alcoolismo**. 2012. Disponível em: . Acesso em: 17 ago.2017.

MADRUGA, Clarice Sandi, **Análise: consumo precoce de drogas prejudica desenvolvimento cerebral**. 2014. Disponível em: . Acesso em: 7 ago. 2017.

MALTA, Deborah Carvalho et al. **Prevalência do consumo de álcool e drogas entre adolescentes: análise dos dados da Pesquisa Nacional de Saúde Escolar**. Revista brasileira de epidemiologia.vol.14 supl.1 São Paulo Set. 2011. Disponível em: . Acesso em: 4 ago. 2017.

MENDES, Alex; MACEDO, Janaina Almeida de. **Alcoolismo: um estudo sobre a importância dos centros especializados na modificação dos ébrios habituais**.

Estação Científica - Juiz de Fora, nº 07, junho/2012. Disponível em: . Acesso em: 5 ago. 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, Gabinete do Ministro, Portaria nº 1.190, de 4 de junho de 2009. Institui o Plano Emergencial de Ampliação do Acesso ao Tratamento e Prevenção em Álcool e outras Drogas no Sistema Único de Saúde - SUS (PEAD 2009-2010) e define suas diretrizes gerais, ações e metas. **Diário Oficial da União**. 05 de junho de 2009. Disponível em: bvsms.saude.gov.br>. Acesso em: 9 ago. 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, Gabinete do Ministro, Portaria nº 3.088, de 23 de dezembro de 2011. Institui a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde. **Diário Oficial da União**. 26 de dezembro de 2011. Disponível em: brasilsus.com.br>. Acesso em: 9 ago. 2017.

OBID, Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas, Ministério da Justiça, **Informações sobre drogas/Tipos de drogas/Álcool**. 2007. Disponível em: . Acesso em: 3 ago. 2017.

Organização Mundial da Saúde (OMS). **[Relatório Global sobre Álcool e Saúde – 2014](#)**. Genebra, Suíça, 2014. Disponível em: . Acesso em: 22 ago. 2017.

PINSKY Ilana; ZALESKI, Marcos; LARANJEIRA Ronaldo. **Primeiro levantamento nacional sobre os padrões de consumo de álcool na população brasileira**. Rev. Bras. Psiquiatr.vol. 32 nº.3. São Paulo, Set. 2010.

OS INVISÍVEIS: O DIREITO PENAL COMO CONDIÇÃO DE MATERIALIDADE.

SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL:
Faculdade de Direito Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal.

No estudo do processo evolutivo da espécie humana, há uma série de classificações de acordo com as suas diferentes fases, a exemplo do Homem de Java e o de Neandertal. Discrepâncias no que diz respeito ao tamanho, à curvatura da coluna vertebral, arcada dentária, dentre outros detalhes, são utilizadas para o uso adequado da nomenclatura a ser tecnicamente empregada. Todavia, sem querer invadir imprudentemente os demais ramos da ciência que se dedicam ao estudo do homem, não seria pretensioso demais cogitar uma subdivisão entre nós, conhecidos como *homo sapiens*. Este, por sua vez, poderia, no âmbito jurídico, ser classificado ora como visível, ora como invisível.

No meio social, os visíveis seriam aqueles que ocupam altos cargos na administração pública ou nas grandes empresas privadas, detentores de reluzente patrimônio, sucesso profissional e uma filosofia própria. Muito bem vestidos serão chamados de doutor e, quando quase despidos, ninguém ousará chamá-los pelos apelidos, sem que estejam precedidos do tratamento de senhor. Caso venham se tornar pessoas públicas, irão transmitir certa divindade, do tipo que cura todos os males com um simples toque. Provavelmente, ganharão o *status* de filho preferido ou de “bom partido”.

Em contrapartida, há o grupo dos invisíveis. Esses, embora também tenham tronco e membros, ninguém nota sua presença. Estão misturados na multidão e não há quem se importe como são chamados. O único dom relacionado à divindade é de estarem em todos os lugares como quem é capaz de atravessar paredes de concreto sem serem percebidos, nem mesmo por videntes e cartomantes. Essa espécie não abrange apenas os toxicômanos, bêbados dos pobres botequins, doentes nas enfermarias dos hospitais públicos, detentos largados à própria sorte e mendigos que dormem nas ruas embrulhados em um punhado de jornal (desde que não o façam em áreas nobres das grandes cidades, onde correrão o risco de serem identificados e recepcionados com querosene ou chuva artificial). Desse grupo fazem parte também as senhoras que retiram bandejas nas praças de alimentação dos *shoppings*,

limpadores de banheiros públicos, meninos engraxates e, principalmente, os que amargam o desemprego. Esses últimos, não raramente, são invisíveis até mesmo para os seus consanguíneos e cônjuges. Não despertam nenhum interesse intelectual, emocional, muito menos sexual, porque só existem em outra dimensão, em um universo paralelo composto de cinismo e menosprezo. Além de transfixarem as divisórias, os visíveis caminham através dos seus corpos, completamente imunes aos sentidos humanos. Se alguém quiser encontrá-los, talvez consiga repaginando um álbum de família, mas nunca em um porta-retratos, onde até pessoas falecidas possuem vaga cativa. Há quem desapareça em vida, há quem apareça *post-mortem*. Sim, Elvis não morreu!

No mundo da invisibilidade, haverá sempre alguém tentando se tornar matéria. Os dois métodos mais utilizados são o suicídio e o crime. A autodestruição fará surgir um corpo, que enquanto não for sepultado conseguirá ser visto, velado ou até contemplado. Todavia, a *six feet under*, voltarão à condição anterior. O crime costuma ser um caminho eficaz para materialização dos invisíveis e, na maioria das vezes, por um tempo mais duradouro. O menino engraxate, por exemplo, quando passa a empunhar um fuzil ganha mais atenção do que um Tigre de Bengala foragido da jaula. Para o Estado, que nunca o reconheceu como pessoa, haverá o empenho em colocá-lo em sua lista de prioridades. O invisível ganhará uma foto no tradicional cartaz de *Wanted Dead Or Alive*, e a Justiça, pela primeira vez, terá olhos para ele, apesar de somente no que diz respeito ao Direito Penal. Encarcerado pelo sistema prisional, retornará ao estado de invisibilidade, mas talvez com a ideia difundida pelo ministro da propaganda do *III Reich*, Joseph Goebbels: “Melhor um dia de leão, do que cem anos de carneiro!”.

A vantagem do ser invisível que não cede às tentações da delinquência é a de não carregar o peso da culpa, tanto no aspecto legal, quanto do ponto-de-vista do pecado. Já nasceram condenados e viveram somente para o cumprimento de suas penas. Choraram e não foram ouvidos, pediram e não foram atendidos, imploraram e não foram vistos. Morrem duas vezes, na primeira enquanto respiram e na segunda quando suspiram. Deixam esse mundo para o desespero dos que ficam, pois estes perderam a chance da redenção, assim como os discípulos de Emaús, que não reconheceram o próprio Mestre.

A QUEBRA DO SIGILO DO WHATSAPP COMO MEIO DE PROVA ACEITO NO DIREITO PÁTRIO

ROGÉRIO FAUSTINO DA SILVA JÚNIOR:
Graduado em Bacharelado em Direito pela
Faculdade Estácio de Macapá.

RESUMO: O desenvolvimento tecnológico contribui para melhoria da qualidade de vida da sociedade, trazendo consigo uma maior complexidade das relações sociais e novas questões jurídicas. Observar-se o surgimento de smartphones com aplicativos que permitem trocas de mensagens de forma instantânea entre usuários e junto a esse acontecimento fático o questionamento jurídico sobre a possibilidade de essas mensagens serem sigilosas de forma irrestrita. Nesse contexto, o trabalho tem o objetivo de identificar a possibilidade de restrição do sigilo das comunicações do aplicativo WhatsApp como forma de se obter uma efetiva tutela jurisdicional, considerando a relatividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Para tanto, foi realizada uma pesquisa, com o uso do método dedutivo, utilizando-se do meio bibliográfico. Como resultados, verificou-se que o direito ao sigilo das comunicações não é absoluto, de forma que a interceptação das comunicações do WhatsApp é possível, conforme o ordenamento jurídico, deve ser concretizada para fins de persecução criminal, por meio de autorização judicial e quando preenchidos os demais requisitos previstos na Lei nº 9.296/96. Assim, restou evidente que o direito ao sigilo das comunicações de dados não é absoluto e que a organização responsável pelo WhatsApp deve modificar seu mecanismo de segurança para que seja possível a interceptação das comunicações de dados estabelecidas pelos seus usuários.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Limites dos direitos fundamentais. Restrições aos direitos fundamentais. Interceptação de comunicação de dados. *WhatsApp*.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. ASPECTOS GERAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 1.1. WHATSAPP COMO FERRAMENTA DE COMUNICAÇÃO; 2. LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 3. A NECESSIDADE DA QUEBRA DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES DE DADOS DO WHATSAPP; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico permite que o ser humano reduza o esforço e o tempo para realizar suas tarefas cotidianas, contribuindo na melhora da sua qualidade de vida. Contudo, esse mesmo desenvolvimento impulsiona o aumento da complexidade das relações sociais e faz surgir novos questionamentos jurídicos. Por exemplo, o surgimento do *smartphones* com aplicativos que permitem trocas de mensagens, de forma quase instantânea, entre usuários, traz junto um questionamento, qual seja, se as mensagens transmitidas, por meio desses aplicativos, podem ser sigilosas de forma irrestrita, diante do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, pode-se observar os recentes conflitos entre o Poder Judiciário e os responsáveis pelo *WhatsApp*, que utilizam um sistema de segurança que visa a restringir o acesso ao conteúdo das mensagens apenas ao remetente e destinatário destas mensagens, impedindo a interceptação das comunicações de dados.

Diante disso, a problemática desse trabalho gira em torno da discussão sobre se o ordenamento jurídico vigente possibilita exigir o fornecimento do conteúdo das mensagens trocadas pelos usuários do *WhatsApp*.

O presente artigo foi realizado através de uma pesquisa empírica, aplicada e qualitativa, com o uso do método dedutivo. Além disso, foi utilizado o meio investigativo- bibliográfico com o uso da doutrina especializada, de leis, artigos e jurisprudências.

Para tanto, foram estabelecidos os critérios científicos de coerência, consistência, originalidade e objetivação como defesa do objeto.

Em suma, este artigo busca refletir sobre a necessidade ou não de restringir direitos fundamentais, bem como coibir a pretensão de entidades privadas de tornar esses direitos absolutos, sob pena de agirem de forma contrária à Constituição da República de 1988 e à jurisprudência dos tribunais superiores deste País.

1. ASPECTOS GERAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Existe divergência doutrinária acerca do conceito de direitos fundamentais. Esta divergência decorre de um processo evolutivo histórico que contribui para que

haja uma constante mutabilidade do seu conceito, dada à introdução, com o decorrer do tempo, de novos direitos fundamentais.^[1]

Uma conceituação dos direitos fundamentais é aquela feita a partir de seu sentido formal e material. No primeiro sentido, os direitos fundamentais são conceituados, pela doutrina majoritária, como os direitos humanos positivados em uma Constituição.^[2]

Já no sentido material, em geral, os direitos fundamentais são as posições jurídicas que têm fundamento no princípio da dignidade humana, isto é, são direitos criados para concretizar a dignidade da pessoa humana. No entanto, existem direitos fundamentais que também possuem sua fundamentação em outros princípios basilares, como os que são criados para proteção das pessoas jurídicas.^[3]

É possível criar um conceito de direitos fundamentais que se adeque aos dois sentidos. Nesse sentido, Cunha Junior expõe que:

“Todavia, para um conceito constitucionalmente adequado, impõe-se reunir os dois sentidos. Do exposto, concluímos que os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidos no texto da Constituição Formal (fundamentalidade formal), ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidos e equiparados, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalidade reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material). Esse conceito, entretanto, ainda fica a depender da ordem constitucional concreta de cada Estado, uma vez, o que é fundamental para certo Estado, não pode ser para outro.”^[4]

Importante mencionar que o conceito elaborado pelo autor em epígrafe se adequa bem a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inclusive quanto à existência de direitos fundamentais não previstos expressamente nela. Com efeito, o § 2º do art. 5º possui a seguinte redação: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por

ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A doutrina aponta as seguintes características dos direitos fundamentais: universalidade, historicidade, imprescritibilidade, limitabilidade, irrenunciabilidade, concorrência e inalienabilidade.^[5]

A universalidade significa que os direitos fundamentais estão presentes para todos os povos, embora isso não signifique que eles sejam uniformes em todas as civilizações, devido à dependência em relação a aspectos culturais. Essa característica dos direitos fundamentais advém da própria necessidade de uma proteção mínima da dignidade da pessoa humana em qualquer sociedade.^[6]

A historicidade dos direitos fundamentais está associada à constante transformação desses direitos, diante de novas condições materiais e subjetivas que influenciam o surgimento de novos direitos fundamentais ou até mesmo a transformação do conteúdo dos existentes. Nesse sentido, leciona Paulo Mascarenhas: “[...] como qualquer direito, são eles históricos, pois que nascem, modificam-se e desaparecem. Surgiram com a revolução burguesa e ampliaram-se com o passar dos tempos”.^[7]

A limitabilidade ou relatividade dos direitos fundamentais significa que eles não são absolutos, pois são passíveis de conflito com outros direitos constitucionalmente previstos ou com o interesse público, de forma a surgir à necessidade de uma ponderação de interesses. Nesse contexto, Marcelo Novelino expressa que:

Ainda nesta linha de raciocínio, nem mesmo a existência de um único direito com caráter absoluto poderia ser admitida, tendo em vista a possibilidade deste direito ser invocado, em um mesmo caso, por titulares distintos, hipótese na qual um deles necessariamente teria que ceder. Há quem defenda, todavia, a existência de alguns direitos com ‘valor absoluto’, em especial, a dignidade da pessoa humana e alguns que a concretizam mais diretamente. Para Noberto Bobbio [...], por exemplo, ‘existe um estatuto privilegiado, aplicável a pouquíssimos ‘direitos

fundamentais que não estão em concorrência [leia-se colisão] com outros direitos igualmente fundamentais’, dentre eles, o direito a não ser escravizado, que implica a eliminação do direito a possuir escravos, e o direito de não ser torturado, que implica eliminação do direito de torturar.^[8]

A imprescritibilidade significa que os direitos fundamentais sempre serão exigíveis, independentemente do tempo percorrido sem exercê-los. Nesse particular, no mais das vezes, a simples previsão desses direitos fundamentais explícita ou implicitamente na Constituição é o suficiente para que haja a exigibilidade de seu exercício.^[9]

A irrenunciabilidade dos direitos fundamentais está associada a não possibilidade da renúncia de seu núcleo substancial, havendo, no entanto, a possibilidade de sua limitação com o preenchimento de certas condições. Além disso, o não exercício do direito não significa a sua renúncia.^[10]

Por fim, a doutrina ainda apresenta as características de concorrência, vez que é possível exercer mais de um direito fundamental ao mesmo tempo, e a de inalienabilidade, vez que eles não podem ser transferidos a terceiros, haja vista que são direitos extrapatrimoniais.^[11]

Como se pode observar, as características dos direitos fundamentais são elaboradas de forma a refletir a sua importância, permitindo uma efetiva proteção jurídica aos valores fundamentais associados a eles. Além disso, como decorrências das constantes transformações que sofrem os direitos fundamentais, novas características ainda podem ser criadas.

1.1. WHATSAPP COMO FERRAMENTA DE COMUNICAÇÃO

Esta seção irá discorrer sobre o *WhatsApp*. Primeiramente, será apresentada uma breve descrição do aplicativo, para depois ilustrar sua política de privacidade e, finalmente, explicitar seu mecanismo de segurança. Por oportuno, deve-se mencionar que, quando referenciado o termo *WhatsApp*, estar-se-á se referindo ao aplicativo em si ou à organização responsável por manter o *WhatsApp*, a *WhatsApp Inc.*

O *WhatsApp* é um aplicativo de troca de mensagens, que pode incluir textos, imagens e áudio. Mas sua funcionalidade não se resume a isso, pois ele também permite a criação de grupos e, mais recentemente, a realização de chamadas, inclusive de vídeo.

Atualmente, o número de usuários do aplicativo já ultrapassa 1 (um) bilhão e, conforme o seu sítio, ele é compatível com diversos sistemas operacionais de *smartphones*, como o *Android* e o *IOS*, além de ser executável também em sistemas operacionais direcionados a *desktops*.

Ainda segundo o sítio, a sua missão inicialmente era a de fornecer uma alternativa ao envio de mensagens via *Short Message Service* (SMS), mas atualmente inclui permitir a transmissão de variados arquivos de mídia, inclusive fotos, vídeos e documentos, com o intuito de permitir que os indivíduos se comuniquem sem barreiras em qualquer lugar do mundo.^[12]

Outrossim, sua missão inclui o envio de mensagens e ligações criptografadas que nem o próprio *WhatsApp* consegue ter acesso. Nesse sentido, em sua missão encontra-se a seguinte afirmação: “Nossas mensagens e ligações estão protegidas com criptografia de ponta-a-ponta, o que significa que terceiros, incluindo o *WhatsApp*, não podem lê-las ou ouvi-las”.

Nesse ínterim, em sua política de privacidade, é informada a ênfase que é dada à privacidade pelo aplicativo, referenciada como parte de seu DNA e que é construída a partir de sólidos princípios de segurança.^[13]

Nesse sentido, o *WhatsApp* oferece um serviço de criptografia ponta a ponta, que é ativado automaticamente assim que o aplicativo é instalado, desde a versão de 2 de abril de 2016. Esse serviço tem o fim de impossibilitar que terceiros ou até mesmo o próprio *WhatsApp* consigam ter acesso ao conteúdo das mensagens dos seus usuários.

Interessante seção da política de privacidade é a de Proteção Jurídica, que menciona compartilhar dados de seus clientes quando, por exemplo, for necessário à correta adequação à legislação em processos judiciais.^[14]

Finalizando a política de privacidade do *WhatsApp*, consta nesta que ela poderá ser atualizada quando necessário e que seus usuários devem acompanhar suas atualizações e sempre aceitá-las, caso contrário, terão que deixar de utilizar os serviços do *WhatsApp*.

Para que seja efetivada a sua política de privacidade, como já mencionado, o *WhatsApp* utiliza a criptografia ponta a ponta como um mecanismo de segurança para a transmissão das mensagens de seus usuários ser sigilosa.

Em seu sítio, consta que atualmente, quando um usuário realiza o *download* do aplicativo, a criptografia ponta a ponta é ativada automaticamente e é impossível de ser desativada, desde que os usuários que estabeleçam a comunicação estejam utilizando ao menos a versão do aplicativo que foi lançada em 2 de abril de 2016.

O *WhatsApp* utiliza o protocolo *Signal*, desenvolvido pela *Open Whisper Systems*, para a realização da criptografia ponta a ponta.[\[15\]](#)

Basicamente, a criptografia ponta a ponta implementada pelo *WhatsApp* é realizada a partir de chaves públicas e privadas. Aquelas servem para criptografar as mensagens, enquanto estas são utilizadas para descriptografar as mensagens. O que torna segura essa comunicação de chaves públicas e privadas é o tempo de processamento, que pode chegar a muitos séculos de duração a depender, entre outros fatores, do algoritmo de criptografia e dos parâmetros utilizados.[\[16\]](#)

Inicialmente, no *WhatsApp*, quando um usuário deseja manter contato com outro, é construída uma sessão criptografada, que só será finalizada quando houver atualização do software ou troca do dispositivo físico utilizado pelos clientes do aplicativo.[\[17\]](#)

No decorrer da construção dessa sessão, uma determinada quantidade de chaves públicas é trocada entre os usuários e o servidor do aplicativo, chaves estas que serão utilizadas na comunicação com o destinatário, porém as chaves privadas das mensagens trocadas entre os usuários somente ficam disponíveis a estes.

Assim, a garantia da privacidade das mensagens do aplicativo *WhatsApp* advém das chaves privadas fornecidas somente aos usuários que estão trocando mensagens ou realizando chamadas.

2. LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em comparação com o tipo, do direito penal, e o fato gerador, do direito tributário, existe o suporte fático de um direito fundamental no direito constitucional. Este representa um conjunto de condições que implica consequências jurídicas, quando estas condições são preenchidas. Os elementos que compõem o suporte fático de um direito fundamental são o âmbito de proteção e a intervenção.^[18]

O âmbito de proteção de um direito fundamental corresponde ao bem jurídico protegido *prima facie*, ou seja, sem considerar as limitações a estes direitos decorrentes da existência de restrições. Nesse sentido, a característica *prima facie*, conforme Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Ganet Branco, é atribuída aos direitos fundamentais antes da colisão com outros direitos fundamentais ou valores, de forma

que a proteção *prima facie* é considerada antes de se analisar os pressupostos fáticos e jurídicos que incidem no caso concreto.^[19]

A intervenção de um direito fundamental decorre de um ato estatal ou particular.

Resumidamente, enquanto nos direitos de defesa a intervenção representa uma abstenção, nos direitos de prestação ela representa uma omissão. A intervenção pode ser uma violação ou uma restrição. Ao contrário desta, aquela implica uma consequência jurídica, já que é considerada uma intervenção que infringe a Constituição.

Desta feita, a única forma de intervenção que preenche os elementos do suporte fático é a intervenção que não é fundamentada constitucionalmente, isto é, uma violação.^[20]

Existem teorias a respeito das limitações dos direitos fundamentais, dentre elas, destacam-se as teorias interna e externa.^[21]

Pela teoria interna, os limites dos direitos fundamentais já estariam presentes no próprio direito fundamental, isto é, o conteúdo dos direitos fundamentais já seria delimitado de forma a impossibilitar a colisão com outros direitos fundamentais, de forma que existiriam limites imanentes a estes direitos e eles teriam a forma de regras.^[22]

Pela teoria externa, por sua vez, os direitos fundamentais seriam previamente absolutos, porém, com colisões a outros direitos fundamentais, eles passariam a ser limitados. Nesse sentido, os direitos possuiriam duas posições. Uma seria a *prima facie*, sem considerar as eventuais restrições a estes direitos, enquanto a outra seria a decorrente de limitações a esses direitos, diante de colisões com outros direitos fundamentais e valores.

A esse respeito, Ingo Wolfgram Sarlet menciona que: “Tal distinção, contudo, não afasta a possibilidade de direitos sem restrições, visto não haver uma relação necessária entre o conceito de direito e o de restrição, sendo tal relação estabelecida pela necessidade de compatibilizar diferentes bens jurídicos”.^[23]

Na teoria externa, então, surge a necessidade de resolver colisões entre direitos fundamentais (colisão de direitos em sentido estrito) ou entre estes e valores e princípios abrangidos de forma explícita ou implícita na Constituição (colisão de direitos em sentido amplo). Estes conflitos são resolvidos por meio de um juízo de ponderação, que tem uma relação com o princípio da proporcionalidade.

Desta feita, após verificar a utilidade de um meio de restrição de um determinado bem jurídico em favor de outro e que este meio da realização desta restrição é o menos gravoso, é averiguado se os benefícios decorrentes dessa restrição compensam os sacrifícios, por meio de um juízo de ponderação.^[24]

Ainda sobre o juízo de ponderação, é importante destacar que a partir deste se realiza o chamado mandado de otimização, vez que há a busca de um grau de interferência em um determinado direito fundamental com o maior custo-benefício, dados os pressupostos fáticos e jurídicos de uma situação concreta.

Essa aferição é realizada considerando o peso abstrato que é atribuído aos direitos e valores fundamentais, além do grau de interferência que será realizado em

um determinado direito ou valor fundamental e o grau de certeza das premissas que justificam a intervenção de um direito fundamental.^[25]

Nesse contexto, deve-se mencionar que na jurisprudência nacional, inclusive da Suprema Corte, são encontrados julgados de utilização da teoria externa, dadas as ponderações entre direitos fundamentais já realizadas pelo Poder Judiciário deste país.^[26]

Cumprе ressaltar que as restrições a direitos fundamentais devem estar amparadas na Constituição da República. Essas restrições podem ocorrer no próprio texto da Constituição (restrição imediata) ou mediante lei cuja elaboração é autorizada pela Carta Magna (restrição mediata). Nesse sentido, Ingo Sarlet leciona que:

No que diz respeito às espécies de limitações, registra-se substancial consenso quanto ao fato de que os direitos fundamentais podem ser restringidos tanto por expressa disposição constitucional como por norma legal promulgada com fundamento na Constituição. Da mesma forma, há quem inclua uma terceira alternativa, vinculada à possibilidade de se estabelecer restrições por força de colisões entre direitos fundamentais, mesmo inexistindo limitação expressa ou autorização expressa assegurando a possibilidade de restrição pelo legislador.^[27]

Segundo Novelino,^[28] a restrição decorrente de lei fundamentada na Constituição decorre da cláusula de reserva legal. Esta pode ser expressa ou implícita.

A cláusula expressa, de acordo com o mesmo autor, pode ser caracterizada como uma reserva legal simples ou qualificada. Na simples, a Constituição da República estabelece a possibilidade de restrição por meio de lei, mas sem indicar uma finalidade para esta restrição ou o meio que esta deva ser realizada. O inciso VII do art. 5º da Constituição da República de 1988 é um exemplo desse tipo de reserva legal, que possui a seguinte redação: “[...] é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”.^[29]

Na qualificada, a Lei Maior delimita as condições especiais para que seja realizada uma restrição, os meios que a lei deverá realizá-la ou os fins que devem ser atendidos para estabelecer a limitação do direito fundamental, caso contrário à lei será inconstitucional.[30]

Nesse sentido, o disposto no inciso XII do art. 5º da CRFB ilustra uma norma com reserva legal qualificada, já que as interceptações telefônicas somente poderão decorrer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal e mediante autorização judicial. Em relação à cláusula de reserva legal implícita, Novelino a fundamenta com base na ‘cláusula de reserva legal subsidiária’, com os seguintes dizeres:

A ausência de expressa previsão constitucional não significa a impossibilidade de restrição, embora a margem de ação do legislador seja, a priori, mais reduzida. A intervenção legislativa será legítima quando voltada à proteção de direitos fundamentais de terceiros ou de interesse da coletividade. A reserva legal implícita tem como fundamento, portanto, as cláusulas restritivas não escritas. Na Constituição brasileira de 1988 é possível deduzi-la da ‘cláusula de reserva legal subsidiária’ (CF, art. 5º, II).[31]

A ausência da reserva legal explícita não significa que um direito constitucional possui menos valor que outro, mas sim que o constituinte não conseguiu identificar de maneira clara a potencial colisão com outros valores ou direitos fundamentais. Nesse sentido, Mendes e Branco lecionam que:

[...] a tentativa de atribuir maior significado aos direitos individuais não submetidos à restrição legal expressa em relação àqueloutros, vinculados ao regime de reserva legal simples ou qualificada, revela-se absolutamente inadequada, por não apreender a natureza especial dos direitos individuais. A previsão de expressa restrição não contém um juízo de desvalor de determinado direito, traduzindo tão somente a ideia de que a sua limitação é necessária e evidente para a compatibilização com outros direitos ou valores constitucionalmente relevantes.[32]

Dessa forma, ainda que não haja expressado restrição a um direito fundamental no texto constitucional, isso não significa a impossibilidade de restrição desse direito fundamental.

Com efeito, uma eventual colisão com outro valor ou direito fundamental poderá implicar uma restrição àquele, tanto por meio do Poder Legislativo, quanto pelo Poder Judiciário, por meio de um juízo de ponderação.

3. A NECESSIDADE DA QUEBRA DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES DEDADOS DO WHATSAPP

Nesta seção será abordado o caráter relativo do sigilo das comunicações de dados do *WhatsApp*, com o fim de expor a possibilidade de haver a quebra desse sigilo, por determinação judicial.

O sigilo das comunicações de dados é uma das formas de efetivar o direito à privacidade. Porém, como todo direito fundamental, ele não é absoluto e pode sofrer restrições, por exemplo, por meio da Lei 9.296, de 24 de Julho de 1996 (LIT), que estabelece a sua aplicação para a interceptação de fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 1º.

Com efeito, o Parágrafo único, do art. 1º da LIT, afirma que esta lei aplica-se às interceptações de fluxos de comunicações em sistema de informática, com a seguinte redação: “O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”.

Poder-se-ia argumentar que este parágrafo único é inconstitucional, posto que, pela interpretação gramatical da norma do inciso XII, do art. 5º da CF, poder-se-ia concluir que somente seria possível haver interceptações de comunicações telefônicas.

A esse respeito, o STF já negou medida liminar em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn nº 1.488-9/DF), ajuizada com o fim de declarar inconstitucional o supracitado parágrafo. Assim, diante da constitucionalidade presumida do parágrafo único do artigo 1º, a Lei 9.296 servirá para o estudo do objeto deste trabalho, acerca da necessidade de quebra do sigilo das comunicações

de dados do *WhatsApp* para fins de persecução criminal. Nesse sentido, Novelino leciona que: “A forma e as hipóteses nas quais as interceptações telefônicas poderão ser determinadas judicialmente estão regulamentadas na Lei n° 9.296/1996, cujos dispositivos se aplicam também à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, como, por exemplo, mensagens enviadas por correio eletrônico, ‘SMS’ ou ‘*WhatsApp*’”.[\[33\]](#)

Com relação à exegese que pode ser atribuída à norma do citado inciso XII do artigo 5° da CF, conforme já explanado na seção dos Limites dos Direitos Fundamentais, as restrições ou a possibilidade delas podem estar implícitas. Nesse particular, Pinheiro Neto explana o seguinte sobre o supracitado inciso da Constituição: “As inviolabilidades consagradas pelo dispositivo constitucional, entretanto, comportam exceções encontradas na ponderação de valores constitucionais, que vão mostrar que a importância de outros postulados fundamentais pode relativizar o sigilo de correspondência e de dados.”[\[34\]](#)

Com efeito, é possível extrair uma reserva legal implícita nesse dispositivo constitucional quanto ao sigilo das comunicações de dados, pois este somente seria um meio de realizar comunicações e o meio telefônico sofre restrições, por meio de uma reserva legal qualificada, tendo em vista que a interceptação telefônica somente poderá ocorrer por meio de determinação judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal na forma prevista em lei, conforme o dispositivo supracitado.

O que muito deve ter influenciado o constituinte originário de não ter explicitado essa restrição foi o fato de que não havia tanta disseminação do uso de aplicativos que realizam a troca de mensagens ou até mesmo chamadas entre usuários, quando da elaboração da atual Constituição da República, de 1988.

Deve-se destacar, ainda, que a interceptação do sigilo das comunicações de dados é utilizada para fins de instrução criminal, por meio de provas geradas através desta interceptação.

As provas são os instrumentos utilizados pelas partes com o fim de convencer o juízo acerca da veracidade das suas alegações em um processo judicial.[\[35\]](#)

Em âmbito penal, as provas tornam-se ainda mais relevantes, diante dos bens jurídicos envolvidos, pois, por meio delas, poderá haver a aplicação da pena, que possui diversos fins, como reafirmar a ordem jurídica, manter a estabilidade social, ressocializar o condenado e evitar que novas condutas criminosas, que lesionam bens jurídicos relacionados a direitos fundamentais, sejam praticadas.^[36]

Dessa forma, deve-se destacar a importância da restrição do sigilo das comunicações de dados, haja vista que esta restrição pode ser utilizada para fins de persecução criminal, que exige um amplo conhecimento dos fatos, diante dos relevantes bens jurídicos envolvidos no âmbito criminal. Assim sendo, por meio dessa restrição, poderão ser obtidos elementos probatórios aptos a embasar uma sentença ou acórdão criminal. Nesse contexto, Eugênio Pacelli de Oliveira leciona que:

[...] para além da autoridade inerente a qualquer ato do Poder Público, as decisões judiciais em matéria criminal, mais que em quaisquer outras (administrativas e políticas), devem demonstrar o amplo conhecimento sobre a matéria decidida. E de tal maneira que toda condenação criminal seja fruto exclusivo do saber (conhecimento), e não mera manifestação de poder (de autoridade). Conhecidas as inúmeras dificuldades de todo conhecimento (afirmação de certeza), a solução de um caso penal somente poderá obter legitimidade quando fundada em procedimento judicial no qual se permita o mais amplo conhecimento dos fatos e a mais ampla possibilidade de argumentação jurídica. Procedimento, então, realizado em contraditório, para que possam os interessados (autor e réu) participar de todas as questões.^[37]

Deve-se ressaltar também que a interceptação das comunicações de dados deve ser possível para que seja mantida a segurança pública, evitando que novas condutas criminosas sejam praticadas. Nesse sentido, importante destacar trecho do acórdão *Habeas Corpus* número 70.814, julgado em 1 de março de 1994, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, da Primeira Turma do STF:

[...] a administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no artigo 48, parágrafo único, da Lei 7.210/1984, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

Assim, considerando a relevância dos fundamentos justificadores da supracitada restrição, deve-se haver a possibilidade de interceptação das comunicações de dados, quando for necessário para fins de instrução penal, nas hipóteses da Lei 9.296, conseqüentemente permitindo que a finalidade da pena seja atendida, contribuindo, dessa forma, para a conservação de bens jurídicos de direitos fundamentais.

Conforme já explanado, o *WhatsApp* utiliza um mecanismo de segurança que promete possibilitar o acesso do conteúdo das mensagens do aplicativo apenas aos usuários que se comunicam, por meio de chaves privadas que apenas estes acessam.

Dessa forma, poderia se criar um argumento de que seria impossível a quebra do sigilo das comunicações dos dados. Porém, esse argumento não deve prosperar, haja vista a possibilidade de haver uma modificação do mecanismo de segurança do aplicativo para que seja possível conseguir as chaves privadas dos usuários, por determinação judicial e sob sigilo. Aliás, o que se deve enfatizar é a obrigação do *WhatsApp* realizar uma modificação do seu mecanismo de segurança para que este de acordo com o ordenamento jurídico.

Com efeito, o mecanismo de segurança utilizado atualmente pelo *WhatsApp*, que foi criado de modo a impossibilitar até mesmo o Poder Judiciário de ter acesso ao conteúdo das comunicações, viola a Constituição Federal e a jurisprudência da Suprema Corte deste país, por tornar o direito à privacidade absoluto, permitindo que o seu mecanismo de segurança seja utilizado para encobrir práticas delituosas.

Corroborando com o entendimento acima exposto, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino mencionam que: “[...] a doutrina e a jurisprudência têm enfatizado que

os direitos e garantias fundamentais expõem-se a restrições autorizadas, expressa ou implicitamente, pelo texto da própria Constituição, já que não podem servir como manto para acobertar abusos do indivíduo em prejuízo à ordem pública. Assim, normas infraconstitucionais – leis, medidas provisórias e outras – podem impor restrições ao exercício de direito fundamental consagrado na Constituição.”^[38]

Dessa forma, não resta alternativa ao *WhatsApp* senão modificar seu mecanismo de segurança, de forma a cumprir inclusive sua política de privacidade, que promete cumprir fielmente o ordenamento jurídico.

Além disso, eventual alegação de que os usuários antigos teriam direito adquirido ao mecanismo de segurança atual deve ser afastada, posto que o atual mecanismo é contrário à Constituição Federal, por ter um intento de tornar absoluto um direito fundamental, e o fato de que a própria política de privacidade do *WhatsApp* prevê sua modificação quando necessário e estabelece a imposição de que o usuário a aceite para que possa continuar utilizar os serviços oferecidos.

CONCLUSÃO

Após a abordagem realizada no presente trabalho, intitulado “A quebra do sigilo do *WhatsApp* como meio de prova aceito no direito pátrio: a necessidade de interceptação do sigilo das comunicações de dados para fins de persecução criminal”, ficou demonstrado a possibilidade de se exigir a quebra do sigilo das comunicações de dados trocadas pelos usuários do *WhatsApp*.

Isso porque os direitos fundamentais não são absolutos e, conforme constatado, é possível realizar restrição a esses direitos, conforme a jurisprudência nacional, por meio de um juízo de ponderação, quando houver um conflito entre direitos fundamentais ou entre um direito fundamental e um valor juridicamente relevante.

Além disso, verificou-se a possibilidade de restrições implícitas de direitos fundamentais, de forma que de uma simples interpretação literal poder-se-ia concluir que um direito fundamental é absoluto, porém existiriam pressupostos fáticos e jurídicos de casos concretos que demonstrariam que esses direitos devem ser restringidos, quando houvesse uma colisão com outro valor ou direito fundamental que se mostre mais relevante juridicamente de conservar.

Em última análise, considerando o entendimento da doutrina majoritária e a jurisprudência dos Tribunais Superiores, pode-se concluir que a interceptação das comunicações de dados do *WhatsApp* deve ser executável para fins de persecução criminal, quando preenchidos os requisitos da Lei nº 9.296/96.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Rafael Santos; SILVA, Fernando dos Santos. Algoritmo de Criptografia RSA: análise entre segurança e velocidade. **Revista Eventos Pedagógicos**, Sinop, v. 3, n. 3, p. 438-457, dez. 2012. Disponível em: . Acesso em: 21. SETEMBRO. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Planalto**. Disponível em: . Acesso em: 23 SETEMBRO. 2017.

_____. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Institui a Lei de Interceptação Telefônica. **Planalto**. Disponível em: . Acesso em 23 SETEMBRO. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n. 1488-9**. Relator: Ministro Néri da Silveira.

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Habeas Corpus* n. **70.814**. Relator: Ministro Celso de Mello. Data do Julgamento: 01/03/1994.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MASCARENHAS, Paulo. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador, 2008. Disponível

em: . Acesso em: 23 AGOSTO. 2017.

Constitucional. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589784>

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. rev., ampl. e atual. De acordo com as Leis n^{os} 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 6 ed. São Paulo: Método, 2010.

PINHEIRO NETO, Othoniel. **Curso de Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1.

POLÍTICA de privacidade do *WhatsApp*. Disponível em: . Acesso em: 23 jan. 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SOBRE o *WhatsApp*. Disponível em: . Acesso em: 23 SETEMBRO. 2017.

NOTAS:

[1] CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. Bahia: JusPODIVM, 2014.

[2] *Idem, ibidem*.

[3] SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

[4] CUNHA JUNIOR. *Op. cit.*, p. 444.

[5] LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

[6] NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

[7] MASCARENHAS, Paulo. *Manual de Direito Constitucional*. Salvador, 2008. Disponível em: . Acesso em: 23 AGOSTO. 2017.

[8] NOVELINO. *Op.cit.*, p. 271.

[9] MASCARENHAS. *Op. cit.*

[10] NOVELINO. *Op. cit.*

[11] LENZA. *Op. cit.*

[12] SOBRE o WhatsApp. Disponível em: . Acesso em: 23 SETEMBRO. 2017.

[13] POLÍTICA de privacidade do WhatsApp. Disponível em: . Acesso em: 23 SETEMBRO. 2017.

[14] *Idem, ibidem.*

[15] *Idem, ibidem.*

[16] ANDRADE, Rafael Santos; SILVA, Fernando dos Santos. *Algoritmo de Criptografia RSA: análise entre segurança e velocidade*. Revista *Eventos Pedagógicos, Sinop*, v. 3, n. 3, p. 438-457, dez. 2012. Disponível em: . Acesso em: 21 SETEMBRO. 2017.

[17] POLÍTICA. *Op. cit.*

[18] NOVELINO. *Op. cit.*

[19] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Ganet. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

[20] NOVELINO. *Op. cit.*

[21] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

[22] NOVELINO. *Op. cit.*

[23] SARLET. *Op cit.*, 2010. p. 382.

[24] MENDES; BRANCO. *Op. cit.*

[25] *Idem, ibidem.*

[26] *Idem, ibidem.*

[27] SARLET. *Op.cit.*, 2010. p. 391-392.

[28] NOVELINO. *Op. cit.*

[29] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

[30] MENDES; BRANCO. *Op. cit.*

[31] NOVELINO. *Op. cit.*, p. 289.

[32] MENDES; BRANCO. *Op. cit.*, p. 239.

[33] NOVELINO. *Op.cit.*,p. 362.

[34] PINHEIRO NETO, Othoniel. Curso de Direito Constitucional. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1, p. 438.

[35] RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 16 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

[36] PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 12 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1.

[37] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 18 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis n^os 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 34.

[38] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 18 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis n^os 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 34.

AFINAL, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA RESPONDE PELOS ENCARGOS TRABALHISTAS QUANDO ASSUME A POSIÇÃO DE "DONO DA OBRA"?

MARCELO GRASSI DE GOUVEIA FILHO: Bacharel pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Procurador da Estatal Companhia Pernambucana de Saneamento.

Resumo: O artigo apresenta uma análise do tratamento doutrinário e jurisprudencial referente à responsabilização da Administração Pública por encargos trabalhistas nos casos de contrato de empreitada de construção civil sob a ótica do IRR-190-53.2015.5.03.0090.

Palavras-Chave: Direito Administrativo. Direito do Trabalho. Contrato de empreitada de construção civil. Responsabilidade da Administração Pública.

Keywords: Administrative law. Labor Law. Contract of construction. Responsibility of the Public Administration.

Abstract: The article presents an analysis of the doctrinal and jurisprudential treatment related to the responsibility of the Public Administration for labor costs in the cases of contract of construction from IRR-190-53.2015.5.03.0090

Sumário: 1. Introdução 2. Responsabilidade do “Dono da Obra” pelas Verbas Trabalhistas 3. Análise do IRR 1905320155030090 4. Culpa in Elegendo e Idoneidade Financeira 5. Responsabilidade do Ente Público quando na posição de “Dono da Obra” 6. Conclusão 7. Referências

1 Introdução

Tema polêmico não só no Direito Administrativo, como também no Direito do Trabalho é a responsabilização da Administração Pública por encargos trabalhistas nos casos de contrato de empreitada de construção civil.

Com efeito, é comum na Justiça do Trabalho que a reclamação trabalhista seja proposta tanto contra a empresa, a qual está efetivamente vinculado o trabalhador, tanto contra o dono da obra na qual o reclamante laborou.

A situação ganha ainda mais importância quando se trata da Administração Pública, visto que é comum que essa realize obras, haja vista necessitar de ampla infraestrutura para que os serviços públicos sejam devidamente prestados.

Contudo, antes de se adentrar na referida temática, faz-se preciso entender a regra geral, a qual passa a ser detidamente examinada.

2 Responsabilidade do “Dono da Obra” pelas Verbas Trabalhistas

Já há certo tempo que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho entende que, por não haver legislação específica que obrigue o dono da obra, este não deve ser responsabilizado. De fato, a exceção se referia, apenas, à empresa construtora ou incorporadora que exerce a construção com finalidade lucrativa, atividade-fim, a qual possuiria responsabilidade subsidiária.

Nesse sentido, há a Orientação Jurisprudencial nº 191 da SbDI-1 do TST:

“OJ nº 191. CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE. (nova redação) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.”

Por sua vez, o art. 455 da CLT cuidaria apenas da situação do empreiteiro e subempreiteiro, o que não abrangeria o dono da obra.

Com algumas exceções^{[1][2]}, este era o entendimento vigente até então pelo TST.

Contudo, a partir do entendimento de corrente doutrinária minoritária, começou a ganhar força a ideia de que a responsabilidade subsidiária do dono da obra deveria ser reconhecida ainda que não exercesse atividade-fim. Nesse sentido:

Enunciado nº 13 da Primeira Jornada de Direito e Processo do Trabalho do TST: Considerando que a responsabilidade do dono da obra não decorre simplesmente da lei em sentido estrito (Código Civil, arts. 186 e 927) mas da própria ordem constitucional no sentido de se valorizar o trabalho (CF, art. 170), já que é fundamento da Constituição a valorização do trabalho (CF, art. 1º, IV), não se lhe faculta beneficiar-se da força humana despendida sem assumir responsabilidade nas relações jurídicas de que participa. Dessa forma, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro enseja responsabilidade subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo apenas a hipótese de utilização da prestação de serviços como instrumento de produção de mero valor de uso, na construção ou reforma residenciais.

Consequentemente, seguindo este entendimento minoritário, tribunais regionais começaram a ampliar as possibilidades de responsabilização dos donos de obra, excluindo-se apenas pessoas físicas ou micro e pequenas empresas que não exerçam atividade econômica vinculada ao objeto contratado.

Este entendimento, inclusive, chegou a ser sumulado pelo TRT da 3ª Região:

Súmula nº 42 do TRT da 3ª Região: OJ 191 da SBDI-I do TST. Dono da obra. Pessoa física ou micro

e pequenas empresas. Responsabilidade solidária ou subsidiária.

O conceito de “dono da obra”, previsto na OJ n. 191 da SBDI-I/TST, para efeitos de exclusão de responsabilidade solidária ou subsidiária trabalhista, restringe-se a pessoa física ou micro e pequenas empresas, na forma da lei, que não exerçam atividade econômica vinculada ao objeto contratado.

Alegavam as Cortes Regionais que a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho exigiriam uma interpretação restrita da referida orientação jurisprudencial, sob pena de, caso contrário, as grandes empresas se furtarem do cumprimento das obrigações trabalhistas através de prestadores de obras e serviços.

3 Análise do IRR 1905320155030090

Eis que o TST, recentemente, foi instado para, em incidente de recursos de revista repetitivos, pronunciar-se sobre os referidos entendimentos dos tribunais regionais do trabalho.

Preliminarmente, antes de adentrar no que foi decidido no referido precedente, vale ressaltar um dos julgados que deu origem à súmula nº 42 do TRT, da 3ª Região, conforme se depreende no inteiro teor do incidente:

“MUNICÍPIO. OBRAS DE INFRAESTRUTURA. OJ Nº 191/SDI-1/TST. NÃO APLICAÇÃO. Não se aplica a OJ 191 da SDI-1 do TST quando o município tem a obrigação estatal de oferecer à população obra de infra-estrutura e contrata empreiteira para a sua execução. Isto porque, referida Orientação Jurisprudencial somente é aplicável às hipóteses em que o dono da obra esporadicamente se dedica à construção civil e não àquele que tem a construção civil inserida em suas atividades institucionais.”

Em relação ao julgado em apreço, o ente público reclamado — Município de Umburatiba — firmou contrato de empreitada com a empresa Construtora Arte Minas Ltda., “para a construção da Escola Municipal Solivar F. Borges”. A Sétima Turma do Eg. TRT da Terceira Região manteve a responsabilidade subsidiária imputada em sentença ao ente público. Justificou o afastamento da diretriz contida na Orientação Jurisprudencial nº 191 da SbDI-1 e a incidência da Súmula nº 331 do TST, haja vista que “o Município tem a obrigação de oferecer ensino à população e, para tanto, contrata empreiteira para a construção da escola onde prestará esse serviço público”.^[3]

Percebe-se, portanto, que a lógica das cortes regionais, em relação aos entes públicos, era no sentido de que, havendo a obrigação de oferecer determinado serviço público à população, ao se contratar uma empreiteira para a construção de determinada obra, onde esse serviço será prestado, deveria ser afastada a OJ nº 191 e incidir a Súmula nº 331 do TST, o que acarretaria na responsabilidade subsidiária do ente público.

Sendo assim, prevalecia na Corte Regional a possibilidade da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto às obrigações trabalhistas da empreiteira, na forma da Súmula nº 331, IV, do TST.

Some-se a isso o já explicitado entendimento de que as grandes empresas, e os entes públicos, furtar-se-iam do cumprimento das obrigações trabalhistas através de prestadores de obras e serviços.

Contudo, não foi esse o entendimento do TST. Segundo o Ministro Relator “em todos os precedentes da Orientação Jurisprudencial nº 191, afastou-se a responsabilidade de grandes empresas privadas e de empresas estatais, pela condição de donas da obra.”^[4]

Além disso, é “cedição que a construção civil não se insere, naturalmente, entre as finalidades de um Estado da Federação. Sucede, todavia, que, com relativa

frequência, o Estado celebra contratos de empreitada, mediante licitação, para a construção de escolas, hospitais, presídios, fóruns, creches para a prestação de serviços públicos que se inserem em sua atividade-fim.

Ora, consoante a tese jurídica sufragada na Súmula regional nº 42, o ente público, em semelhante circunstância, suportaria responsabilidade pelos débitos trabalhistas da empreiteira, na mesma dimensão em que se reconhece tal responsabilidade no caso de dono da obra cuja finalidade principal é, de fato, a construção civil. Tal solução, a toda evidência, também implicaria emprestar tratamento igual a situações de patente desigualdade, em descompasso com a clássica formulação aristotélica e, portanto, em evidente afronta ao princípio da isonomia.”[\[5\]](#).

No que se refere a aplicação de princípios constitucionais para responsabilizar as empresas de grande porte e os entes públicos, ressaltou o ministro relator que “sob pena de afronta à segurança jurídica, os princípios constitucionais devem auxiliar na interpretação das normas infraconstitucionais, de modo a extrair-lhes a máxima efetividade. Essa conclusão não importa, contudo, a aplicação **atomizada** princípios, ainda que de elevada hierarquia constitucional, dissociada de normas positivadas em nosso ordenamento jurídico.”[\[6\]](#).

E continua, “Nesta perspectiva, o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser o único fundamento a embasar a declaração de responsabilidade do dono da obra em face das obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro. Por essas razões, data venia, não obstante o louvável escopo de proteção ao hipossuficiente que decerto serviu de força motriz à tese jurídica encampada na Súmula regional nº 42, penso que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser utilizado em exercício de hermenêutica da legislação infraconstitucional, mas não, por si só, como fator determinante de criação de obrigação.”[\[7\]](#).

Por conta disso, restaram fixadas as seguintes teses no precedente:

“I) A exclusão de responsabilidade solidária ou subsidiária por obrigação trabalhista a que se refere a Orientação Jurisprudencial 191 da SDI-1 do TST não se restringe à pessoa física ou micro e pequenas empresas, compreende

igualmente empresas de médio e grande porte e entes públicos (decidido por unanimidade);

II) A excepcional responsabilidade por obrigações trabalhistas prevista na parte final da Orientação Jurisprudencial 191, por aplicação analógica do artigo 455 da CLT, alcança os casos em que o dono da obra de construção civil é construtor ou incorporador e, portanto, desenvolve a mesma atividade econômica do empreiteiro (decidido por unanimidade);

III) Não é compatível com a diretriz sufragada na Orientação Jurisprudencial 191 da SDI-1 do TST jurisprudência de Tribunal Regional do Trabalho que amplia a responsabilidade trabalhista do dono da obra, excepcionando apenas "a pessoa física ou micro e pequenas empresas, na forma da lei, que não exerçam atividade econômica vinculada ao objeto contratado" (decidido por unanimidade);^[8]

4 Culpa in Elegendo e Idoneidade Financeira

Contudo, no item IV, houve aparentemente um *overruling* do TST no ponto que se passa a explicar.

Conforme o Ministro Relator, "ao ensejo da revisão da Orientação Jurisprudencial nº 191, em 2011, a despeito dos intensos debates sobre outros aspectos polêmicos, aqui já reportados, o Tribunal Superior do Trabalho não equacionou a sensível temática do recalcitrante inadimplemento das parcelas trabalhistas devidas aos empregados do empreiteiro."^[9]

E continua, "Não obstante, a experiência subministrada a todos nós, advinda da observação do que ordinariamente acontece, tem revelado a frequente contratação de empreiteiros sem idoneidade econômico-financeira para honrar as obrigações trabalhistas com os respectivos empregados. Não raro, a Justiça do Trabalho, ao julgar reclamações trabalhistas propostas por trabalhadores em face

do empreiteiro/empregador ou em face deste e do dono da obra, impõe condenações à revelia de empreiteiros que se encontram em local ignorado. Ao mesmo tempo, afasta qualquer responsabilidade do dono da obra. Inviabiliza-se, assim, a efetividade da prestação jurisdicional.”[\[10\]](#).

Desse modo, por conta da situação acima relatada, o TST decidiu que, em face da lacuna legislativa da CLT, a qual não contempla, explicitamente, a responsabilidade do dono da obra por débitos trabalhistas do empreiteiro, seria o caso de socorrer-se da analogia.

Por isso, segundo ficou decidido, faz-se adequada a aplicação analógica do artigo 455 da CLT a fim de atribuir ao dono de obra em caso de inidoneidade econômico-financeira do empreiteiro que contratar.

Destarte, responderia subsidiariamente o dono da obra por culpa *in eligendopresumida*, em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas do empreiteiro, caso este não possua idoneidade econômico-financeira.

5 Responsabilidade do Ente Público quando na posição de “Dono da Obra”

Contudo, outro foi o entendimento do TST no que se refere a Administração Pública.

Conforme restou decidido, tendo em vista não só o art. 71, §1º, da Lei nº 8666/93, o qual afasta a responsabilidade da Administração Pública por débitos das empresas contratadas, como também a ADC nº 16, a qual declarou constitucional referido dispositivo, haveria “óbice a que se reconheça a responsabilidade de qualquer ente da Administração Pública, direta e indireta, na qualidade de “dono da obra”, por obrigações trabalhistas decorrentes dos contratos administrativos que celebrar.”[\[11\]](#).

Com efeito, segundo o TST, o art. 71, §1º da Lei nº 8666/93 impediria a aplicação analógica do artigo 455 da CLT.

O TST, outrossim, afirmou que, conforme a tese de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 760931 pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal^[12], seria inafastável excluir de responsabilidade o ente público por obrigações trabalhistas do empreiteiro que contratar.

Portanto, restou fixada a seguinte, e última, tese:

“IV) Exceto ente público da Administração Direta e Indireta, se houver inadimplemento das obrigações trabalhistas contraídas por empreiteiro que contratar, sem idoneidade econômico-financeira, o dono da obra responderá subsidiariamente por tais obrigações, em face de aplicação analógica do artigo 455 da CLT e culpa in eligendo (decidido por maioria, vencido o ministro Márcio Eurico Vitral Amaro)”^[13].

Contudo, o próprio TST afirmou que “Cumpre ressaltar, no entanto, que se sobrevier alteração da situação jurídica atual, com a publicação do acórdão lavrado no julgamento do RE nº 760931, naturalmente poderá haver revisão da decisão firmada no presente Incidente, no tocante aos entes públicos, mediante a utilização da técnica da superação (“*overruling*”), consoante expressamente assegurado nos artigos 896-C, § 17, da CLT, e 927, §§ 2º, 3º e 4º, do CPC de 2015.”^[14].

Sendo assim, na data do incidente de recurso de revista repetitivos, ainda não teria sido publicado o acórdão do RE nº 760931. Com efeito, enquanto que o IRR tem publicação datada em 30/06/2017, o Recurso Extraordinário foi publicado só em 12/09/2017.

Desse modo, acredito que o TST tenha extrapolado ao excluir totalmente a responsabilidade da Administração Pública no caso em análise, pois o que restou decidido em repercussão geral pelo STF foi a impossibilidade de responsabilização *automática* da Administração Pública. Com efeito, o que o STF excluiu foi a possibilidade de responsabilização do Ente Administrativo sem que tenha havido efetiva prova de sua culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, isto é, deve restar provado, no processo de conhecimento, que a Administração Pública agiu com culpa, sendo o ônus da prova do reclamante.

Desse modo, a crítica que se faz a jurisprudência do TST é a de que deveria restar assentado, em verdade, que é possível a responsabilidade da Administração Pública como dona de obra desde que se prove efetivamente que esta agiu com culpa in vigilando na escolha da empreiteira que não possua idoneidade econômico-financeira.

Insta frisar que até mesmo a Lei nº 8666/93 prevê a idoneidade econômico-financeira como um dos requisitos para habilitação no procedimento licitatório. (art. 27, III, da Lei nº 8666/93). Desse modo, tendo havido o regular procedimento licitatório, presume-se que a Administração Pública não agiu com culpa *in eligendo* que se refere a capacidade econômico-financeira de quem contratar. Sendo assim, devido a presunção de legitimidade dos atos administrativos, o ônus da prova seria do reclamante.

6 Conclusão

Portanto, acredito que deva haver uma pequena alteração do entendimento do TST para que permita a responsabilização da Administração Pública como dona de obra nos casos em que há culpa *in eligendo*. Contudo, esta não pode ser automática, nem presumida, devendo haver prova por parte do reclamante de que a Administração agiu com culpa.

7 Referências

CORREIA, Henrique. MIESSA, Élisson. **Súmulas e OJs do TST Comentadas**. Salvador : Juspodivm, 2016.)

TST – IRR: 1905320155030090, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Publicação: DEJT 30/06/2017

STF, RE 760931, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-206 DIVULG 11-09-2017 PUBLIC 12-09-2017

NOTAS:

[1] Dono da obra quando estiver envolvido na execução dos serviços contratados e no desenvolvimento das atividades do empreiteiro: responde, de forma solidária, por eventuais danos morais, materiais e estéticos decorrentes de acidente de trabalho. (CORREIA, Henrique. MIESSA, Élisson. **Súmulas e OJs do TST Comentadas**. Salvador : Juspodivm, 2016.)

[2] Pessoa física que constrói imóveis para locação: nesse caso, a jurisprudência tem se inclinado para a exclusão da responsabilidade do dono da obra, pois nos termos da Lei nº 4.591/64, a construção de imóveis para locação não se enquadraria no conceito de incorporação imobiliária. (CORREIA, Henrique. MIESSA, Élisson. op. Cit.)

[3] TST – IRR: 1905320155030090, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Publicação: DEJT 30/06/2017

[4] Op. Cit.

[5] Op. Cit.

[6] Op. Cit.

[7] Op. Cit.

[8] Op. Cit.

[9] Op. Cit.

[10] Op. Cit.

[11] Op. Cit.

[12] : “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere ao poder público contratante automaticamente a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666/1993.” (RE 760931, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-206 DIVULG 11-09-2017 PUBLIC 12-09-2017)

[13] TST, IRR: 1905320155030090, Op. Cit...

[14] Op. Cit.

A INEFICIÊNCIA DA EXECUÇÃO FISCAL E MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE COBRANÇA DA DÍVIDA TRIBUTÁRIA

IAGO DIAS PORTO: Advogado.
Graduado em Direito pela Universidade
Federal do Ceará.

RESUMO: Este artigo tem por escopo analisar o meio ordinário previsto pelo ordenamento jurídico para a cobrança dos créditos tributários, qual seja, a execução fiscal, demonstrando suas características e seu procedimento, bem como, por meio de dados estatísticos, demonstrar que a ineficiência do procedimento executivo para a efetiva arrecadação de recursos aos cofres públicos justifica a utilização de instrumentos alternativos para tal desiderato. A metodologia do trabalho foi pautada na consulta de explicações científicas que explicassem os conceitos envolvidos na discussão em epígrafe, bem como de dados estatísticos.

Palavras-chave: Direito Tributário; Execução fiscal; Crédito tributário; cobrança extrajudicial.

Sumário: 1. Introdução. 2. Principais características e aspectos da execução fiscal. 3. Procedimento da execução fiscal. 4. Ineficiência da execução fiscal e meios extrajudiciais de cobrança do crédito tributário. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

O presente artigo visa estudar a execução fiscal utilizada pelo Fisco como o meio judicial para a cobrança de seus débitos, qual seja, a execução fiscal, demonstrando suas características e seu procedimento.

Ademais, demonstra-se a ineficiência do processo executivo fiscal para a efetiva cobrança dos créditos tributários.

Trata-se de um relevante tema de grande repercussão prática, uma vez que são muito recorrentes as reclamações da morosidade do Poder Judiciário, de forma que é necessário o estudo de alternativas extrajudiciais para evitar o abarrotamento de processos e, conseqüentemente, a inefetividade da prestação jurisdicional para a cobrança de créditos públicos.

Dessa forma, primeiramente, aborda-se as principais e características e aspectos da execução fiscal. Após, realiza-se um estudo do procedimento do processo executivo fiscal, regulado pela LEF.

Por fim, trata-se de alguns dados que demonstram que a execução fiscal é um meio oneroso para o Estado e que, muitas vezes, não atinge o seu objetivo com eficiência, isto é, a cobrança dos créditos públicos, bem como se demonstra alguns instrumentos extrajudiciais de cobrança disponibilizados ao Fisco.

2. Principais características e aspectos da execução fiscal

Machado Segundo (2015), lembra que a Fazenda Pública tem a competência de editar atos administrativos e de constituir seus próprios títulos executivos, fato que nos conduz à ideia de que, em regra, não é possível que se utilize da tutela de conhecimento, apenas indo à juízo, portanto, para provocar a tutela executiva e cautelar.

Assim, na maioria das vezes em que a Fazenda Pública figura como autora de uma ação judicial, a sua finalidade é a satisfação dos seus créditos tributários. Para isso, ingressa com a execução fiscal, que é regulada pela Lei 6830/80 (LEF) e que, segundo o art. 1º da Lei 6830/80^[1], estabelece a cobrança judicial da dívida ativa dos entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e das suas respectivas autarquias.

Com efeito, a execução fiscal é classificada como uma subespécie de execução por quantia certa, fundada em título executivo extrajudicial. Apesar de ser regulada por uma lei especial, aplicam-se, subsidiariamente, as disposições do CPC que se referem à execução em geral (MARINS, 2010).

Nesse sentido, explicam Paulsen, Ávila e Sliwka (2009, p.143) que:

A Lei nº 6830/80 dispõe sobre o procedimento judicial através do qual a Fazenda Pública pode buscar a satisfação dos seus créditos. Ao referir “cobrança judicial” não se refere à ação de cobrança, como a ação de conhecimento que busque a formação de um título executivo judicial consubstanciado em sentença condenatória.

Diferentemente, prevê a constituição, pela própria Fazenda Pública de um título executivo extrajudicial com suporte no qual venha, então, deduzir pretensão de cobrança — no sentido de buscar a satisfação compulsória — do montante a ela devido, ou seja, de execução. É justamente pelo fato de a Lei nº 6830/80 dispor sobre o procedimento especial de execução dos créditos da Fazenda Pública que costuma ser chamada de Lei de Execução Fiscal (LEF).

Nessa ordem de ideias, tem-se que a Lei 6830/80 foi editada com o objetivo de conferir maior celeridade e eficiência à cobrança dos créditos tributários, uma vez que a Fazenda Pública possui o mister de defender o interesse público. Desse modo, foi instituída uma lei que concedeu um regime especial aos entes exequentes de direito público, por meio da concessão de prerrogativas processuais (MARINS, 2010).

De fato, Varga (2015, p. 57), em sua dissertação de mestrado em que analisa de forma profunda a execução fiscal e a sua ineficiência para a cobrança dos créditos tributários, aduz que:

O modelo legislativo vigente para o processamento das execuções fiscais no Brasil está lastreado na completa judicialização de todos os procedimentos inerentes ao processamento dessas demandas. Tal realidade foi pensada tendo como base a indisponibilidade dos interesses envolvidos em tais demandas e foi estruturada a partir de várias prerrogativas e privilégios processuais.

Alguns autores criticam essa diferenciação realizada pela LEF, afirmando que construiriam “privilégios” que violariam o princípio da isonomia, princípio constitucional que deveria ser observado. Nesse sentido, alega Theodoro Júnior (2009, p.27), comentando sobre a LEF, que:

Seu advento, contudo, foi acolhido com cepticismo e sérias resistências pelos empresários em geral e, particularmente, pela classe jurídica. Na verdade, padece a Lei de Execução Fiscal de, pelo menos, dois graves defeitos

fundamentais: a) a descodificação de um procedimento que já se integrara ao Código de Processo Civil, como peça de um todo harmônico e funcional; e b) a instituição de privilégios exagerados e injustificáveis para a Fazenda Pública, que foi cumulada com favores extremos que chegam, em vários passos, a repugnar à tradição e à consciência jurídica do direito nacional [...] Não se deve esquecer que no sistema democrático um dos princípios mais caros, na ordem constitucional, é o da *isonomia*, ou seja, o da igualdade de todos perante a lei, do qual não se deve afastar nem mesmo a Fazenda Pública, mormente quando, como é o caso do Brasil, a Administração e os particulares litigam perante uma só justiça. [grifos do autor]

Apesar da tentativa do legislador de tornar possível uma execução mais eficiente dos créditos tributários, o que se observa, na verdade, é justamente o contrário. Conforme será demonstrado mais a diante, a execução fiscal abarrotou o Poder Judiciário de processos, tornando-se um dos grandes responsáveis de sua pública e notória morosidade. Nem mesmo as prerrogativas conferidas à Fazenda, criticadas por parte da doutrina, são capazes de mudar esse cenário.

A seguir, demonstra-se, brevemente, o procedimento da execução fiscal, a fim de apontar o atual modelo legislativo que regula o meio de cobrança judicial dos créditos tributários.

3. Procedimento da execução fiscal

O primeiro ato do procedimento consiste na elaboração, pela Fazenda Pública, da petição inicial que deve indicar, consoante o art. 6º da LEF[2], o juiz a quem é dirigida; o pedido e o requerimento para a citação. Além disso, logicamente, a exordial deve vir acompanhada com a CDA, com fulcro no art. 6º, §1º, da LEF[3], já que é seu título executivo, conforme se explicou anteriormente.

Recebida a petição inicial pelo juiz, este determinará a citação do executado para pagar a dívida com os juros e multa de mora, bem como os encargos mencionados na CDA, em 5 dias, ou para garantir a execução, de acordo com o art. 7º, I[4], combinado com o art. 8º, *caput*,[5] ambos da LEF.

Importante mencionar que a citação, na execução fiscal, é, em regra, realizada por meio de carta com aviso de recebimento. Se frustrada a tentativa por carta, a citação será feita por Oficial de Justiça ou por edital, em conformidade com os incisos do art. 8º da LEF[6], sendo que essa última modalidade só pode ser utilizada quando não forem efetivas as outras, conforme a súmula 414 do STJ[7].

Como garantia da execução, o art. 9º da LEF[8] permite que sejam tomadas pelo executado as seguintes providências: oferecer fiança bancária ou seguro garantia; efetuar depósito em dinheiro; nomear bens à penhora, observada a ordem do art. 11 da LEF; ou indicar bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública.

Se não ocorrer pagamento, nem a garantia da execução, a penhora pode recair sobre quaisquer bens, excetos os que a lei considere absolutamente impenhoráveis. Atualmente, os bens absolutamente impenhoráveis são aqueles previstos no rol do art. 833[9] do CPC.

Garantida a execução, o art. 16 da LEF[10] possibilita que sejam opostos embargos à execução no prazo de 30 dias, em que o executado deve alegar toda a matéria útil à defesa, devendo a Fazenda Pública ser intimada para impugná-los também no prazo de 30 dias, com fulcro no art. 17 da LEF[11], inaugurando-se, portanto, um novo processo com todo o contraditório a ele inerente.

Após essa fase, se forem julgados improcedentes os embargos do executado ou estes não forem apresentados, haverá o leilão dos bens penhorados, conforme o art. 23[12] da LEF. Há também a possibilidade de adjudicação dos bens pela Fazenda Pública em momento anterior ao leilão, hipótese em que se dará pelo preço da avaliação, ou após o leilão; caso em que, se não houver licitante, se dará pelo preço da avaliação, ou, havendo licitantes, terá preferência com igualdade de condições com a melhor oferta, no prazo de 30 dias.

Por fim, se a execução fiscal for efetiva, devem-se recolher os valores, o que será regulado por meio de normas editadas pela própria Fazenda Pública, conforme o art. 36 da LEF[13].

Pode ocorrer, ainda, de não ser encontrado o devedor ou bens que possam ser penhorados. Se isso ocorrer, segundo o art. 40 da LEF[14], o juiz deve

suspender a execução por 1 ano, prazo em que não correrá a prescrição. Decorrido esse tempo, no entanto, o juiz deve determinar o arquivamento dos autos. Após 5 anos do arquivamento sem movimentação do processo, poderá ser decretada a prescrição intercorrente, inclusive de ofício, devendo, contudo, ser intimada a Fazenda Pública para se manifestar.

Comentando sobre o instituto da prescrição intercorrente, Marins (2010, p. 694-695) alega que a sua decretação não é uma mera faculdade, caso o juiz tenha sido provocado pela parte:

Embora o dispositivo diga que o magistrado “poderá”, essa mera autorização somente se aplica aos casos em que o juiz não tenha sido provocado e decida decretar *ex officio* a prescrição. Caso contrário, isto é, havendo pedido da parte, a decretação torna-se cogente.

Após essa breve explicação sobre o procedimento da execução fiscal, trata-se sobre sua inefetividade e sobre os meios extrajudiciais de cobrança do crédito tributário.

Conforme se depreende dos dados que são apontados a seguir, na prática, é muito comum que as execuções fiscais sejam extintas em decorrência da decretação da prescrição intercorrente, uma vez que os devedores do Estado, não raro, escondem-se para não serem citados ou omitem seu patrimônio, a fim de frustrar o processo executivo.

4. Ineficiência da execução fiscal e meios extrajudiciais de cobrança do crédito tributário

A Lei 6830/80, estudada brevemente no tópico anterior, foi pensada para um clássico esquema de execução, em que o devedor seria uma pessoa física ou jurídica com patrimônio suficiente para adimplir a obrigação tributária. Ocorre, todavia, que, hodiernamente, as possibilidades de planejamento tributário oferecidas mudaram tal cenário, de modo que somente com alterações no CTN e na legislação ordinária material e processual poderão corrigir essas distorções existentes no ordenamento brasileiro (GOMES, 2009).

Nessa perspectiva, passa-se a demonstrar, com números, a inefetividade da execução fiscal.

Segundo o relatório do Conselho Nacional de Justiça (2015) — Justiça em Números —, em 2014, existiam 70,8 milhões de processos tramitando no Poder Judiciário, dentre os quais, 51% eram referentes à fase de execução. Esses processos executórios foram responsáveis pelo aumento de 10,6 pontos percentuais da taxa de congestionamento total do Poder Judiciário, já que, desconsiderando-se esses processos a taxa iria diminuir de 71,4% para 60,8%. Ademais, a taxa de congestionamento individualmente considerada desses processos foi de 86%.

Em relação, especificamente, às execuções fiscais, percebe-se que o número de processos é exorbitante, sendo os maiores responsáveis pela morosidade do Judiciário, haja vista que configuram aproximadamente 75% do total de casos pendentes de execução, com taxa de congestionamento de incríveis 91%, ou seja, a cada 100 processos em 2014, apenas 9 foram baixados. Essa taxa se repete tanto na Justiça Estadual, quanto na Justiça Federal. Desprezando-se tais processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário seria reduzida de 71,4% para 62,8%. Considerando somente a Justiça Estadual, caria de 74,2% para 65,5%. Por fim, na Justiça Federal, cairia de 70,5% para 61,2% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Outro dado interessante de ser anotado é que dentre um universo de 254 grupos de classes processuais, a execução fiscal é a segunda mais recorrente (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Em 2016, o relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (2016), demonstrou que, em 2015, as execuções fiscais representavam 39% do total dos casos pendentes e 75% das execuções pendentes, com taxa de congestionamento de 91,9%, isto é, somente foram baixados 8 processos executivos fiscais de cada 100 que tramitaram em 2015. Desconsiderando os processos de execução fiscal, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário regrediria 9 pontos percentuais, passando dos atuais 72,2% para 63,4%.

A Justiça Estadual possui 86% das execuções fiscais, com taxa de congestionamento de 91,7%. Já a Justiça Federal possui 13% dos casos, mas é a que

possui maior taxa de congestionamento com o percentual de 93,9% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Importante mencionar que, apesar de o número execuções fiscais ter diminuído desde 2012, tendo no último ano a redução de 21% nos casos novos, o acervo da execução fiscal permanece subindo. Isso ocorre porque o número de processos baixados também caiu no percentual de 6,1% no total do Poder Judiciário (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

O Índice de Atendimento à Demanda (IAD) na execução fiscal no ano de 2015 aumentou 15 pontos percentuais em relação ao ano de 2014, atingindo a marca de 95,6%. Não foi possível, entretanto, baixar mais processos do que entraram (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Além dos dados específicos que demonstram a alta quantidade de processos de execução fiscal, contribuindo para a morosidade do Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça (2011) produziu outro relatório, informando que o tempo médio de tramitação de uma execução fiscal, no âmbito da Justiça Federal, foi calculado em 8 anos, 2 meses e 9 dias, sendo que somente aproximadamente três quintos dos processos ultrapassam a fase inicial de citação, isto é, mais ou menos 40% dos processos sequer encontram o devedor. Dos que ultrapassam essa fase, apenas 25% possuem penhora efetiva.

Nesse sentido, Gomes (2009, p. 89-90) afirma que o maior problema das execuções fiscais é justamente a fase inicial de citação e a penhora de bens do executado, o que ocasiona, em diversas ocasiões, a decretação da prescrição intercorrente pela paralisação prolongada do processo:

Quem conhece a realidade da execução fiscal sabe que a paralisação dos processos executivos se deve, ou à falta de citação do devedor, que se encontra em lugar incerto e não sabido, ou à ausência de indicação, pela exequente, dos bens penhoráveis, causando aquilo que a PGFN chama de “taxa de congestionamento da ordem de 80% das execuções”. O pior é que a maioria dessas execuções paralisadas é alcançada pela prescrição intercorrente, mas os respectivos autos continuam ocupando, inútil e

desnecessariamente, as prateleiras das varas que processam a execução fiscal, por não terem quem tome a iniciativa de requerer a sua extinção e arquivamento pela prescrição intercorrente.

Ademais, 2,6% das ações de execução fiscal resultam em um leilão judicial, mas do total de processos, somente em 0,2% dos casos se geram recursos suficientes para satisfazer o débito com o pregão (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011).

Outrossim, a extinção do processo de execução fiscal por prescrição ou decadência configura o segundo motivo de baixa deste, configurando 27,7% dos casos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011).

Já o executivo fiscal, especificamente na PGFN, dura em média 9 anos, 9 meses e 16 dias e o custo médio do processo é de R\$ 5.606,67 (cinco mil, seiscentos e seis reais, sessenta e sete centavos), com a probabilidade de recuperação integral do crédito de apenas 25,8% (INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2011).

Tendo em vista os dados acima, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada-Ipea (2011) atestou que somente era economicamente viável o ajuizamento de execuções fiscais para recuperar créditos a partir de R\$ 21.731,45 (vinte e um mil, setecentos e trinta e um reais e quarenta e cinco centavos).

Esses dados demonstram a inefetividade da execução fiscal para a cobrança do crédito tributário, contribuindo para a sonegação dos tributos. Comentando sobre o tema, Tavares (2014, p.1) assevera que:

Empresas que honram com seus deveres fiscais se veem, na enorme maioria das vezes, na impensável contingência de ter que concorrer com outras que, conhecedoras da ineficácia dos métodos de cobrança vigentes e com a paralisia existencial da Justiça, insistem em dever e protaem o quanto podem o pagamento de tributos, tirando vantagem, literalmente manobrando com prazos processuais. Tal conjugação de fatores repercute nos

mercados, mostrando-se essencialmente danosa à livre concorrência, abalando os relacionamentos negociais, elevando os custos de transação, transferindo as inesperadas variações ao consumidor final, por lidar com aspectos relacionados à demora prestacional da esfera judicante.

Assim, tendo em vista a incapacidade da execução fiscal para cobrar os créditos públicos, algumas soluções extrajudiciais foram propostas para conceder maior eficiência à atividade de cobrança realizada pelo Fisco. Uma delas é a execução fiscal administrativa, ou seja, a desjudicialização de alguns atos do procedimento da atual Lei 6830/80.

Comentando sobre o assunto, Barros (2007, p.8) defende que a proposta de execução fiscal administrativa é necessária, pois segundo ele:

Fazer da execução um processo jurisdicional não é, data venia, atitude feliz. Não faz sentido demitir o administrador de sua competência expropriatória para que o juiz (também agente estatal) execute o ato administrativo. Por outro lado, a atividade judicial, naturalmente lenta e dispendiosa, deveria reservar-se para questões mais complexas. A jurisdicalização da cobrança dos créditos estatais transforma a Justiça brasileira em imenso depósito, onde os “processos de execução fiscal” acumulam-se, paralisados, sem qualquer solução.

Em sentido oposto, Machado Segundo e Machado (2007, p. 156-157) criticam tal sugestão para solução da problemática, pois a atitude fomentaria o desrespeito aos direitos fundamentais, referindo-se à forma gradativa que o ordenamento jurídico estaria se tornando arbitrário:

É preciso ter em mente, no exame desta e de qualquer outra proposta de alteração da ordem jurídica, que nem sempre uma finalidade aparentemente legítima significa que os meios invocados para a sua consecução sejam também legítimos [...] Deve-se lembrar, ainda, que a

supressão de direitos fundamentais ocorre não raro de forma gradual e discreta. Robert Alexy, a esse respeito, faz alusão à natureza “gradativa” como um ordenamento se torna arbitrário e injusto [...] os exemplos servem para nos lembrar que o poder procura sempre se expandir, de forma nem sempre legítima, fazendo para tanto uso de absurdos que, repetidos e aceitos, se tornam normais, abrindo espaço para que outros maiores sejam praticados. Primeiro criou-se a figura da “penhora on-line”, que era justificada com a afirmação de que o juiz somente a decretaria em casos extremos etc. Agora, já se fala em execução fiscal administrativa [...] Somando-se esses dados com a circunstância de que, em muitos casos, o contribuinte simplesmente não tem assegurado o direito de defesa na via administrativa [...] o resultado pode ser nefasto.

São variados os projetos que pretendem implementar a execução fiscal administrativa. O Projeto de Lei 5080/2009, por exemplo, prevê uma fase administrativa anterior à propositura da ação de execução fiscal. O devedor seria notificado da inscrição de seu débito em dívida ativa e teria o prazo de 60 dias para realizar o pagamento. Tal notificação teria o condão de interromper a prescrição, o que acarretaria a não obrigatoriedade de ajuizamento de execuções fiscais somente para obstar a consumação da inscrição, bem como permitiria que os órgãos fazendários tivessem mais tempo para identificar patrimônio penhorável do devedor. Caso não se realizasse o pagamento se iniciariam os atos de constrição preparatória realizado no próprio âmbito administrativo, mas que estariam sujeitos à conversão em penhora ou arresto pelo Poder Judiciário no prazo de 120 dias, sob pena de serem desconstituídos (WEDY, 2014).

Para auxiliar na busca por patrimônio penhorável do devedor, o Poder Executivo poderia instituir o Sistema Nacional de Informações dos Contribuintes (SNIPC), que organizaria o acesso eletrônico às bases de informação patrimonial dos contribuintes (WEDY, 2014).

Há discussões também sobre a possibilidade de utilização de meios alternativos de solução de conflitos, como conciliação, mediação e arbitragem no âmbito tributário.

Não se pretende analisar, exaustivamente, o problema, tendo em vista que o objetivo do presente artigo é diverso, mas é relevante mencionar que esses meios já são previstos como possíveis em algumas legislações que envolvem pessoas jurídicas de direito público, tais como o art. 3º, V, da Lei 9427/96^[15], que instituiu a Agência Nacional de Energia; art. 11 da Lei 11079/04 — Lei das Parcerias Público-Privadas — e art. 20 da Lei 9478/97^[16] (VARGA, 2014).

Quando envolvem matérias tributárias, no entanto, há discussões acaloradas sobre a possibilidade de utilização desses meios, tendo em vista a indisponibilidade do interesse público e dos créditos públicos (MENDONÇA, 2013).

Sem embargo, Szklarowsky (2008, online) entende que não há óbice à utilização de meios alternativos ao Judiciário na solução de conflitos que versem sobre Direito Tributário, argumentando que:

O Direito Tributário nacional e internacional também sofre os reflexos desses novos tempos. As soluções dos conflitos que surgem, nesse campo, não podem mais ficar sujeitas à morosidade de demandas judiciais que se perdem, no tempo, e os princípios da indisponibilidade e da legalidade não constituem óbices à solução de eventuais dissídios, via arbitragem ou outro meio alternativo de conciliação. [...] A Constituição não proíbe a composição de conflitos, no âmbito da Administração, entre o Estado-fisco e o contribuinte. Muito ao contrário, estimula-a. Exemplo disso encontra-se no art. 150 da Carta Magna. Esta, no § 6º, apenas exige que a isenção, a redução da base de cálculo, a anistia ou a remissão de tributos - impostos, taxas ou contribuições — se dêem, por meio de lei federal, estadual (distrital, no caso do Distrito Federal) ou municipal específica.[...] Sem dúvida, os princípios da legalidade e indisponibilidade dos créditos tributários harmonizam-se, de pronto, com as exigências do texto constitucional e do Código Tributário — lei complementar, que impõem sempre a autorização legal, para a composição *administração tributária (Fisco) — contribuinte*. [grifos do autor].

Há também importantes opiniões contrárias a essa possibilidade. Nessa perspectiva, Machado (2008, p. 130) defende a impossibilidade de utilização da arbitragem no âmbito tributário, aduzindo que:

A arbitragem não se mostra adequada para a solução de conflitos na relação tributária. Embora se possa considerar que o direito do contribuinte, de somente ser compelido a pagar o tributo legalmente devido, é um direito disponível e de natureza patrimonial, não se pode esquecer que o direito da Fazenda de arrecadar o tributo é um direito indisponível, pelo menos quando como tal se considere o direito do qual o agente estatal não pode abrir mão, a não ser em condições excepcionais e pela forma especialmente para esse fim estabelecida.

Sobre a temática, recentemente, foi editada a Lei 13140/2015 que trata sobre diversos aspectos da mediação no âmbito da Administração Pública.

Todavia, o Procurador-Geral adjunto da Fazenda Nacional, Fabrício da Soller lembra que o art. 38, I, da Lei 13140/2015^[17] menciona que, em controvérsias que envolvam matéria tributária, não se aplicam os incisos II e III do art. 32^[18] da mesma lei, ou seja, veda-se a mediação nas controvérsias envolvendo particulares e o Poder Público (BACELO, 2015).

Importante mencionar, ainda, que o alto custo da execução fiscal, conforme demonstrado anteriormente, é responsável por edições de portarias dispensando o ajuizamento da execução fiscal quando se pretende executar valores baixos. Na esfera federal, por exemplo, foi editada a Portaria 75, de 22 de março de 2012^[19], a qual determina o não ajuizamento desses processos executórios, cujo valor pretendido seja menor do que R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

O Ipea (2011), todavia, recomendou que a divulgação do valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) como piso para a cobrança do crédito tributário fosse acompanhada de uma política recuperação dos créditos inferiores a esse valor, sob pena de incentivar o inadimplemento dos contribuintes.

Outrossim, neste ato, a PGFN editou a Portaria 396/16, ordenando, em seu art. 20[20], a suspensão das execuções fiscais com valor igual ou inferior a um milhão de reais, caso não haja garantia útil para a satisfazer o crédito executado.

Nesse sentido, insta salientar que, apesar de tais valores não estarem sendo cobrados na via judicial, vêm sendo perseguidos, de forma exitosa, por meio de protesto extrajudicial de CDA (VARGA, 2014).

No âmbito da PGFN, aliás, houve um aumento de arrecadação de R\$ 13,5 bilhões, em 2012, para R\$ 22,16 bilhões até novembro de 2013, com economia de mais de R\$ 51,42 bilhões. Segundo o órgão, essa maior eficiência se deve, entre outras políticas, ao protesto de CDA's referentes a créditos inferiores a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) (CRUZ, 2014).

Ademais, de acordo com a PGFN, aproximadamente 30% dos créditos protestados são pagos em até 3 dias após a notificação para cumprimento da obrigação (CRUZ, 2014).

Em números, entre março de 2013 e outubro de 2015, foram enviados a protesto R\$ 3,79 bilhões pela PGFN, sendo que arrecadação foi de R\$ 728,26 milhões. Outrossim, segundo a Procuradora da Fazenda Nacional, Renata D'Ambrosio, uma das maiores vantagens do protesto de CDA é a celeridade, tendo em vista que, no geral, o prazo para pagamento ou parcelamento é de apenas três meses do envio da inscrição a protesto (MARQUES, 2016).

No âmbito da Procuradoria Geral Federal, em 2012, até outubro daquele ano, o índice de arrecadação foi de 52,88%, sendo que o valor recuperado superou a marca de R\$ 9 milhões (RIBEIRO, 2013).

5. Conclusão

Apesar de a lei que regula as execuções fiscais ter sido idealizada para conferir uma maior celeridade por meio de prerrogativas conferidas à Fazenda Pública, os dados demonstram que o processo executivo fiscal não é eficaz.

Ora, a execução fiscal é uma das responsáveis pela morosidade histórica do Judiciário, em virtude da quantidade de exorbitantes de processos que tramitam, os quais, em diversas vezes, não conseguem ser exitosos, é dizer, não

conseguem atingir o objetivo do processo executivo que é arrecadar, com o fito de satisfazer a dívida inadimplida.

Nessa ordem de ideias, figura-se de extrema importância estudar meios extrajudiciais de cobrança dos créditos tributários, como a execução fiscal administrativa e a mediação e conciliação em âmbito tributário, por exemplo, com o objetivo de auxiliar na melhora dos resultados de arrecadação do Estado.

Com maiores recursos decorrentes da arrecadação, o Estado será capaz de investir em serviços públicos para satisfação do interesse público, bem como desestimulará os devedores contumazes que, por meio de realização de cálculos estatísticos, preferem não pagar em os tributos, cientes da ineficiência de sua cobrança pelo Poder Público.

Esse comportamento ocasiona um desequilíbrio na livre concorrência, já que, nitidamente, as empresas que pagam em dia as obrigações tributárias são prejudicadas pela alta carga de tributária que suportam em detrimento das empresas sonegadas.

6. Referências

BACELO, Joice. Contribuinte e Receita não podem resolver conflito por mediação. Valor Econômico, Legislação e Tributos, 8 jul. 2015. Disponível em: <http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=19607> Acesso em 10 out. 2017

BARROS, Humberto Gomes de. Execução Fiscal Administrativa. **Revista Cej**, Brasília, Ano XI, n. 39, p.4-9, out. 2007. Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. **Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Brasília, Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. . **Lei 9427, de 26 de dezembro 1996**. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. **Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. **Portaria Nº 75, de 22 de março de 2012**. Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Brasília, Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. **Portaria PgfN Nº 396 de 20 de abril de 2016**. Regulamenta, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, o Regime Diferenciado de Cobrança de Débitos - RDCC. Brasília, Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. A execução fiscal no Brasil e o Impacto no Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2011. Disponível em: Acesso em: 10 out. 2017.

_____. **Justiça em números: 2015**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2015. Disponível em: Acesso em: 10 out. 2017..

_____. **Justiça em números: 2016**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça — Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2016. Disponível em:

CRUZ, Maurizan. **Economia de R\$ 51,42 bilhões e protesto de dívida ativa em cartório marcam atuação da PGFN**.2014. Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2017.

GOMES, Marco Lívio. Perspectivas para a execução fiscal no Brasil: execução fiscal x execução fiscal administrativa - qual o melhor caminho?. **Revista Cej**, Brasília, Ano XIII, n. 45, p.86-101, jun. 2009. Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2017.

INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Brasília. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011. Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. Transação e arbitragem no âmbito tributário. In: GUIMARÃES, Vasco Branco; SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes [orgs]. Transação e arbitragem no âmbito tributário. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 111-135.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário. 8. ed.** São Paulo: Atlas, 2015

_____.; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos . Execução fiscal administrativa?. In: Valdir de Oliveira Rocha. (Org.). Grandes Questões Atuais do Direito Tributário - 11.v. 1ed.São Paulo: Dialética, 2007, v. 11, p. 154-174.

MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro:** (administrativo e judicial). 5.ed. São Paulo: Dialética, 2010

MARQUES, Filipe. **Projeto de órgão da AGU recupera mais de R\$ 720 milhões para os cofres públicos.** 2016. Disponível em: . Acesso em: 15 nov. 2016.

PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. **Direito Processual Tributário:** Processo Administrativo e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. [Arbitragem na área tributária.](#) **Revista Jus Navigandi**, Teresina, [ano 13, n. 1727, 24 mar. 2008.](#) Disponível em: . Acesso em: 12 out. 2016.

TAVARES, Thiago Nóbrega. [Ineficiência da execução fiscal perante a Justiça Federal.](#) **Revista Jus Navigandi**, Teresina, [ano 19, n. 4189, 20dez. 2014.](#) Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2016

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal:** Comentários e Jurisprudência. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

VARGA, Caio Amuri. **Desjudicialização das execuções fiscais tributárias como medida de auxílio ao descongestionamento do Poder Judiciário.** 2015. 147 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2015. Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2017

WEDY, Ana Paula Martini Tremarin. Proposições alternativas ao processo judicial de execução fiscal. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.61, ago. 2014. Disponível em: Acesso em: 10 out. 2017.

NOTAS:

[1] Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

[2] Art. 6º - A petição inicial indicará apenas:

I - o Juiz a quem é dirigida;

II - o pedido; e

III - o requerimento para a citação.

[3] Art. 6º [...]

§ 1º - A petição inicial será instruída com a Certidão da Dívida Ativa, que dela fará parte integrante, como se estivesse transcrita.

[4] Art. 7º - O despacho do Juiz que deferir a inicial importa em ordem para:

I - citação, pelas sucessivas modalidades previstas no artigo 8º;

[5] Art. 8º - O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas:

I - a citação será feita pelo correio, com aviso de recepção, se a Fazenda Pública não a requerer por outra forma;

II - a citação pelo correio considera-se feita na data da entrega da carta no endereço do executado, ou, se a data for omitida, no aviso de recepção, 10 (dez) dias após a entrega da carta à agência postal;

III - se o aviso de recepção não retornar no prazo de 15 (quinze) dias da entrega da carta à agência postal, a citação será feita por Oficial de Justiça ou por edital;

IV - o edital de citação será afixado na sede do Juízo, publicado uma só vez no órgão oficial, gratuitamente, como expediente judiciário, com o prazo de 30 (trinta)

dias, e conterà, apenas, a indicação da exeqüente, o nome do devedor e dos co-responsáveis, a quantia devida, a natureza da dívida, a data e o número da inscrição no Registro da Dívida Ativa, o prazo e o endereço da sede do Juízo.

§ 1º - O executado ausente do País será citado por edital, com prazo de 60 (sessenta) dias.

[7] Súmula 414 STJ: A citação por edital na execução fiscal é cabível quando frustradas as demais modalidades.

[8] Art. 9º - Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá:

- I - efetuar depósito em dinheiro, à ordem do Juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária;
- II - oferecer fiança bancária ou seguro garantia
- III - nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11; ou
- IV - indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública.

[9] Art. 833. São impenhoráveis:

- I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;
- II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;
- III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;
- IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;
- V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;
- VI - o seguro de vida;
- VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;
- VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;
- IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;
- X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;
- XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;
- XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

[10] Art. 16 - O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

I - do depósito

II - da juntada da prova da fiança bancária ou do seguro garantia;

III - da intimação da penhora.

§ 1º - Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução.

§ 2º - No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite.

§ 3º - Não será admitida reconvenção, nem compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimentos, serão argüidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos.

[11] Art. 17 - Recebidos os embargos, o Juiz mandará intimar a Fazenda, para impugná-los no prazo de 30 (trinta) dias, designando, em seguida, audiência de instrução e julgamento.

[12] Art. 23 - A alienação de quaisquer bens penhorados será feita em leilão público, no lugar designado pelo Juiz.

§ 1º - A Fazenda Pública e o executado poderão requerer que os bens sejam leiloados englobadamente ou em lotes que indicarem.

§ 2º - Cabe ao arrematante o pagamento da comissão do leiloeiro e demais despesas indicadas no edital.

[13] Art. 36 - Compete à Fazenda Pública baixar normas sobre o recolhimento da Dívida Ativa respectiva, em Juízo ou fora dele, e aprovar, inclusive, os modelos de documentos de arrecadação.

[14] Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

§ 5º A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda.

[15] Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL: [...]

V - dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;

[16] Art. 20. O regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento.

[17] Art. 38. Nos casos em que a controvérsia jurídica seja relativa a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a créditos inscritos em dívida ativa da União:

I - não se aplicam as disposições dos incisos II e III do caput do art. 32;

[18] Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: [...]

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

[19] O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso da atribuição que lhe confere o parágrafo único, inciso II, do art. 87 da Constituição da República Federativa do Brasil e tendo em vista o disposto no art. 5º do Decreto-Lei nº 1.569, de 8 de agosto de 1977; no parágrafo único do art. 65 da Lei nº 7.799, de 10 de julho de 1989; no § 1º do art. 18 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; no art. 68 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; e no art. 54 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, resolve:

Art. 1º Determinar:

I - a não inscrição na Dívida Ativa da União de débito de um mesmo devedor com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); e

II - o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). [...]

[20] Art. 20. Serão suspensas, nos termos do art. 40, *caput*, da Lei nº 6830, de 1980, as execuções fiscais cujo valor consolidado seja igual ou inferior a um milhão de reais, desde que não conste nos autos garantia útil à satisfação, integral ou parcial, do crédito executado.

DESCUMPRIMENTO DA SANÇÃO DE PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO PREVISTA NA LEI Nº 8.429/92 E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

LUCAS GRANGEIRO BONIFÁCIO: Técnico Judiciário da Justiça Federal de Primeiro Grau - SJPB, atuando como Oficial de Gabinete do Juízo da 6ª Vara Federal/SJPB. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar as consequências jurídicas do descumprimento da sanção de proibição de contratar com o Poder Público positivada na Lei nº 8.429/92 a fim de, sob a ótica do princípio do *ne bis in idem*, analisar se se trata de nova infração ímproba ou de ato ilícito que demandada controle, através de tutela específica, nos próprios autos dos quais se originou a mencionada sanção. Para tanto, método de abordagem utilizado será o hipotético-dedutivo; de procedimento, o comparativo; e a técnica de pesquisa, a documentação indireta. Para tanto, pretende-se lucubrar a estrutura analítica do ato ímprobo e os preceitos normativos oriundos do princípio da vedação ao *bis in idem*, aplicando-os à situação em comento, a fim de estabelecer interpretação consentânea com a garantia de direitos fundamentais aos acusados, em sentido amplo, pelo Direito Punitivo Estatal, que também devem encontrar guarida no Direito Administrativo Sancionador.

Palavras-chave: Direito Administrativo Sancionador; Improbidade Administrativa; Proibição de Contratar com o Poder Público; Princípio da vedação ao *bis in idem*.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the legal consequences of non-compliance with the sanction of prohibition of contracting with the Public Power, positivized in Law 8.429/92, in order to analyze, in the light of the *ne bis in idem* principle, if this is a new wrongful act or of an unlawful act that is demanded to control, through specific injunction. Therefore, the method of approach used will be the hypothetico-deductive method; of procedure, the comparative; and the research technique, the indirect documentation. In order to do so, it is intended to cover the analytical structure of the illegal act and the normative precepts derived from the principle of the prohibition of *bis in idem*, applying them to the situation in question, in order to establish an interpretation consistent with the guarantee of

fundamental rights to the accused, in the broad sense, by the State Punitive Law, which must also find hiding in the Sanctioning Administrative Law.

Keywords: Sanctioning Administrative Law; prohibition of contracting with the Public Power; principle of the prohibition of bis in idem.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO; 2. ESTRUTURA ANALÍTICA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SANÇÕES PREVISTAS NA LEI Nº 8.429/92; 3. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO BIS IN IDEM; 4. DESCUMPRIMENTO DA SANÇÃO DE PROIBIÇÃO DE CONTRATAR E RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS; 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A improbidade administrativa constitui instância autônoma de responsabilização do agente público, matéria integrante do Direito Administrativo Sancionador. Nesse quadro, a ausência de um amadurecimento da jurisprudência pátria sobre a estrutura analítica do ato ímprobo, bem como acerca da aplicação de princípios inerentes ao Direito Punitivo Estatal em tal seara acarreta situações infringentes a diversos direitos fundamentais de demandados.

Nesse quadro, o presente artigo objetiva analisar as consequências jurídicas do descumprimento da sanção de proibição de contratar com o Poder Público positivada na Lei nº 8.429/92 a fim de, sob a ótica do princípio do *ne bis in idem*, analisar se se trata de nova infração ímproba ou de ato ilícito que demandada controle, através de tutela específica, nos próprios autos dos quais se originou a mencionada sanção.

O método de abordagem utilizado será o hipotético-dedutivo, porquanto serão eleitas hipóteses de consequências jurídicas apresentadas pelo ordenamento jurídico para o descumprimento da sanção e cotejadas com a estrutura analítica do ato de improbidade e com o princípio do *ne bis in idem*, a fim de verificar qual solução é mais congruente.

A seu turno, será adotado, como método de procedimento, o comparativo, uma vez que as soluções à problemática ora lucubrada apresentadas pela doutrina e pela jurisprudência serão comparadas com a estrutura do ato ímprobo a fim de verificar as relações de semelhança ou diferença existentes.

Por sua vez, a técnica de pesquisa utilizada será a documentação indireta através de levantamento de dados mediante pesquisa documental e bibliográfica da doutrina, bem como de entendimentos jurisprudenciais sobre o tema.

Nesse quadro, o artigo será dividido em três itens: (a) no primeiro será abordada a improbidade administrativa e sua estrutura analítica, bem como elucidada as sanções previstas na Lei nº 8.429/92; (b) no segundo tópico, será lucubrado o princípio do *ne bis in idem*, apresentando os critérios identificados pela doutrina para sua aplicação; (c) no terceiro item, será analisada a questão específica do descumprimento da sanção de proibição de contratar e apresentadas propostas de soluções para a questão.

2. ESTRUTURA ANALÍTICA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SANÇÕES PREVISTAS NA LEI Nº 8.429/92

O regime jurídico aplicável à Improbidade Administrativa deve ser buscado através do cotejamento entre a estrutura analítica do ato ímprobo e as sanções previstas na Lei nº 8.429/92 para tais ilícitos.

Com efeito, as reprimendas previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa - LIA se caracterizam como sanções de Direito Administrativo de caráter gravoso, com forte elemento aflitivo. Geram uma série de restrições de direitos, a exemplo da proibição de contratar com o Poder Público e a perda da função pública, muito se aproximando daquelas de natureza penal. Apresentam-se, por conseguinte, como manifestação do Direito Punitivo Estatal no âmbito do Direito Administrativo. Integram, assim, o denominado Direito Administrativo Sancionador (BONIFÁCIO, 2017, p. 30).

Assim, importa aplicar as garantias previstas no texto constitucional aos acusados em sentido amplo, a exemplo do princípio da legalidade e o da tipicidade (art. 5º, incisos II e LIV, CF/88).

Entretanto, a tipificação da improbidade administrativa é construída através de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, que pela generalidade de seus termos possibilitam a adequação de um sem número de casos concretos. Para tanto, basta analisar que o arcabouço de tipos previstos na LIA é composto unicamente de quatro artigos (arts. 9, 10, 10-A e 11) que pretendem disciplinar as inúmeras hipóteses de improbidade passíveis de ser encontradas na Administração Pública (BONIFÁCIO, 2017, p. 21).

Assim, é que a adequação da estrutura normativa apresentada pela LIA aos princípios da legalidade e tipicidade demandam a percepção dos arts. 9 a 11 da LIA como normas sancionadoras em branco, que demandam a complementação de outros instrumentos legais. Nessa toada leciona Fábio Medina Osório (2007, p. 275-277):

Conceituamos a LGIA como um instrumento composto de normas sancionadoras em branco, aptas a absorver a incidência das legislações setoriais. Não existe improbidade administrativa sem que haja, antes, subjacentemente, uma violação das normas setoriais. Não pode existir improbidade administrativa por meio da violação direta das normas da própria LGIA. Se aceitássemos tal hipótese, estaria aberta a via de uma grave insegurança jurídica. Os princípios podem ostentar funcionalidade normativa de controle da validade dos atos administrativos, mas jamais uma função autônoma de suporte aos tipos sancionadores da Lei Federal 8.429/92. [...] Não se pode, por razões de segurança jurídica, legalidade, tipicidade e fundamentos do Estado Democrático de Direito, imputar improbidade administrativa a alguém, formulando uma acusação de vulneração isolada dos ditames de qualquer dos textos da LGIA, porque a incidência desta depende, de modo visceral, da prévia violação de outras normas. Trata-se, aqui, de formular uma exigência de fundamentação democrática da imputação, assegurando-se o direito ao devido processo legal e, em especial, à ampla defesa. ()

Igualmente, confirmam-se as considerações de Alejandro Nieto (2005, p. 347):

O mandamento de tipificação tem duas vertentes, dado que não só a infração, mas também a sanção hão de estar devidamente previstas na norma que, em virtude da reserva legal, deve ter categoria de lei. Com remissão ou sem ela, uma vez realizada a tipificação das infrações, as normas devem atribuí-las umas sanções determinadas, estabelecendo a correlação entre umas e outras. Operação que se realiza através de distintas técnicas. Em uns casos, os mais raros, se atribui direta e individualmente uma sanção a cada infração. Mas, em regra, a lei procede de uma maneira genérica e não concreta, operando não com infrações e sanções singulares, mas com grupos de umas e outras, que permitem evitar o prolixo detalhismo de uma atribuição individualizada: luxo este que só podem permitir as leis penais em face do reduzido repertório de seus ilícitos; mas que resultaria impossível quanto se tem que manejar centenas de tipos de infração.

Assim, compete ao intérprete buscar no marco sistemático de referência da própria norma os preceitos do ordenamento que devem complementar o preceito primário da norma, que identifica a conduta exigida.

À guisa de demonstração, cite-se o exemplo de um Prefeito Municipal que, após receber numerário descentralizado através de convênio administrativo, aplica a verba pública em destinação diversa da prevista no ajuste administrativo.

Conquanto não haja dano ao erário, é possível, em tese, amoldar a conduta, desde que presentes os demais elementos como o dolo, no tipo previsto no art. 11, *caput*, Lei nº 8.429/92.

Para tanto, a dicção normativa será complementada pelo art. Art. 25, §2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal que dispõe ser vedada a utilização de recursos transferidos voluntariamente em finalidade diversa da pactuada.

Assim, definidos os limites do preceito primário da norma, serão buscadas as consequências jurídicas – preceito secundário – no art. 12 da LIA, dentre as quais a proibição de contratar com o poder público.

Destarte, a própria aplicação do tipo de improbidade administrativa demanda integração de outras normas a fim de lucubrar a efetiva ilicitude do comportamento lucubrado.

3. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO BIS IN IDEM

O princípio do *ne bis in idem* consiste na ideia básica de que ninguém deve ser condenado ou processado por um mesmo fato por duas vezes. Tem origem anglo-saxônica e previsão implícita no ordenamento brasileiro, como corolário do preceito do devido processo legal. Outrossim, também foi incorporado pelo Pacto San José da Costa Rica (art. 8º, nº 4).

No mesmo sentido, confira-se a lição de Fábio Medina Osório (2015, p. 308):

O que se deve perceber, pois, é que o princípio constitucional do *non bis in idem* encontra assento constitucional em múltiplos dispositivos. Sua origem mais direta, como ocorre com o núcleo duro do Direito Administrativo Sancionador, está na cláusula constitucional do devido processo legal, recolhendo experiências históricas relevantes na formatação do Direito Punitivo anglo-saxônico, evitando soluções arbitrárias, manifestamente injustas, contraditórias ou incoerentes, com desdobramentos normativos notáveis.

A cláusula do *non bis in idem* resulta articulada e integrada no sistema constitucional, abrigando precisamente um conjunto já referido de valores constitucionais superiores, entre os quais assumem importância notável os da segurança jurídica, da racionalidade, da coerência, da boa-fé e, muito especialmente, da justiça, aí incluída, acrescentamos, a culpabilidade. Esse princípio de vedação ao *bis in idem* se reconduz com força ao postulado da proporcionalidade, que permeia todo o Estado Democrático de Direito, nele se integrando e dele derivando. Suas dimensões são formais e materiais, com alcances potencialmente distintos, mesmo porque o Direito ostenta vertentes processuais e materiais que se integram.

Assim, o princípio em tela tem como finalidade evitar uma reação punitiva desproporcional, na medida em que tal excesso punitivo acaba por romper a garantia fundamental da segurança jurídica, da necessária previsibilidade das sanções.

Para a aplicação do preceito, Alejandro Nieto (2005, p. 525) entende ser necessária a presença de, ao menos, (a) dois processo sancionatórios; (b) identidade de sujeitos; (c) identidade de fatos.

Para lucubrar a coincidência dos fatos, há dois critérios: (a) de acordo com o primeiro, o fato se qualifica pela sua percepção fática ou natural; (b) para a segunda corrente, o que qualifica a unidade dos fatos não é a unidade natural ou da vontade do agente, mas, antes, é a própria qualificação normativa apresentada pela norma.

Dessa forma, “se prescindirmos os fatos naturais e nos atentarmos para os tipos normativos, o problema se simplifica, já que podemos encontrar a solução nos elementos que a norma selecionou na hora de tipificá-lo” (ALEJANDRO NIETO, 2005, p. 525-526).

Portanto, a aplicação do princípio da vedação ao *bis in idem* demanda a identidade de fatos ou de tipificação normativa.

4. DESCUMPRIMENTO DA SANÇÃO DE PROIBIÇÃO DE CONTRATAR E RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Dentre as sanções previstas no art. 12 da LIA avulta de importância a proibição de contratar com o poder público. Com efeito, trata-se de instrumento moralizante, tendente a evitar que pessoas jurídicas, por vezes materialmente inexistentes, continuem a perpetrar ilícitos contra a Administração Pública.

Nesse quadro, impende perquirir se o descumprimento da vedação a proibição de contratar acarreta novo ato ímprobo. Nesse sentido, cabe rememorar que o tipo de improbidade é construído através da integração

pela legislação setorial a fim de restar evidenciado o preceito primário da norma. De fato, a LIA não apresenta, *primo ictu oculi*, a inteireza das condutas que pretende sancionar.

Outrossim, ressalte-se que a identidade de elementos exigida pelo princípio da vedação do bis in idem é a de fatos normativos. Assim, por exemplo, se determinado agente público foi condenado em Ação Civil de Improbidade Administrativa por ter dispensado licitação fora das hipóteses previstas em lei, não poderá ser, em processo autônomo, perquirido sobre a contrafação documental utilizada para ultimar a fraude no certame licitatório. Com efeito, tratar-se-ia de um único conjunto normativo de fatos abarcados pelo art. 10, inciso VIII, LIA.

Imagine-se, então, que ao *intra-neus* acima mencionado tenha sido aplicada a sanção de proibição de contratar com o poder público pelo prazo de três anos. Não obstante, ainda na vigência da reprimenda, constitui pessoa jurídica e passa a celebrar negócios jurídicos com diversas municipalidades, considerando que o único impedimento seria a sanção antes infligida. Nesse quadro, o Ministério Público ajuíza Ação Civil de Improbidade afirmando ter ocorrido novo ilícito que demanda sanção autônoma.

Em tal hipótese, a tipificação da conduta analisada poderia ser enquadrada no art. 11, inciso I, da LIA, *in verbis*:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

Entretanto, a procedência da pretensão sancionatória, sob o crivo da legalidade e da tipicidade, demandaria a complementação do preceito primário do art. 11, inciso I, LIA, pela sentença exarada no âmbito da Ação Civil originária, que havia condenado o agente à sanção de proibição de

contratar. Com efeito, caso não houvesse a mencionada reprimenda, seriam hígidos os contratos.

Destarte, haveria identidade normativa nos preceitos primários construídos em relação ao processo originário e ao posteriormente ajuizado, havendo, portanto, de ser aplicado o princípio da vedação ao *bis in idem*.

Perquire-se, entretanto, quais seriam os efeitos jurídicos do descumprimento da sanção antes aplicada. Ora, considerando que o licitante estaria impedido de contratar com o Poder Público, há de se prevalecer a tese sobre a nulidade do negócio jurídico nos termos do art. 59 da Lei nº 8.666/93.

Em tais hipóteses, em regra, não há a exoneração da Administração sobre o pagamento dos serviços realizados, salvo que a irregularidade for imputável ao licitante:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

No caso de descumprimento de sanção de proibição de contratar, é manifesta a má-fé do licitante, devendo, portanto, ser ressarcidos os valores despendidos pelo erário, ainda que prestados os serviços contratados.

Destarte, não seria viável o ajuizamento de nova ação de improbidade administrativa, mas o *Parquet* ou outro legitimado ativo poderia requerer, nos mesmos autos em que houve a condenação originária, a tutela específica para efetivação do provimento jurisdicional, declarando a nulidade dos contratos firmados e determinando o ressarcimento dos valores eventualmente adimplidos pela Administração.

Doutra banda, se houver outros agentes públicos envolvidos com a contratação irregular, será possível, unicamente em relação a eles, o ajuizamento de ação civil de improbidade. Com efeito, em tais hipóteses não poderá ser reconhecida a aplicação do princípio do *ne bis in idem* pela ausência de identidade de sujeitos.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por escopo analisar as consequências jurídicas do descumprimento da sanção de proibição de contratar com o Poder Público prevista na Lei nº 8.429/92, mormente para lucubrar se haveria a consumação de novo ato de improbidade administrativa.

Assim, no primeiro item analisou-se a estrutura analítica do ato ímprobo, concluindo pela necessidade de integração do preceito normativo primário da norma sancionadora com legislação setorial, mormente ante os princípios da legalidade e da tipicidade.

No segundo item, afirmou-se que o princípio da vedação ao *bis in idem* tem aplicação no Direito Administrativo Sancionador, requerendo a presença de três elementos: (a) dois processos sancionatórios; (b) identidade de sujeitos; (c) identidade de fatos no sentido normativo.

No terceiro ponto, verificou-se que o descumprimento da mencionada sanção não poderia gerar nova improbidade administrativa, porquanto haveria identidade normativa na construção do preceito primário do tipo. Assim, seria necessário postular, nos autos originários, pela concessão de tutela específica com a declaração da nulidade dos contratos firmados e a devolução do numerário eventualmente adimplido, mormente ante a manifesta má-fé do licitante contratado.

Trata-se de interpretação consentânea com a garantia de direitos fundamentais aos acusados, em sentido amplo, pelo Direito Punitivo Estatal, que também devem encontrar guarida no Direito Administrativo Sancionador.

REFERÊNCIAS

ALEJANDRO NIETO. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4. ed. Madri: Tecnos, 2005.

BONIFÁCIO, Lucas Grangeiro. **Prescrição na Improbidade Administrativa**. João Pessoa: Sal da Terra, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: . Acesso em: 08 de outubro de 2017.

_____. Lei n 8.666/93. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: . Acesso em: 08 de outubro de 2017.

_____. Lei n 8.429/92. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 03 jun. 1992. Disponível em: . Acesso em: 27 de fevereiro de 2017.

_____. Decreto n. 678/92. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em: . Acesso em: 08 de outubro de 2017.

_____. Lei Complementar n. 101/2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 maio 2000. Disponível em: . Acesso em: 08 de outubro de 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Teoria da Improbidade Administrativa.** 1. ed. São Paulo:
Revista dos Tribunais: 2007.

DA IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO PODER CONCEDENTE POR VERBAS TRABALHISTAS DEVIDAS PELA CONCESSIONÁRIA

MARCELO GRASSI DE GOUVEIA FILHO:
Bacharel pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Procurador da Estatal Companhia Pernambucana de Saneamento.

Resumo: O presente artigo propõe uma análise da possibilidade ou não de responsabilização do Poder Concedente por verbas trabalhistas devidas pela Concessionária de Serviço Público, sob a ótica do RE nº 760931 e ADC nº 16.

Keywords: Administrative law. Labor Law. Public Service Concessions. Liability of the Granting Authority.

Abstract: This article proposes an analysis of whether or not the Granting Authority can be held liable for labor claims owed by the Public Service Concessionaire under RE nº 760931 and ADC Nº. 16.

Sumário: 1. Introdução 2. Responsabilidade do Poder Concedente pelos encargos da Concessionária 3. Distinção entre Concessão de Serviço Público e Contrato de gerenciamento de mão-de-obra 4. Da Falta de Previsão no Ordenamento Jurídico que possibilite a responsabilização do Poder Concedente 5. Conclusão 6. Referências

Palavras-Chave: Direito Administrativo. Direito do Trabalho. Concessões de Serviço Público. Responsabilidade do Poder Concedente.

1 Introdução

Tema que merece reflexão não só na seara do Direito Administrativo, como na do Direito do Trabalho é a possibilidade de condenação do Poder Concedente por conta de verbas trabalhistas devidas por concessionárias de serviço público.

De fato, o tema ressurgiu após, recentemente, o STF ter firmado a tese de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 760931, no sentido de que “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere ao poder público contratante automaticamente a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666/1993.”^[1]

Insta frisar que o STF reafirmou o entendimento já explicitado na ADC nº 16. O fato de ter sido novamente decidida a matéria, agora sob a sistemática da repercussão geral, deu-se no intuito de não só reafirmar o entendimento, como também de evitar a condenação automática do ente público, sem que o reclamante se desincumbisse do ônus de comprovar que houve efetivamente a culpa in elegendo ou in vigilando.

Desse modo, pretende-se analisar se os referidos julgados devem ser aplicados e como influem na possibilidade do Poder Concedente ser responsabilizado pelos encargos trabalhistas da concessionária.

2 Responsabilidade do Poder Concedente pelos encargos da Concessionária

Por sua vez, no que se refere especificadamente as concessões, prevê a lei nº 8987 de 1995 que:

“Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço

concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§ 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.

Continua, o art. 31, Parágrafo único, da Lei 8987/95, afirmando que:

“Art. 31 (...), Parágrafo Único as contratações, inclusive de mão-de-obra, feitas pela concessionária serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente.”.

Contudo, apesar do que está expressamente previsto na referida lei, há julgados na justiça trabalhistas que buscam a responsabilização do Poder Concedente sobre os seguintes argumentos:

“A controvérsia dos autos reside se a concedente do serviço público responde por eventuais créditos trabalhistas inadimplidos do concessionário perante seus empregados. Isso porque não é só na terceirização que o poder público pode ser responsabilizado. Indubitavelmente, o concessionário responde pelas obrigações com terceiros ou por danos causados, prestando serviço público (art. 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil), aplicando-se a teoria da responsabilidade objetiva. E o poder público deve responder, subsidiariamente, quando faltar bens do concessionário, sob pena de se deixar a mercê da própria sorte aquele que o concessionário contratou. Isso porque o empregado do concessionário exercia atividade

inerente ao próprio Estado (prestação de serviço público), e o Estado continua sendo o fiscal e o fiador dos serviços. [...] Se assim não fosse, seria muito fácil para o poder concedente, já que poderia se esquivar de eventual responsabilidade utilizando-se do instituto da concessão. E, em que pese existir contrato celebrado entre a primeira e a segunda ré, isto não é suficiente para retirar a responsabilidade desta, já que o art. 43 do Código Civil inclusive permite a responsabilização do ente público. Quanto ao disposto no art. 38, § 6º, da Lei 8.987/95, a fim de isentar o poder concedente, não pode prevalecer, sob pena de não se cumprir o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e o princípio da valorização do trabalho (art. 170, caput), ambos consubstanciados no bojo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Por último, é assente na doutrina e jurisprudência que o poder concedente responde pelos serviços públicos prestados pela concessionária perante os usuários. Desta maneira, nada mais lógico que responder, igualmente, pelos eventuais créditos do trabalhador que operacionalizou o serviço público propriamente dito.”[\[2\]](#)

A referida decisão foi cassada por meio de reclamação ao Supremo Tribunal Federal[\[3\]](#), uma vez que houve desrespeito ao que foi decidido na ADC nº 16.

Contudo, defende-se aqui que, no caso de concessionária de serviço público, sequer a Administração Pública poderia ser considerada Tomadora de Serviços, conforme será analisado no próximo tópico.

3 Distinção entre Concessão de Serviço Público e Contrato de gerenciamento de mão-de-obra

Com efeito, a concessão é, em verdade, uma delegação de serviço público, através da qual, determinada empresa, presta serviço público à sociedade. Consequentemente, não há nada que caracterize a concessão como um contrato

de gestão de mão-de-obra nos moldes do art. 25, §1º, Lei nº 8666, isto é, não se trata de terceirização. De fato, segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

“O contrato de concessão de serviço público é o instrumento por meio do qual a Administração Pública (concedente) transfere a execução do serviço público a terceiro (concessionário) por determinado prazo.”^[4]

Insta frisar que a súmula nº 331 do TST refere-se ao tomador dos serviços:

“Súmula nº 331 do TST

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do **tomador dos serviços** quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da **prestadora de serviço** como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.”

De fato, ao se realizar uma concessão de serviço público o Estado permite que o Particular preste determinada serviço à sociedade, sob sua conta risco, sendo remunerado através de tarifas cobradas do próprio usuário.

Não está a concessionária oferecendo mão-de-obra para o Estado, muito menos está prestando um serviço ao Estado. Está, em verdade, prestando um serviço público aos usuários.

Percebe-se, portanto, que é totalmente descabida a condenação do Poder Concedente por encargos trabalhistas da concessionária.

4 Da Falta de Previsão no Ordenamento Jurídico que possibilite a responsabilização do Poder Concedente

Ademais, não há o que se falar em responsabilidade objetiva decorrente do art. 37, § 6º, da CF, uma vez que essa se refere a responsabilidade extracontratual, enquanto que as verbas trabalhistas são decorrentes da relação de emprego, isto é, verbas de natureza contratual entre a concessionária e seus empregados.

Com efeito, não há nenhuma lei que atribua expressamente ao Poder Concedente responsabilidade pelas verbas trabalhistas devidas pela concessionária.

Por sua vez, a aplicação atomizada de princípios como o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e da valorização do trabalho (art. 170, caput), sem levar em conta as regras presentes na legislação de regência (Art. 25, § 2º e art. 31, § único), mostra-se despropositada, não podendo referidos princípios, por si só, serem, através de um exercício de hermenêutica, o fator determinante de criação de uma obrigação ao poder concedente.

A relação que há, de fato, entre o previsto na ADC nº 16 e o que ocorre entre concessionária e poder concedente é que, em ambos os casos, não só há uma lei expressamente afastando a responsabilidade da Administração Pública, como também, sendo os referidos dispositivos constitucionais, não devem ser “esquecidas” a fim de se criar a responsabilização do Ente Administrativo quanto as verbas trabalhistas dos empregados de suas contratadas.

5 Conclusão

Percebe-se, portanto, que no caso das concessionárias, a condenação do Poder Concedente é descabida. Nesse caso, não poderia o Poder Público ser condenado pelas verbas trabalhistas, uma vez que não estaria contratando um

serviço de gerenciamento de mão-de-obra, mas sim delegando um serviço público à determinado particular. Com efeito, condenar o Poder Concedente seria criar obrigação não prevista em lei.

Sendo assim, entende-se pela constitucionalidade dos artigos Art. 25, § 2º e art. 31, § único, e da ausência de responsabilização do Poder Concedente pelos encargos trabalhistas das concessionárias.

6 Referências

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos – 6ª ed.* – Rio de Janeiro: forense, São Paulo: MÉTODO, 2017.

STF, RE 760931, Relator (a): Min. ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-206 DIVULG 11-09-2017 PUBLIC 12-09-2017

___, Rcl 18141, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 12/08/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 14/08/2014 PUBLIC 15/08/2014

NOTAS:

[1] RE 760931, Relator (a): Min. ROSA WEBER, Relator (a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-206 DIVULG 11-09-2017 PUBLIC 12-09-2017

[2] STF, Rcl 18141, Relator (a): Min. LUIZ FUX, julgado em 12/08/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 14/08/2014 PUBLIC 15/08/2014

[3] Op. Cit.

[4] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos – 6ª ed.** – Rio de Janeiro: forense, São Paulo: MÉTODO, 2017.

DIÁLOGO ENTRE AS FONTES - O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

GERALDO UCHÔA DE AMORIM JÚNIOR:
Procurador autárquico da Manaus Previdência.
Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas.

RESUMO: O estudo visa à discriminação dos conceitos de consumidor, fornecedor e bens e serviços sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor. Explana-se a clássica tese do diálogo das fontes, a incidência, no plano horizontal, dos direitos e garantias fundamentais e os princípios basilares do Código Civil (eticidade, socialidade e operabilidade). Ao final, tecem-se considerações críticas sobre a aplicação, ou não, do Código de Defesa do Consumidor, pautado no princípio da vulnerabilidade, aos contratos de serviços advocatícios.

PALAVRAS-CHAVE: Diálogo das Fontes. Microsistema jurídico. Estandarização das relações.

SUMÁRIO: 1 Introdução 2 Posicionamento crítico sobre a utilização do Código de Defesa do Consumidor na prestação de serviços advocatícios 3 Considerações Finais 4 Referências Bibliográficas

1 INTRODUÇÃO

A defesa do consumidor, instituída constitucionalmente como direito individual e coletivo (BRASIL, Constituição Federal, art. 5º, XXXII), possui como corolário o princípio da vulnerabilidade, o qual, conforme o posicionamento de Almeida (2003, p. 15), *in verbis*, corresponde a um conjunto de regras protetivas aos vulneráveis, sendo reconhecido no plano jurídico internacional e tendo auferido especial amparo do legislador brasileiro ao elencá-lo como direito fundamental, pois afasta-se de uma postura absentéista para o intervencionismo voltado à promoção e ao desenvolvimento dos mecanismos aptos à proteger os direitos tais indivíduos.

É a espinha dorsal da proteção ao consumidor, sobre a qual se assenta toda a linha filosófica do movimento. É indubitoso que o consumidor é a parte mais fraca das relações de consumo; ele apresenta sinais de fragilidade e

impotência diante do poder econômico. Há reconhecimento universal no que tange a essa vulnerabilidade. Nesse sentido já se manifestou a ONU e por esse enfoque o tema é tratado em todos os países ocidentais. No Brasil, a atual Constituição Federal reconhece claramente essa situação de hipossuficiência, ao declarar que o estado promoverá a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), de um lado assumindo a postura de garantidor e, de outro, outorgando tutela legal a quem, adrede e filosoficamente, se reconhece carecedor de proteção.

Cumpra salientar que o próprio texto constitucional, em outros artigos, apregoa o dever de observância da promoção da defesa do consumidor. No art. 170, da Carta Magna, dispõe como princípio da ordem econômica, cujo objetivo é assegurar a todos existência digna, justamente a defesa do consumidor (inciso V). O art. 150, da CF, limita o poder de tributar dos entes políticos em função do princípio da informação ao determinar, em seu §5º, que cabe a lei impor medidas para que “os consumidores sejam esclarecidos dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”.

Desta forma, evidente que a proteção dos hipossuficientes é tida não como um sistema isolado de proteção das relações jurídicas estabelecidas entre particulares, mas verdadeiro vértice interpretativo na consecução de políticas públicas e formação de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual a proteção de minorias, ou, no caso, maiorias oprimidas pelos detentores do meio de produção, é tida como corolário do Estado Democrático de Direito.

2 POSICIONAMENTO CRÍTICO SOBRE A UTILIZAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

A par das informações básicas sobre relação de consumo e exercício da advocacia, duas são as matrizes ideológicas para autorizar uma convergência normativa entre os diplomas legais: a reformulação da concepção de contrato, baseada no Código Civil de 2002, e a teoria do finalismo aprofundado ou mitigado, conforme explicado acima.

Assevera Gonçalves (2013, p. 31), conforme trecho a seguir colacionado, a necessidade de se aplicar os princípios consumeristas aos contratos, mesmo que não sejam regidos pelo direito do consumidor, tendo em vista que o Código Civil de 2002, também chamado de Código Reale, em homenagem à participação ativa do estimado doutrinador, é pautado pelo princípio da eticidade, mandamento de otimização que serve não apenas para determinar o dever de boa-fé objetiva entre os contratantes, mas também para ser vértice interpretativo na aplicação das normas e na análise das situações concretas pelos órgãos judiciários:

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu princípios gerais de proteção que, pela sua amplitude, passaram a ser aplicados também aos contratos em geral, mesmo que não envolvam relações de consumo. Destacam-se o princípio geral de boa-fé (art. 51, IV), da obrigatoriedade da proposta (art. 51 VIII,) da intangibilidade das convenções (art. 51, X, XI e XIII).

O ordenamento jurídico atual é pautado pela eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais, conforme estatui o art. 5º, §1º, da CF, o qual disciplina, basicamente, que estes têm aplicabilidade imediata nas relações intersubjetivas privadas. O art. 5º, XXXII, da Carta Magna, estatui que a lei promoverá a defesa do consumidor, sendo que, com o fito de não isolar os microssistemas jurídicos em si mesmos, tornando-os autossuficientes, porém dissociados da realidade fática, aponta-se uma inclinação à convergência normativa para aplicação de normas favoráveis, conforme lição de Venosa (2015, p. 405):

Os princípios tornados lei positiva pela lei de consumo devem ser aplicados, sempre oportunos e convenientes, em todo contrato e não unicamente nas relações de consumo. Desse modo, o juiz, na aferição do caso concreto, terá sempre em mente a boa-fé dos contratantes, a abusividade de uma parte em relação à outra [...] como regras gerais e cláusulas abertas de todos os contratos, pois os princípios são genéricos, mormente levando-se em conta o sentido dado pelo novo Código Civil.

Pugna-se, portanto, pela aplicabilidade dos princípios consumeristas nos contratos advocatícios com parcimônia. Necessário que o magistrado investigue a

vulnerabilidade do cliente *in concreto*, através da teoria do finalismo mitigado, posto que o advogado, ainda que não preste um serviço mercantilizado, visando ao lucro, encontra-se em posição de superioridade na relação jurídica. Por oportuno, a nova visão dada pelo Código Civil propõe um diálogo de fontes entre os diversos regramentos legais, mecanismo que afasta a tese de que apenas se utilizaria o Estatuto da Advocacia e da OAB, por ser regramento posterior e específico sobre a matéria.

Importante consignar que, além do advogado, os demais profissionais liberais também possuem órgão de classe e respectivo Estatutos e Códigos de Ética. Não é possível, portanto, tratar de maneira desigual um médico que, obviamente, sujeita-se ao Código de Defesa do Consumidor nos moldes do art. 14, §4º deste, e regalar tratamento privilegiado ao profissional da advocacia. Tal argumento é suficiente para rechaçar jurisprudências que afastam a incidência do CDC às relações entre cliente e advogado, por expressa violação ao princípio da isonomia.

Ademais, verifica-se a tendência atual de massificação dos contratos de prestação de serviços, os quais são despídos de caráter *intuitu personae* e de confiança entre outorgante e outorgado. A respeito do tema, percebe-se a decadência do voluntarismo no Direito Privado através de uma relativização dos conceitos clássicos e instauração de novos princípios a partir do Código Civil de 2002, frisando-se o caráter balizador da função social do contrato (princípio da socialidade). Revisa-se, nas palavras de Marques (2004, p. 154 e 155), os paradigmas clássicos de autonomia da vontade e conseqüente reestruturação dos princípios regentes dos acordos, justamente em decorrência de que:

Em muitos casos o acordo de vontades era mais aparente do que real; os contratos pré-redigidos tornaram-se regra, e deixavam claro o desnível entre os contraentes – um autor efetivo das cláusulas, outro, simples aderente – desmentindo a idéia de que assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça contratual.

As relações de consumo têm como baliza principal sua função social, pois é esta que determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses da coletividade. Portanto, existente divergência entre ambos, deve prevalecer, em regra, os interesses sociais em detrimento dos individuais, nascendo,

assim, a matriz ideológica do Código de Defesa do Consumidor, plenamente aplicável às prestações de serviços advocatícios sob esta ótica.

Vale observar que o princípio da função social é tido como uma das mais importantes inovações e sede do direito contratual comum brasileiro e, para parcela da doutrina, de todo o novo Código Civil. Mesmo nos contratos em que não sejam tipicamente tutelados pelo direito do consumidor deve-se interpretá-los no sentido que melhor contemple o interesse social, o qual inclui a tutela da parte hipossuficiente nos pactos.

Para bem compreender a natureza jurídica e as distinções entre contratos negociados e contratos de adesão, vitais os ensinamentos de Grinover et al., (2004, p.197), pois preleciona que estes apenas são verdadeiramente relacionados com o consumo, pois figuram o fornecedor de bens ou serviços e os adquirentes ou utentes de tais mercadorias. O ordenamento jurídico tutela, de forma ostensiva, o consumidor, sendo determinado pelo CDC que se presume necessária a adoção de medidas diversificadas de proteção frente a sua manifesta fragilidade no confronto com o poder contratual atribuído aos fornecedores. Diferentemente, os contratos negociados, nas relações consumeristas, aproximam-se dos contratos estritamente privados, regidos pela máxima do *pacta sunt servanda*, o qual pressupõem que as partes se encontram em igualdade quanto aos poderes contratuais, em consonância com o pensamento liberal, o qual sempre foi averso à proteção legal dos hipossuficientes.

Portanto, a impossibilidade de alteração de cláusulas nos contratos de prestação de serviços advocatícios, seja por veto do profissional, seja por falta de conhecimentos suficientes do constituinte para discernir cláusulas abusivas, é outro argumento favorável à aplicação do diálogo das fontes, pois tal situação gera verdadeiros contratos de adesão, visto a posição de superioridade do fornecedor de serviço. Colaciona-se julgado em que se reconhece a vulnerabilidade do constituinte e a existência de contrato de adesão em caso de prestação de serviços advocatícios:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS CONFIGURADO COMO CONTRATO DE ADESÃO. FORO DE ELEIÇÃO. CLÁUSULA ABUSIVA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 100, INCISO IV, ALÍNEA D, DO CÓDIGO DE

PROCESSO CIVIL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. 1. O magistrado pode declinar até mesmo de ofício a incompetência ao reconhecer o caráter abusivo da cláusula de eleição de foro. 2. "Em se tratando de ação de arbitramento de honorários, em face de contrato de prestação de serviços advocatícios, deve prevalecer o foro do juízo onde os serviços profissionais foram contratados, onde o advogado prestou seus serviços como procurador e onde deveriam ser pagos os honorários. Dúvida não há que a cláusula eletiva do foro, estabelecida em contrato de adesão pela parte economicamente mais forte, se revela abusiva porque impõe ao contratante mais fraco, sérios óbices ao pleno acesso à jurisdição e à sustentação do seu direito em Juízo." (TJ/PR, 11ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 344.110-5, Rel. Des. Mário Rau, j. 13/09/2006) " RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-PR - AI: 4389573 PR 0438957-3, Relator: ShiroshiYendo, Data de Julgamento: 28/11/2007, 16ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 7512).

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR FORO DA CONSUMIDORA E LOCAL DE ATUAÇÃO DA PROFISSIONAL LIBERAL - É reconhecida a relação de consumo em contrato de prestação de serviços advocatícios, diante de regra expressa na lei, compreendendo o conceito de profissional liberal - Regra determinadora de competência como opção do consumidor - Agravo não provido. (TJ-SP - AI: 789760720128260000 SP 0078976-07.2012.8.26.0000, Relator: José Malerbi, Data de Julgamento: 25/06/2012, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/06/2012).

O posicionamento do ilustre doutrinador Tartuce (2012, p. 111 e 112) é fundamental ao, de forma inovadora na sistemática processual, refutar com maestria

a tese de inaplicabilidade dos princípios consumeristas na prestação de serviços advocatícios, conforme se depreende:

A relação entre advogado e cliente é, sim, uma relação de consumo, pela presença de uma prestação de serviços realizada a um destinatário final fático e econômico, que é cliente [...] A tese de existência de uma lei específica é afastada pela *teoria do diálogo das fontes*, na esteira dos argumentos também utilizados para as relações locatícias e as atividades notariais e registras. Repise-se que não se pode conceder o sistema jurídico como algo inerente e fechado, mas em constante interação. Por fim, enquadrar a atividade do advogado como sendo *oferecida no mercado de consumo* não a torna uma atividade mercantil, o que é vedado pelo Estatuto da Advocacia em vários de seus preceitos. O sentido de *mercado de consumo* é aquele da sociedade de consumo em massa (*massconsumptionsociety*), sem que haja efetivamente um fim comercial de lucro direto, na trilha de exemplos antes demonstrados. Ainda a título de argumentação, o Estado, do mesmo modo, presta tais serviços, de forma direta ou indireta, sem que esteja presente o intuito de lucro. Isso também ocorre com pessoas jurídicas ou naturais prestadoras de serviços públicos por concessão e delegação [...] Não se olvide que a atividade do advogado é essencial e indispensável à administração da Justiça, como expressa o art. 133 da Constituição Federal. Eventual enquadramento de sua atividade como de consumo não representa qualquer lesão quanto ao objeto do comando superior. Na verdade, só há um reforço da norma, eis que as responsabilidades dos advogados são aumentadas, pela incidência dos justos preceitos consumeristas.

Enaltece-se que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor relaciona-se diretamente a deveres instrumentais de conduta que, embora existentes nas demais relações sociais, ganha enfoque especial e proteção reforçada por parte do Estado tendo em vista o desequilíbrio natural entre as partes contratantes.

Para o ilustríssimo doutrinador Cavalieri Filho (2014, p. 471), o CDC apenas excepcionou um aspecto típico dos contratos consumeristas, qual seja, a responsabilidade objetiva pela falta do serviço, compreendendo-se que a responsabilidade ocorre de forma objetiva. Entretanto, todos os demais deveres anexos de conduta, dever de boa-fé, de transparência, da confiança são plenamente aplicáveis, tendo o professor carioca rechaçado de forma taxativa o entendimento doutrinário que afasta tais deveres da órbita do exercício da advocacia.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da análise da evolução da responsabilidade civil, desde as sociedades primitivas, pautadas pela autotutela, passando pela *Lex Aquilia*, do direito romano, ingressando no Código de Napoleão e na Constituição Federal de 1988, percebe-se que os institutos jurídicos se renovam visando alcançar a pacificação social, fim último do Direito. Torna-se possível, portanto, afirmar que o direito positivado não pode ser utilizado como subterfúgio para que os institutos jurídicos não sejam analisados à luz da realidade social.

A atuação do advogado, seja no campo judicial, seja no extrajudicial, foi classicamente analisado sob o enfoque do Código Civil de 1916, cuja responsabilidade era a subjetiva e o ônus da prova, estático. A grande diferença da responsabilização pelo Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor reside na maior proteção atribuída pelo legislador a este *Codex*. Neste são previstas as hipóteses de inversão do ônus da prova, nulidade *ex officio* de cláusula de eleição de foro e deveres instrumentais de conduta, aparatos voltados à maior proteção do vulnerável. Afirmar que pela simples análise do critério cronológico e o da especialidade não seria possível aplicar os institutos consumeristas seria desprestigiar toda a realidade fática. Ademais, a teoria do diálogo das fontes é apta a contradizer tal pensamento, visto que os sistemas jurídicos devem ser conjugados de forma una, sempre almejando à pacificação social.

A grande diferença de vulnerabilidade para a hipossuficiência reside no fato que aquela é uma situação jurídica, ao passo que esta é uma situação fática. Em ambos os casos, pode-se afirmar que a teoria do finalismo mitigado avança na idéia de destinatário final de produtos, incluindo até mesmo pessoas jurídicas no termo “consumidor”. Sendo assim, baseado na teoria do diálogo das fontes, na teoria do finalismo mitigado, nos princípios basilares do Código Civil de 2002 (eticidade,

socialidade e operabilidade) é possível a utilização do Código de Defesa do Consumidor, pautado no princípio da vulnerabilidade, nos contratos de prestação de serviços advocatícios.

4 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. 1ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2003, p. 15.

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

BRASIL, **Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil**, Publicado no Diário da Justiça, Seção I, do dia 01.03.95, pp. 4.000/4004, disponível em <http://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina>.

BRASIL, **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

BRASIL, **Lei 5.869**, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm.

BRASIL, **Lei 8.078**, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm.

BRASIL, **Lei 8.906**, de 4 de julho de 1984, Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade civil**. 11ª Edição. São Paulo. Atlas. 2014, p. 8.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º Volume**. 29ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2015, p. 321.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direito do Consumidor**. 11ª Edição. São Paulo. Editora Atlas. 2012, p. 6.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil, Volume II**. 12ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2011, p. 134.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 4. 8ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 25.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 3. 10ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2013, p. 31.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 28ª Edição. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 2012, p. 129.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; BENJAMIN, Antonio H. V.; FINK, Daniel; FILOMENO, José; DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 500.

TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor, Volume Único**. 1ª Edição. São Paulo. Editora Método. 2014, P. 111 e 112.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, Vol. IV**. 13ª Edição. São Paulo. Atlas. 2013, p. 19.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, Vol. II**. 15ª Edição. São Paulo. Atlas. 2015, p. 2

REPERCUSSÕES JURÍDICAS DO INSTITUTO DE PROTESTO DE TÍTULOS NO DIREITO POSITIVO

IAGO DIAS PORTO: Advogado.
Graduado em Direito pela Universidade
Federal do Ceará.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo estudar o instituto do protesto de títulos no ordenamento positivo brasileiro, demonstrando suas repercussões jurídicas mediante a apresentação de seu conceito, competência, natureza jurídica, suas principais características, espécies e efeitos. A forma metodológica do trabalho foi pautada na pesquisa da legislação e doutrina, a fim de conceder explicações científicas que envolvessem a temática.

Palavras-chave: Direito empresarial; Direito cambial; Protesto; Títulos; documentos de dívida.

Sumário: 1. Introdução. 2. Origem histórica do protesto e da função notarial. 3. Considerações iniciais sobre protesto de títulos. 3.1 Conceito e títulos protestáveis. 3.2 Competência para protestar e natureza jurídica. 4. Espécies de protesto. 4.1. Protesto necessário. 4.2 Protesto facultativo. 4.3 Protesto especial para fins de falência. 5. Principais efeitos do protesto de títulos. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

Neste artigo, realiza-se uma investigação sobre alguns aspectos do instituto do protesto de títulos, a fim de investigar as repercussões jurídicas desse tão importante instituto para o Direito brasileiro.

Primeiramente, efetua-se um breve histórico da função notarial e da atividade protestante, a fim de compreender a evolução que ocorreu nesta última, desde a antiguidade até os dias atuais.

Em seguida, demonstra-se o conceito, a natureza jurídica do protesto, quais são os títulos protestáveis e quem é dotado de competência para protestar, consoante o ordenamento jurídico.

Por fim, são estudadas as espécies de protestos, bem como os seus principais efeitos.

2. Origem histórica do protesto e da função notarial

A função notarial, da qual decorre o protesto, é atividade muito antiga. Sua origem remonta à época da civilização egípcia e hebraica, em que existiam os escribas, os quais são considerados precursores dos atuais notários, mas que não se confundiam com estes, haja vista que não eram dotados de fé pública, ou seja, limitavam-se a presenciar a celebração do negócio e reduzir a termo o que tinham constatado. Somente em uma segunda fase, o notário passou a ser dotado de fé pública, conferindo-se a este a característica de assessor jurídico das partes (BRANDELLI, 2011).

Também na Grécia antiga e em Roma há registros de atividades semelhantes às dos atuais notários, por meio dos *mnemons* e *tabelliones*, respectivamente. Na Idade Média, por sua vez, a arte notarial teve um incremento relevante com a criação de um curso especial na Universidade de Bolonha, considerando-se, inclusive, que as bases científicas do notariado moderno foram criadas nessa época. Após esse importante marco, a atividade notarial ainda passou por um aprimoramento até se tornar o instituto que conhecemos atualmente, isto é, um importante meio de pacificação social e de segurança jurídica preventiva (BRANDELLI, 2011).

Quanto ao protesto em si, primeiramente, deve-se salientar que sua gênese se confunde com a evolução histórica da letra de câmbio. Dessa forma, ao realizar um estudo sobre a história desse título de crédito, descobre-se a origem do objeto de estudo do presente trabalho (MORAES, 2014).

As primeiras regulamentações das letras de câmbio, segundo Migliardi e Bernasconi (1969 *apud* FRANCIULLI NETTO, 2006), surgiram na Idade Média, nas cidades de Veneza, em 1272, de Avignon, em 1243, e de Barcelona, em 1394, apesar de se atribuírem a existência de documentos semelhantes a esse título na Grécia e em Roma.

Requião (2013) aduz que o jurista alemão Kuntze divide a história da letra de câmbio em três fases, quais sejam: (1) o período italiano, o qual perdurou

até 1650, em que a letra de câmbio era utilizada como instrumento de câmbio entre as diversas moedas existentes nas diversas cidades italianas; (2) o período francês, de 1650 a 1848, no qual houve uma evolução do instituto, que passou a constituir meio de pagamento; (3) o período germânico, de 1848 até os dias atuais, no qual a letra de câmbio passou a ser compreendida como obrigação literal e abstrata, tornando-a um título de crédito propriamente dito. Essa divisão é seguida por diversos autores, como Negrão (2012) e Almeida (2011).

Nesse sentido, o protesto cambial é um instituto também originado na Idade Média, havendo registros dos primeiros protestos ainda no século XIV, mais especificamente no ano de 1335. Na Alemanha, por exemplo, há registros de que a atividade protestante data do século XVI (SARAIVA, 1912).

Diversas legislações regiam o instituto nos variados países, existindo notícia de que, no Brasil, o Alvará de 16 de outubro de 1789 regulava o termo de denúncia dos protestos (SARAIVA, 1912).

Antes do Alvará de 1789, a prática era objeto de usos e costumes do comércio, existindo, à época, em Lisboa, um ofício privativo de Escrivão dos Protestos e, na Bahia, por meio de uma lei de número desconhecido, de 15 de novembro de 1827, também foi criado um Tabelionato de Protestos (LISBOA, 1874 *apud* SANTOS, 1991).

No Brasil, o Código Comercial de 1850 (Lei 556, de 26-6-1850) foi o primeiro diploma normativo que previu, de forma expressa e bem delineada, normas sobre o protesto de títulos. Em seguida, o Decreto Imperial 9420, de 28 de abril de 1885, trouxe disposições sobre o concurso público para exercer as funções de tabelião, oficial de registro e escrivão, mas, somente em 10 de janeiro de 1890, com o Decreto Republicano 135, foi criado o lugar de oficial privativo dos protestos de letras na Capital Federal (MORAES, 2014).

As normas do Código Comercial vigoraram até 1908, ano em que foi publicado o Decreto 2044, em 31 de dezembro daquele ano, oriundo de um projeto de Saraiva. Apesar de ter formalmente ingressado no ordenamento jurídico como Decreto, diversos juristas o tratam como lei, inclusive considerando-o como sendo superior tecnicamente à Lei Uniforme de Genebra. A principal característica do

texto normativo foi ter abandonado a corrente francesa e ter se filiado inteiramente à doutrina alemã (REQUIÃO, 2013).

Em 1930, foi aprovada, em Genebra, uma Convenção Internacional que buscou uniformizar o tratamento da letra de câmbio e da nota promissória, a denominada Lei Uniforme em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias. O Brasil somente promulgou a referida convenção em 1966, por meio do Decreto 57663/66, tornando aplicável, a partir dessa data, as disposições da convenção internacional para tratar sobre o protesto, utilizando-se supletivamente o Decreto 2044/1908 (MAMEDE, 2009).

Por fim, mais recentemente, foi editada uma lei que trata sobre o protesto de títulos e outros documentos de dívida, qual seja, a Lei 9492/97, de 10 de setembro de 1997, que, segundo Moraes (2014, p. 27), “é um dos maiores avanços já implementados em matéria de protesto notarial”.

É de bom alvitre salientar, ainda, a existência de outras legislações esparsas que tratam sobre protesto, como a Lei 5474/68, que trata sobre a duplicata mercantil, as normas da Lei 6690/79, que tratam sobre cancelamento de protesto, a Lei do Cheque, a Lei 6268/75 e a lei de recuperação judicial, extrajudicial e falência (Lei 11101/05) (CENEVIVA, 2014).

Realizado um breve esforço histórico sobre a origem do protesto e a evolução do tratamento legislativo conferido ao tema no Brasil, insta esclarecer que o protesto se modificou ao longo dos anos, tendo em vista tratar-se, conforme exposto anteriormente, de instituto jurídico praticado desde os tempos mais longínquos.

Nessa perspectiva, Franciulli Netto (2006, online) resume bem a modificação da função do protesto ao longo dos anos:

Em suma, historicamente o protesto nasceu para exercer função ligada à própria origem etimológica da palavra, derivada, ao que tudo indica, do latim “protestor”, “aris”, “atus”, “ari”, que quer dizer, “apud” Ulhoa Cintra e Cretelia Júnior, testemunhar em público, provar, anunciar, asseverar. Tratava-se, pois,

de prova necessária para conservação do direito de regresso. De lá para cá, no curso de mais de 600 anos, as coisas mudaram (e como!) e o instituto foi, em boa parte, desvirtuado, em decorrência do uso e abuso da lavratura de protestos facultativos e desnecessários, de cujos efeitos paralelos não há quem não se queira livrar. [...] É bem nascido da austera família cambiária e a ele se planejou futuro nobre como meio de autenticação para servir de prova e assim começou a crescer e a ser usado como ato necessário. Do uso ao abuso foi um passo e, daí em diante, além da finalidade segundo sua própria natureza, passou a ser facultativo, origem de suas desgraças e perpetuação de suas mazelas. Com amplo caráter intimativo, dados os desastrosos efeitos secundários que produz, agigantou-se. Deram-lhe até notoriedade pela imprensa e usado como sucedâneo de rápida cobrança, elencando e apontando ao público os prescritos do crédito, subiu-lhe à cabeça a fama. Prostituíram-no, a despeito de sua boa estirpe. Resta ser reconduzido ao bom caminho para que possa cumprir o seu destino. Transfigurado o cartório de protesto em balcão de cobrança, dada a alta carga de coerção que a ameaça do protesto em si mesma encerra, a tarefa de reabilitação do instituto não é fácil, mas esforços nesse sentido estão sendo feitos e devem ser estimulados, entre os quais devem ser inseridos os de difusão ao uso da cláusula “sem protesto”.

Nota-se que o autor realiza uma crítica à utilização do protesto em sua função facultativa. Assim, figura-se importante demonstrar que alguns autores são contrários à utilização do protesto para outras finalidades que não as concebidas originariamente ao instituto.

3. Considerações iniciais sobre protesto de títulos

Ultrapassado o histórico, realiza-se, nesse momento, a pesquisa de alguns aspectos do instituto de protesto de títulos, conforme o objetivo do presente artigo.

3.1 Conceito e títulos protestáveis

Primeiramente, é importante definir o conceito de protesto. A própria Lei 9492/97 em seu art. 1º assim o define: “Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida” (BRASIL, 1997).

Doutrinariamente, cita-se o clássico entendimento de Lisboa (1874, p. 369):

Protesto he hum acto ou instrumento publico feito por Notario ou Tabellião, a requerimento do Portador da Letra, para fazer constar a negativa ou repulsa, pela qual o Sacado recusa aceitar a mesma Letra, ou a deixa de pagar no vencimento.

Na mesma linha, Saraiva (1912, p. 388), afirma que:

O protesto é o acto publico e solemne exigido [...] para a completa garantia do exercicio do direito regressivo do credor, porque estabelece a prova da observância oportuna de determinadas formalidades e diligencias. Vivante resume a definição de Grünhut, quando diz ser o protesto acto publico e solemne, indispensável á prova do pontual cumprimento das praticas legais para o exercicio da acção cambial, e para o respectivo resultado.

Para os autores modernos, entende-se que o protesto é:

Ato formal extrajudicial, que objetiva conservar e ressaltar direitos [...] Na realidade, o protesto é, antes de tudo, o elemento que positiva o não cumprimento da obrigação cambial, caracterizando a mora do devedor. Mora não é senão o retardamento da execução da

obrigação. Distingue-se do inadimplemento absoluto pela possibilidade de pagamento, inexistente nesse último. (ALMEIDA, 2011, p. 377-378).

Assim, como o Direito Cambiário requer celeridade e efeitos instantâneos, torna-se importante que o cumprimento de certas obrigações seja formalizado de forma inequívoca. Nessa perspectiva, o protesto seria o ato realizado por meio de um serventuário dotado de fé pública, a fim de servir como meio de prova preciso e seguro do cumprimento das obrigações cambiais (REQUIÃO, 2013).

Coelho (2008, p.426) critica a definição realizada pela Lei 9492/97, afirmando que:

O protesto — define a lei — é “ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida” (Lei n. 9492/97, art. 1º). Esse conceito de protesto, embora legal, não é o correto [...] Na verdade, o protesto deve-se definir como ato praticado pelo credor, perante o cartório competente, para fins de incorporar ao título de crédito a prova de fato relevante para as relações cambiais.

Analisando os conceitos acima delineados, percebe-se que os autores citados, mesmo os mais atuais, utilizam apenas a função probatória do protesto para conceituar o instituto, esquecendo-se dos efeitos secundários que são gerados, conforme previsão do art. 29 da Lei 9492/97 (BRASIL, 1997):

Art. 29. Os cartórios fornecerão às entidades representativas da indústria e do comércio ou àquelas vinculadas à proteção do crédito, quando solicitada, certidão diária, em forma de relação, dos protestos tirados e dos cancelamentos efetuados, com a nota de se cuidar de informação reservada, da qual não se poderá dar publicidade pela imprensa, nem mesmo parcialmente.

Alguns autores nacionais, no entanto, não cometem o mesmo equívoco, empregando, em sua definição, a característica de constrangimento legal do devedor ao pagamento de sua dívida, tendo em vista a publicidade que se dá ao protesto para as entidades representativas da indústria e do comércio, bem como àquelas vinculadas à proteção ao crédito, como o Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) e a Centralização de Serviços dos Bancos (Serasa), o que gera como consequência restrições de obtenção de créditos em bancos e compras no comércio em geral (AMÁBILE, 2006).

Para exemplificar, Darold (1998 *apud* AMÁBILE, 2006, p. 21) nos ensina que o protesto possui:

[...] a relevante função de constranger legalmente o devedor ao pagamento, sob pena de ter lavrado e registrado contra si ato restritivo de crédito, evitando, assim, que todo e qualquer inadimplemento vislumbre na ação judicial, a única providência formal possível.

Nesse sentido, Ceneviva (2014, p. 103) dispõe que:

O protesto é *pena* [...] de inafastável consequência do inadimplemento do devedor, como ato destinado a fazer prova de descumprimento da obrigação. Consequências diretas e indiretas resultam da pena aplicada. Dentre as primeiras, está a exequibilidade do título, ante o seu não pagamento. No quadro das segundas, está a diminuição do crédito daquele em cujo nome o papel foi protestado, criando-lhe dificuldade de empréstimos, nas compras a prazo. Trata-se de graves efeitos jurídicos e sociais, recomendando a cautela do tabelião. [grifos do autor]

Destarte, após explicitar a conceituação realizada pelos doutrinadores nacionais, entende-se como mais correto utilizar um conceito que abranja tanto a função probatória, quanto a função de constrangimento do devedor ao pagamento da dívida. A definição mais abrangente e mais completa, conseqüentemente, seria a que

conciliasse o art. 1º e art. 29, ambos da Lei 9492/97, acarretando uma visão mais global do instituto.

Nesse ponto, faz-se mister destacar que os conceitos demonstrados limitam-se aos protestos realizados em títulos de crédito, em contraposição à definição legal da Lei 9492/97, que expressamente permite que o protesto seja efetuado em outros documentos de dívida. Aliás, tal permissão já era prevista em nosso ordenamento jurídico desde tempos remotos, por meio do Decreto 917/1890, art. 3º, §1º[1], e a Lei 4728/65, art. 75[2] (MORAES, 2014).

Quanto o que seria “outros documentos de dívida”, entende-se que são aqueles passíveis de execução, ou seja, que contenham obrigações certas, líquidas e exigíveis (WOLFFENBÜTTEL, 2001 *apud* MORAES, 2014).

Sem embargo dos entendimentos acima, Darold (1999 *apud* MORAES, 2014) entende que a expressão “outros documentos de dívida” inserida no art. 1º da Lei 9492/97 não teria utilidade.

Com o devido respeito ao autor acima citado, compreende-se que não se deve ignorar um conceito legal expressamente utilizado. Ora, o legislador não teria introduzido essa expressão de forma desinteressada. Claramente, sua intenção foi estender a possibilidade do protesto para documentos que não somente os títulos de crédito.

3.2 Competência para protestar e natureza jurídica

A competência para realizar o protesto é privativa do Tabelião de Protesto de Títulos, com fulcro no art. 3º da Lei 9492/97[3] e no art. 11 da Lei 8935/94[4]. Dessa forma, nenhum outro agente poderá praticar a função, derivando dessa característica a natureza jurídica pública e oficial do protesto. Como consequência, a atividade protestante goza de fé pública, ou seja, tem presunção *juris tantum* de validade e eficácia, cabendo à parte interessada apresentar prova em contrário (MORAES, 2014).

Comentando o art. 3º da Lei 9492/97, Ceneviva (2014, p. 109) aduz que:

O art. 3º determina a competência privativa do tabelião do protesto de títulos, na tutela dos interesses públicos e privados, para a protocolização, a intimação, o acolhimento da devolução ou do aceite, o recebimento do pagamento, do título e outros documentos de dívida, bem como para lavrar e registrar o protesto ou aceitar a desistência do credor em relação a ele, proceder às averbações, prestar informações e fornecer certidões relativas a todos os atos praticados, na forma da mesma lei. Nenhum outro serviço notarial e de registro pratica tais atos, nos termos do tratamento específico que lei lhes dá, ante a força do advérbio de modo *privativo*, a enunciar a restrição.

É importante esclarecer que o protesto de que se trata o presente trabalho é o extrajudicial, não se confundindo com o protesto judicial, o qual era previsto no art. 867 do revogado diploma processual civil e que foi repetido, em partes, pelo art. 726 do atual Código de Processo Civil (CPC) (CENEVIVA, 2014).

Nesse esboço, Almeida (2011) entende que uma das diferenças que existe entre o protesto judicial e o extrajudicial é que este apenas conserva e ressalva direitos, mas não os cria, enquanto aquele é capaz de gerar tais direitos.

Por fim, importante mencionar que o protesto configura um direito potestativo, sendo que, em algumas situações, é ônus para o credor. Sua classificação, ademais, é de ato jurídico *stricto sensu*, uma vez que seus efeitos não são decorrência da atuação humana, mas sim decorrem diretamente da lei (MORAES, 2014).

4. Espécies de protesto

Passa-se a tratar sobre as espécies de protestos, classificando-os quanto à função e quanto ao motivo, tendo em vista que esses são os principais critérios que os doutrinadores adotam para separar os diferentes tipos de protestos existentes (AMÁBILE, 2006).

Quanto ao primeiro critério, divide-se em protesto necessário ou obrigatório; protesto facultativo ou probatório; e protesto especial para fins de falência. Já quanto ao motivo, classifica-se em protesto por falta de pagamento, protesto por falta de aceite e protesto por falta de devolução (AMÁBILE, 2006).

Deve-se esclarecer, entretanto, que alguns autores incluem o protesto especial para fins de falência dentro da categoria de protesto obrigatório.

Somente se estuda, neste artigo, a classificação quanto à função, tendo em vista que é a classificação mais importante realizada pelos doutrinadores.

4.1 Protesto necessário

Considerando o formalismo do direito cambiário, o direito de regresso em face dos coobrigados da cártula somente é possível, salvo algumas exceções, com a lavratura do devido protesto. Nesse sentido, temos o protesto obrigatório, o qual é cambiário, possuindo a função conservatória do direito. Em contraposição, há o protesto facultativo, que é extracambiário e possui função meramente probatória, constituindo em mora o devedor (REQUIÃO, 2013).

Segundo Moraes (2014), o protesto necessário tem como característica ser um ônus e repercutir diretamente na esfera jurídica do portador do título, seja positivamente, garantindo a conquista de um direito (direito de regresso), seja negativamente ao representar uma perda de um direito em decorrência da inércia de seu titular.

Para Almeida (2011), o protesto é necessário quando se trata de exercer o direito de regresso em face dos coobrigados, quais sejam o sacador, endossantes e seus avalistas, bem como quando versa sobre o protesto especial para fins de requisição de falência de empresa.

Mamede (2009) aduz que necessário é aquele protesto cujo exercício do direito está vinculado a esta atividade. Ocorre nos casos em que a responsabilidade pelo pagamento não é direta, ou seja, somente é obrigatória a atividade protestante quando o devedor principal e seus avalistas descumprem a obrigação. Por consequência, o prazo decadencial previsto na Lei Uniforme

somente se refere ao protesto obrigatório, é dizer, é atinente apenas ao direito de regresso contra os sacadores, endossantes e eventuais avalistas. Ademais, o protesto para fins de falência também seria enquadrado na classificação de protesto necessário.

Citando algumas espécies de protestos obrigatórios, Requião (2013, p. 538) proclama que:

[...] em certas circunstâncias, o protesto se torna necessário para conservar determinados direitos do credor. A lei determina a obrigatoriedade do protesto para tais efeitos. Podemos catalogar os seguintes casos da Lei Uniforme: a) no de falta de aceite ou de pagamento, para conservar os direitos do portador contra o sacador e contra outros coobrigados, a exceção do aceitante (arts. 44 e 53, al.2); b) no de letra pagável a certo termo de vista, em que houver falta de data, para o constatar essa omissão, e o portador conservar os seus direitos de regresso contra os endossantes e contra o sacador (art. 25); c) no de ter sido indicada pessoa para aceitar ou pagar, por intervenção, e esta não o tenha feito, para exercer o seu direito de ação antes do vencimento, contra o que fez a indicação (art. 56, al.2); d) no de ter sido a letra aceita por intervenientes e não ser paga, para conservar o direito de regresso contra aquele que tiver indicado as pessoas para pagarem em caso de necessidade (art. 60); e) no de pluralidade de exemplares, para o portador poder exercer seu direito de regresso, quando o que enviar ao aceite uma das vias, e a pessoa em cujas mãos se encontrar não entregue essa via ao portador legítimo doutro exemplar, para poder exercer o seu direito de ação (art. 66); f) no de cópia, e a pessoa em cujas mãos se encontre o título original se recusar a entregá-la ao legítimo portador da cópia, para exercer o seu direito de ação contra as pessoas que tenham endossado ou avalizado a cópia (art. 68, al.2)

Portanto, pela definição dos doutrinadores acima citados, conclui-se que protesto necessário, como o próprio nome já antecipa, é aquele utilizado obrigatoriamente pelo portador do título para exercer o seu direito de regresso ou, para alguns doutrinadores, aquele que visa à decretação de falência do devedor, nos moldes da legislação falimentar.

4.2 Protesto facultativo

Almeida (2011) entende que protesto facultativo é o que objetiva tão somente caracterizar a impontualidade do devedor, gerando o efeito de provar a existência da mora, sendo, portanto, prescindível à propositura da ação quando se trata de devedores principais.

Wolffenbuttel (1997, p.24 *apud* AMÁBILE, 2006, p.29) define o protesto facultativo nos seguintes termos:

Protesto facultativo é aquele em que o credor não necessita da prática deste ato para exigir em juízo a obrigação constante no título cambial, ou seja, o credor somente executaria o ato de protesto com a simples finalidade de comprovar a impontualidade ou mora do devedor.

Ao comentar sobre essa espécie de protesto, Rizzardo (2015) aduz que sua utilização é dispensável para o exercício de direitos, como, por exemplo, o protesto do aceitante por falta de pagamento, cuja finalidade é evidenciar e tornar público o descumprimento da dívida.

Moraes (2014) indica como exemplos de protesto facultativo: o protesto por falta de aceite quando a letra tiver vencimento determinado; a ação cambiária contra os devedores diretos; quando no título constar a cláusula “sem protesto”; para que o portador da duplicata possa acionar o sacado que após o devido aceite no título, conforme o art. 15, I, da Lei 5474/68^[5]; na hipótese do art. 47, I e II e §1º, da Lei 7357/85 — Lei do Cheque^[6]; dispensa do protesto em cédula de crédito bancário para que o portador possa garantir o direito de cobrança contra os endossantes, seus avalistas e terceiros garantidores.

Moraes (2014, p. 211) afirma, ainda, que o protesto facultativo é utilizado para outros fins jurídicos, nos seguintes termos:

A conclusão que se extrai dessa lógica é que o denominado “protesto facultativo”, nos termos em que entendido pela doutrina cambiária, já era amplamente acolhido, apesar de algumas dissensões sobre a sua legitimidade quanto aos títulos de crédito, **ato importante para as relações econômicas como hoje resta indubitado com o alargamento legal do instituto do protesto, cujas finalidades agora são muito mais amplas, legitimando-se seu uso para vários fins jurídicos, como sobejamente explicado e demonstrado.** [grifos nossos]

Para Martins (2016), o protesto seria, em regra, um ato facultativo, apesar de alguns afirmarem que poderia ser, em determinadas situações, obrigatório.

Diante do exposto, entende-se que o protesto facultativo é aquele que não precisa ser efetuado para exercer algum direito, tendo como finalidade a comprovação do inadimplemento do devedor, tendo em vista o caráter público do protesto, ou atingir outras finalidades jurídicas previstas em lei.

4.3 Protesto especial para fins de falência

Malgrado alguns autores entendam que o protesto especial para fins de falência esteja abrangido na classificação de protesto necessário, diversos outros doutrinadores mencionam essa espécie de protesto como uma classificação autônoma.

Antes da atual lei de recuperações e falências — Lei 11101/05 —, o Decreto-lei 7661/45, em seu art. 4º, §1º[7] e art. 11[8], tratava da matéria, permitindo que o protesto realizado por terceiros pudesse ser aproveitado para instruir o seu requerimento de falência (MORAES, 2014).

Atualmente, contudo, a Lei 11101/05 regula o protesto especial falimentar em seu art. 94, I, e §3º[9], legitimando a falência do devedor que não pague, no vencimento, as dívidas constantes de

títulos que ultrapassem o valor de 40 (quarenta) salários mínimos na data do pedido de quebra. Para isso, no momento do requerimento, deve-se demonstrar que os títulos executivos foram protestados para o fim específico falimentar (MORAES, 2014).

Outrossim, certidões de protesto são exigidas na petição inicial de recuperação judicial, com arrimo no art. 51, VIII, da Lei 11101/05[10] (AMÁBILE, 2006).

Consoante entende Fazzio Júnior (2014), além do protesto cambiário, o legislador previu outra espécie de protesto, o qual é destinado a requerer a quebra da empresa devedora. Nesse sentido, cita o parágrafo único do art. 23 da Lei 9492/97[11], que afirma que somente os títulos ou documentos de dívida de responsabilidade dos sujeitos às consequências da legislação falimentar poderão ser objeto de protesto. Menciona, por último, a súmula 361 do STJ[12] que exige que o protesto para fim falimentar identifique a pessoa que o recebeu.

Salienta, ademais, Martins (2016) que tal espécie de protesto é fundamental para que o credor se habilite a requerer a abertura do processo falimentar em face do devedor inadimplente por falta ou recusa de pagamento. Tal protesto, entretanto, somente é cabível contra empresários ou sociedades empresárias, ou seja, pessoas físicas ou jurídicas que, nos termos dos arts. 966[13] e 982[14] do Código Civil (CC), possuam essa qualificação, visto que somente estes, pelo nosso ordenamento jurídico, estão sujeitos à falência. Aduz, finalmente, que a jurisprudência do STJ e dos tribunais estaduais possui a tendência de dispensar o protesto falimentar, caso haja anteriormente um protesto comum.

Tomazzete (2015) menciona que o protesto demonstra a impontualidade de um pagamento que uma pessoa se comprometeu a realizar. Tal impontualidade atesta que o sujeito está em dificuldades financeiras e, caso essa pessoa seja um empresário, certifica-se o estado de falência. Nessa hipótese, é cabível o protesto especial para fins de falência (art. 94, I, da Lei nº 11101/05), o qual não possui prazo para ser realizado.

Dito isto, observa-se que, na doutrina e na jurisprudência, há discussões interessantes sobre a possibilidade de a Fazenda

Pública requerer a falência do contribuinte inadimplente por meio do protesto da CDA, com fulcro no art. 94, I, e §3º da Lei 11101/05.

Importante mencionar que o STJ[15], em seus julgados mais recentes, tem entendido que a Fazenda Pública carece de legitimidade para requerer a falência de seu devedor, utilizando como argumentos, entre outros, o princípio da conservação da empresa e que o art. 187 do CTN[16] e 5º[17], 29[18] e 31[19], todos da Lei 6830/80, não permitem que o crédito tributário esteja abrangido no processo falimentar.

Conclui-se, pois, que o protesto especial para fins de falência é de suma importância para comprovar a inadimplência do devedor empresário, com o fito de requerer a abertura de seu processo falimentar.

A Lei 11101/05 prioriza a recuperação judicial da empresa, haja vista o princípio da conservação do estabelecimento comercial, de forma que se faz imprescindível um procedimento que prove ser realmente necessária a medida excepcional de quebra. É por esse motivo que se mostra importante a atividade protestante, que é, por sua natureza, meio de prova que garante publicidade aos atos.

5. Principais efeitos do protesto de títulos

Finalmente, após a demonstração de alguns conceitos básicos sobre protesto de títulos, o estudo de seus principais efeitos é de grande valia para compreender a utilidade desse instrumento para o ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, Fazzio Júnior (2014) aponta como importantes os seguintes efeitos do protesto: a publicidade conferida ao título; a certificação do descumprimento da obrigação cambial; a prova de que o credor cobrou o título, bem como o fato de obstar sua mora; a prova da impontualidade do devedor e a sua constituição em mora; a fixação do termo legal da falência, podendo impedir, conforme o caso, a recuperação judicial.

Moraes (2014) nos ensina que o efeito mais comum do protesto, em relação aos títulos de crédito, é a conservação do direito de regresso do portador em relação aos devedores indiretos (coobrigados). Em relação aos efeitos extracambiários, menciona a

demarcação do termo inicial dos juros, taxas e correção monetária, de acordo com o art. 40, da Lei 9492/97[20] e art. 1º, §3º, do Decreto 22623/33; comprova a mora na ausência de avença ou lei, conforme o art. 397, parágrafo único, do CC[21]; fixação do termo legal de falência, podendo retroagir, por meio de sentença, até 90 dias, contados do primeiro protesto por falta de pagamento não cancelado, nos termos do art. 99, II, da Lei 11101/05[22]; marco inicial para a liquidação extrajudicial, retroagindo os efeitos em até 60 dias, contados do primeiro protesto por falta de pagamento, com fulcro no art. 15, §2º, da Lei 6024/74[23].

Tomazette (2015) cita, ainda, o efeito do protesto de interromper a prescrição, com base no art. 202 do CC de 2002[24], ou seja, o prazo prescricional voltar a correr do zero. Lembra, todavia, que tal efeito somente passou a ser concebido após a promulgação do CC atual, uma vez que, na vigência do antigo, o Supremo Tribunal Federal (STF) possuía entendimento constante da súmula 153[25], o qual afirmava que o simples protesto cambiário não era capaz de interromper a prescrição. A súmula, entretanto, está superada. Por fim, lembra que esse efeito decorrente do protesto não tem prazo para ser consumado, isto é, desde que se dê antes do término do prazo prescricional, o efeito será considerado pelo mundo jurídico.

Outro efeito do protesto é viabilizar o pedido de falência do devedor inadimplente, nos moldes do art. 94, I, da Lei 11101/05, não existindo, também, prazo para a produção desse efeito. Além disso, importantíssimo efeito do protesto de títulos é a inscrição do nome do devedor no cadastro de inadimplentes, já que o protesto é uma prova dotada de fé pública. Não é necessária uma intimação antes da inscrição, tendo em vista que já houve a intimação realizada pelo cartório e não há prazo para esse efeito ser consumado (TOMAZETTE, 2015).

Observa-se, pois, que o instituto do protesto de títulos possui efeitos cambiais e extracambiais. Dentre estes últimos, um dos principais efeitos é a inscrição do nome do devedor inadimplente nos cadastros restritivos de crédito, mas que, muitas vezes, não é mencionado pelos autores nacionais. Tal efeito se figura deveras relevante, uma vez que torna o protesto um instrumento alternativo

eficaz de cobrança de dívidas, já que a execução, forma judicial prevista no ordenamento para tal finalidade, possui muitos entraves burocráticos que dificultam a possibilidade de atingir o fim desejado que é justamente o adimplemento do crédito.

6. Conclusão

O instituto do protesto de títulos é antigo, passando por uma evolução, já que tem sua origem histórica ligado aos títulos de crédito, notadamente à letra de câmbio. Dessa forma, os autores mais antigos e alguns recentes conceituam o instituto utilizando como supedâneo apenas sua função comprobatória, vinculando-o sempre aos títulos cambiais ou cambiariformes.

Alguns autores, entretanto, não cometem o mesmo equívoco, visto que mencionam, expressamente, o efeito do protesto de constrangimento do devedor ao pagamento da dívida, tendo em vista a publicidade que é gerada para os órgãos de proteção ao crédito, como SPC e Serasa, conforme o art. 29 da Lei 9492/97, ocasionando a restrição ao crédito no mercado.

Nesse sentido, além do protesto necessário, utilizado para preservar o direito de regresso contra os coobrigados do título, há também o denominado protesto facultativo, o qual é utilizado para constranger o devedor ao pagamento da dívida, sendo este último, conforme os doutrinadores estudados, a regra e o primeiro a exceção.

Importante mencionar, ainda, o protesto especial para fins de falência, o qual é de suma importância para viabilizar a falência de empresas que não cumprem com as suas obrigações.

Portanto, percebe-se que o protesto tem grande relevância na ordem vigente, uma vez que possui diversos efeitos, cambiais e extracambiais.

7. Referências

ALMEIDA, Amador Paes de. **Teoria e prática dos títulos de crédito**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

AMÁBILE, Taís Abreu. **Protesto de títulos de crédito**. 2006. 81 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Vale do Itajaí, Itajaí, 2006.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

BRASIL. **Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. **Lei 5.474, de 18 de julho de 1968**. Dispõe sobre as Duplicatas, e dá outras providências. Brasília, Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2017

BRASIL. **Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: . Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. **Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2017

BRASIL. **Lei 9492, de 10 de setembro de 1997**. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Brasília, Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. **Lei 7.357, de 2 de setembro de 1985**. Dispõe sobre o cheque e dá outras providências. Brasília, Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2017.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada**: (lei n. 8.935/94). 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**: direito de empresa. vol.1.12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. Protesto Cambiário. **Revista dos Tribunais**, v. 847/2006, p.747-754, maio 2006, DTR20112667. Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2017.

LISBOA, José da Silva. **Princípios de direito mercantil e leis da marinha**. Tomo II. 6. ed. Rio de Janeiro: Typographia acadêmica, 1874.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: títulos de crédito**. 5. ed., v.3. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Fran. **Títulos de crédito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MORAES, Emanuel Macabu. **Protesto notarial: títulos de crédito e documentos de dívida**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e empresa: títulos de crédito e contratos empresariais**. 3.ed.,v.2. São Paulo: Saraiva, 2012.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 30. ed., v.2. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Títulos de crédito**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015

SANTOS, Cláudio de Almeida. Do protesto de títulos de crédito. **Informativo Jurídico Biblioteca Min. Oscar Saraiva**, Fortaleza, v. 3, n. 2, p.101-60, jul/dez. 1991. Disponível em: < file:///C:/Users/porto/Downloads/243-871-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

SARAIVA, José A. **A cambial**. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1912.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: títulos de crédito**. 6. ed., v.2. São Paulo: Atlas, 2015

NOTAS:

[1]Art. 3º A falta de pagamento das dividas a que se refere o art. antecedente ficará plenamente provada com certidão do protesto interposto

perante o competente oficial publico encarregado dos protestos de letras (art. 375 do decreto n. 737 de 25 de novembro de 1850).

§ 1º Quando os titulos de divida não forem os instrumentos a que se refere o art. 370 do decreto n. 737 de 25 de novembro de 1850, o acto do protesto, que poderá ser interposto em qualquer tempo depois do vencimento da obrigação, será lavrado em livro especial, aberto, numerado e rubricado pelo juiz do commercio e deverá conter: [...]

[2] Art. 75. O contrato de câmbio, desde que protestado por oficial competente para o protesto de títulos, constitui instrumento bastante para requerer a ação executiva.

[3] Art. 3º Compete privativamente ao Tabelião de Protesto de Títulos, na tutela dos interesses públicos e privados, a protocolização, a intimação, o acolhimento da devolução ou do aceite, o recebimento do pagamento, do título e de outros documentos de dívida, bem como lavar e registrar o protesto ou acatar a desistência do credor em relação ao mesmo, proceder às averbações, prestar informações e fornecer certidões relativas a todos os atos praticados, na forma desta Lei.

[4] Art. 11. Aos tabeliães de protesto de título compete privativamente:

I - protocolar de imediato os documentos de dívida, para prova do descumprimento da obrigação;

II - intimar os devedores dos títulos para aceitá-los, devolvê-los ou pagá-los, sob pena de protesto;

III - receber o pagamento dos títulos protocolizados, dando quitação;

IV - lavar o protesto, registrando o ato em livro próprio, em microfilme ou sob outra forma de documentação;

V - acatar o pedido de desistência do protesto formulado pelo apresentante;

VI - averbar:

a) o cancelamento do protesto;

b) as alterações necessárias para atualização dos registros efetuados;

VII - expedir certidões de atos e documentos que constem de seus registros e papéis.

[5] Art. 15 - A cobrança judicial de duplicata ou triplicata será efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos

extrajudiciais, de que cogita o Livro II do Código de Processo Civil ,quando se tratar:

I - de duplicata ou triplicata aceita, protestada ou não;

[6] Art. 47 Pode o portador promover a execução do cheque:

I - contra o emitente e seu avalista;

II - contra os endossantes e seus avalistas, se o cheque apresentado em tempo hábil e a recusa de pagamento é comprovada pelo protesto ou por declaração do sacado, escrita e datada sobre o cheque, com indicação do dia de apresentação, ou, ainda, por declaração escrita e datada por câmara de compensação.

§ 1º Qualquer das declarações previstas neste art. dispensa o protesto e produz os efeitos deste.

[7] Art. 4º A falência não será declarada, se a pessoa contra quem fôr requerida, provar [...]

1º Se requerida com fundamento em protesto levado a efeito por terceiro, a falência não será declarada, desde que o devedor prove que podia ser oposta ao requerimento do autor do protesto qualquer das defesas dêste artigo.

[8] Art. 11. Para requerer a falência do devedor com fundamento no art. 1º, as pessoas mencionadas no art. 9º devem instruir o pedido com a prova da sua qualidade e com a certidão do protesto que caracteriza a impontualidade do devedor.

[9] Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

I — sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência; [...]

§ 3º Na hipótese do inciso I do **caput** deste art., o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9º desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica.

[10] Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:

VIII — certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;

[11] Art. 23. Os termos dos protestos lavrados, inclusive para fins especiais, por falta de pagamento, de aceite ou de devolução serão registrados em um único livro e conterão as anotações do tipo e do motivo do protesto, além dos requisitos previstos no art. anterior.

Parágrafo único. Somente poderão ser protestados, para fins falimentares, os títulos ou documentos de dívida de responsabilidade das pessoas sujeitas às conseqüências da legislação falimentar.

[12] Súmula 361 STJ: A notificação do protesto, para requerimento de falência da empresa devedora, exige a identificação da pessoa que a recebeu.

[13] Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

[14] Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

[15] TRIBUTÁRIO E COMERCIAL — CRÉDITO TRIBUTÁRIO — FAZENDA PÚBLICA — AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE PARA REQUERER A FALÊNCIA DE EMPRESA. 1. A controvérsia versa sobre a legitimidade de a Fazenda Pública requerer falência de empresa. 2. O art. 187 do CTN dispõe que os créditos fiscais não estão sujeitos a concurso de credores. Já os arts. 5º, 29 e 31 da LEF, a fortiori, determinam que o crédito tributário não está abrangido no processo falimentar, razão pela qual carece interesse por parte da Fazenda em pleitear a falência de empresa. 3. Tanto o Decreto-lei n. 7.661/45 quanto a Lei n. 11.101/2005 foram inspirados no princípio da conservação da empresa, pois preveem respectivamente, dentro da perspectiva de sua função social, a chamada concordata e o instituto da recuperação judicial, cujo objetivo maior é conceder benefícios às empresas que, embora não estejam formalmente falidas, atravessam graves dificuldades econômico-financeiras, colocando em risco o empreendimento empresarial. 4. O princípio da conservação da empresa pressupõe que a quebra não é um fenômeno econômico que interessa apenas aos credores, mas sim, uma manifestação jurídico-econômica na qual o Estado tem interesse preponderante. 5. Nesse caso, o interesse público não se confunde com o interesse da Fazenda, pois o Estado passa a valorizar a importância da iniciativa empresarial para a saúde econômica de um país. Nada mais certo, na medida em que quanto maior a iniciativa privada em determinada localidade, maior o progresso econômico, diante do aquecimento da economia causado a partir da geração de empregos. 6. Raciocínio diverso, isto é, legitimar a Fazenda Pública a requerer falência das empresas inviabilizaria a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, não permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores, tampouco dos interesses dos credores, desestimulando a

atividade econômico-capitalista. Dessarte, a Fazenda poder requerer a quebra da empresa implica incompatibilidade com a ratio essendi da Lei de Falências, mormente o princípio da conservação da empresa, embaçador da norma falimentar. Recurso especial improvido. (REsp 363.206/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 21/05/2010)

[16] Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento.

[17] Art. 5º - A competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro Juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário.

[18] Art. 29 - A cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento

[19] Art. 31 - Nos processos de falência, concordata, liquidação, inventário, arrolamento ou concurso de credores, nenhuma alienação será judicialmente autorizada sem a prova de quitação da Dívida Ativa ou a concordância da Fazenda Pública.

[20] Art. 40. Não havendo prazo assinado, a data do registro do protesto é o termo inicial da incidência de juros, taxas e atualizações monetárias sobre o valor da obrigação contida no título ou documento de dívida.

[21] Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

[22] Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: [...]

II — fixará o termo legal da falência, sem poder retrotraí-lo por mais de 90 (noventa) dias contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do 1º (primeiro) protesto por falta de pagamento, excluindo-se, para esta finalidade, os protestos que tenham sido cancelados;

[23] Art. 15. Decretar-se-á a liquidação extrajudicial da instituição financeira:

§ 2º O ato do Banco Central do Brasil, que decretar a liquidação extrajudicial, indicará a data em que se tenha caracterizado o estado que a determinou, fixando o termo legal da liquidação que não poderá ser superior

a 60 (sessenta) dias contados do primeiro protesto por falta de pagamento ou, na falta deste do ato que haja decretado a intervenção ou a liquidação.

[24] Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: [...]

III - por protesto, nas condições do inciso antecedente; [...]

VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

[25] Súmula STF 153: simples protesto cambiário não interrompe a prescrição.

A RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES POLÍTICOS PELO COMETIMENTO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

VICTOR TEIXEIRA DE FREITAS: Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogado.

Resumo: O presente trabalho tem o desiderato de fazer uma exposição geral acerca da possibilidade de o agente político responder por atos de improbidade administrativa, nos termos da Lei n° 8.429/92, abordando as principais controvérsias acerca do tema, principalmente no que diz respeito às posições adotadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Lei n° 8.429/92. Agente Político.

Sumário: 1. Introdução. 2. A responsabilização dos agentes políticos por atos de improbidade administrativa e a Lei n° 8.429/92. 2.1 As diversas correntes doutrinárias. 2.2 As posições do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 3. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro^[1], a exigência de moralidade ou probidade na Administração Pública não implica somente a necessidade de o agente público agir em observância à lei, devendo também pautar suas condutas em princípios éticos, lealdade e boa-fé.

Nesse sentido, o ato de improbidade administrativa pode ser definido como um ilícito civil-político, possuidor de natureza extrapenal, que vai de encontro aos deveres de honestidade e honradez na administração da coisa pública.

Nos termos do art. 37, §4°, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), os atos de improbidade administrativa implicam a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.

Em sede infraconstitucional, a principal fonte normativa acerca da improbidade administrativa é a Lei n° 8.429/92, a qual dispõe acerca de quatro

categorias de atos de improbidade administrativa, quais sejam: atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10); atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A); atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Em relação aos sujeitos ativos do ato de improbidade administrativa, isto é, aqueles que podem praticá-lo, a Lei nº 8.429/92 não se aplica somente ao agente público, mas também ao terceiro que induza, concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta, vide seu art. 3º.

A esse respeito, a aludida lei, em seu art. 2º, aduz que agente público é todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas em seu art. 1º. Como se nota, trata-se de um conceito deveras abrangente, o qual, ao menos *a priori*, abrange os agentes políticos, os agentes colaboradores e os servidores públicos em geral, categorias de agente públicos apontadas costumeiramente pela doutrina[2].

Apesar disso, ainda existe relevante controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de o agente político ser responsabilizado por ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429/92, tendo em vista a já submissão desses agentes públicos ao regime de responsabilização política (por cometimento de crimes de responsabilidade), o que poderia resultar em *bis in idem*, conforme será mais bem demonstrado a seguir.

2. A RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES POLÍTICOS POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A LEI Nº 8.429/92

2.1 As diversas correntes doutrinárias

De acordo com José dos Carvalho Filho, os agentes políticos “são aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público”.

Tais agentes, para o referido administrativista, exercem efetivamente função política, de governo, de administração e de comando.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello[3], que adota uma posição restritiva sobre os agentes políticos, estes “são os titulares dos cargos estruturais à organização política do país, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder”. Tais agentes, segundo o referido doutrinador, são “formadores da vontade superior do Estado”. É o caso, por exemplo, do Presidente da República, dos Governadores, dos Prefeitos, dos Senadores, dos Deputados, dos Deputados Estaduais, etc.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira[4] aduz que existem basicamente três correntes acerca da submissão dos agentes políticos aos ditames da Lei 8.429/92, que serão trabalhadas abaixo.

Para a primeira corrente, os agentes políticos não respondem pelos atos de improbidade administrativa nos termos da Lei n° 8.429/92, mas sim segundo legislação especial, tendo em vista que a CRFB/88 teria conferido tratamento distinto a essa espécie de agentes públicos. Assim, para os defensores dessa corrente, enquanto os agentes públicos em geral estão sujeitos ao art. 37, §4°, da CRFB/88 (acima citado), o qual é regulamentado pela Lei n° 8.429/92, os agentes políticos sujeitam-se a regras específicas previstas na CRFB/88, a exemplo do seu art. 85, inciso V, o qual qualifica o ato do Presidente da República contra a probidade na Administração como sendo uma hipótese de crime de responsabilidade regulamentada pela Lei n° 1.079/50.

Para a segunda corrente, os agentes políticos respondem de forma cumulativa tanto às sanções previstas na Lei n° 8.429/92 quanto às sanções previstas nos dispositivos normativos especiais que tratam sobre crimes de responsabilidade, como a Lei n° 1.079/50 e o Decreto-lei n° 201/67. É importante destacar, nesse tocante, que, para os defensores dessa corrente, a aplicação cumulativa das referidas sanções não ocasionaria o *bis in idem*[5].

Por fim, para a terceira corrente, os agentes políticos também respondem tanto a sanções previstas na Lei n° 8.429/92 quanto às sanções previstas nos dispositivos normativos especiais que tratam sobre crimes de responsabilidade. Porém, para os adeptos dessa corrente, não seria possível aplicar as sanções de

natureza política previstas na Lei nº 8.429/92, como a suspensão dos direitos políticos, aos agentes políticos, somente sendo possível aplicação de tais tipos de sanções por meio da responsabilização política, mediante apuração de crime de responsabilidade, tendo em vista o princípio do *non bis in idem*.

Por óbvio, a referida celeuma não é mera filigrana doutrinária, tendo repercussões práticas importantes. É que, a depender do entendimento adotado pelos tribunais pátrios, determinado agente político pode ou não perder o seu cargo público e ter seus direitos suspensos em razão da aplicação da Lei nº 8.429/92. Sendo assim, é importante investigar qual é a posição mais adotada pelos órgãos jurisdicionais, em especial pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

2.2 As posições do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça

Inicialmente, pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal perfilhava o entendimento defendido pela primeira corrente apresentada anteriormente, segundo a qual os agentes políticos não respondem pelos atos de improbidade administrativa nos ditames da Lei nº 8.429/92, submetendo-se apenas a legislações especiais, como a Lei nº 1.079/50.

Conforme se depreende da análise da Reclamação nº 2.138/DF^[6], o Supremo Tribunal Federal decidiu que o agente político que possui prerrogativa de foro perante o Pretório Excelso deve ser processado e julgado por ação de improbidade administrativa perante o próprio Supremo Tribunal Federal, e não perante juízo de primeiro grau, instância própria para discussão dos atos de improbidade administrativa sujeitos ao regime da Lei nº 8.429/92. Isso porque, segundo o Tribunal, o agente político estaria submetido a normas especiais de responsabilidade, veja-se:

RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA
COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE
RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I.
PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. (...) II.
MÉRITO. II. 1. Improbidade administrativa. Crimes de
responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são
tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº

1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. **A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950).** Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição. II. 3.Regime especial. Ministros de Estado. **Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, c; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).** (...) II. 5.Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, c, da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (STF - Rcl: 2138 DF, Relator: NELSON JOBIM, Data de Julgamento: 13/06/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-01 PP-00094). Grifou-se.

O Superior Tribunal de Justiça[7], por outro lado, adotando entendimento perfilhado pela segunda corrente apresentada, já decidiu que os agentes políticos também se submetem à Lei nº 8.429/92, com exceção do Presidente da República, o qual está sujeito a regime especial de responsabilização que envolve julgamento realizado pelo Senado Federal, nos termos dos arts. 85, inciso V, e 86, da CRFB/88. Contudo, para o Tribunal, deve ser observada a existência de eventual foro por prerrogativa de função para a aplicação da sanção de natureza política.

Um dos argumentos adotados pelo mencionado Tribunal foi o de que não há norma constitucional que imunize os agentes políticos da responsabilidade regulamentada pela Lei nº 8.429/92. Nesse sentido, o julgamento realizado por ocasião da Reclamação nº 2.790/SC[8], abaixo ementado:

CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE CONTRA GOVERNADOR DE ESTADO. DUPLO REGIME SANCIONATÓRIO DOS AGENTES POLÍTICOS: LEGITIMIDADE. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: RECONHECIMENTO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STJ. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA RECLAMAÇÃO. 1. **Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4.º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza. (...)** 3. Esses mesmos fundamentos de natureza sistemática autorizam a concluir, por imposição lógica de coerência interpretativa, que norma infraconstitucional não pode atribuir a juiz de primeiro grau o julgamento de ação de improbidade administrativa, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra Governador do Estado, que, a exemplo dos Ministros do STF, também tem assegurado foro por prerrogativa de

função, tanto em crimes comuns (perante o STJ), quanto em crimes de responsabilidade (perante a respectiva Assembléia Legislativa). É de se reconhecer que, por inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns (CF, art. 105, I, a), há, em casos tais, competência implícita complementar do Superior Tribunal de Justiça. 4. Reclamação procedente, em parte. (STJ - Rcl: 2790 SC 2008/0076889-9, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 02/12/2009, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 04/03/2010). Destacou-se.

Por fim, é importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, em decisões mais recentes, parece dar mostras de que o seu clássico entendimento sobre a matéria pode acabar sendo superado.

A esse respeito, na análise da medida cautelar na Ação Cautelar nº 3.585/RS[9], o Tribunal decidiu pela legitimidade da sujeição simultânea do agente político ao regime de responsabilização política e ao regime de responsabilização por ato de improbidade administrativa, este disciplinado pela Lei nº 8.429/92. É que, para o Supremo Tribunal Federal, tal regime de plena responsabilidade dos agentes políticos é inerente ao primado da ideia republicana, baseado na noção de *accountability*, veja-se:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTE POLÍTICO. Comportamento alegadamente ocorrido no exercício de mandato de Governador de Estado. Legitimidade, em tal situação, da sujeição ao regime de responsabilização política (Lei nº 1.079/50), desde que ainda titular de referido mandato eletivo, e igual submissão à disciplina normativa da responsabilização civil por improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92). Extinção subsequente do mandato de Governador de Estado. Exclusão do regime fundado na Lei nº 1.079/50 (art. 76, parágrafo único). Possibilidade, contudo, de aplicação, a ex-Governador de Estado, do regime jurídico fundado na Lei nº 8.429/92. Doutrina. Precedentes. **Regime de**

plena responsabilidade dos agentes estatais, inclusive dos agentes políticos, como expressão necessária do primado da ideia republicana. O respeito à moralidade administrativa como pressuposto legitimador dos atos governamentais. Pretensão cautelar que, se acolhida, transgrediria o dogma republicano da responsabilização dos agentes públicos. Medida cautelar a que se nega seguimento. (STF - AC: 3585 RS, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 02/09/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-211 DIVULG 24-10-2014 PUBLIC 28-10-2014). Grifou-se.

3. CONCLUSÃO

Pelo exposto, conclui-se que a possibilidade de responsabilização dos agentes políticos segundo os ditames da Lei nº 8.429/92 é tema bastante controverso, seja no âmbito doutrinário, seja no jurisprudencial.

Sem dúvidas, a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça evidencia que a matéria não está pacificada nem mesmo no âmbito interno dos próprios Tribunais.

Essa celeuma gera grave insegurança jurídica e, levando em consideração os efeitos que eventual decisão sobre a temática possa ter na prática (perda de cargo público e a suspensão dos direitos políticos de determinado agente público, por exemplo), não se pode deixar margens ao casuísmo, razão pela qual é premente necessidade de pacificação do tema pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella . **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

NOTAS:

[1] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella . **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 973.

[2] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2016.

[3] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 251.

[4] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

[5] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

[6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.138/DF. Reclamante: União. Reclamados: Juiz Federal substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e Relator da AC nº 1999.34.00.016727-9 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 22 de novembro de 2011. Diário da Justiça Eletrônico.

[7] Contudo, no âmbito do próprio STJ também há decisões em sentido completamente divergente, segundo as quais todas as sanções aplicáveis na ação de improbidade podem ser aplicadas pelo juízo de primeiro grau, independentemente da existência de foro por prerrogativa de função.

[8] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação nº nº 2.790/SC. Reclamante: Luiz Henrique da Silveira. Reclamado: Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública de Joinville/SC. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 04 de março de 2010. Diário da Justiça Eletrônico.

[9] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Cautelar nº 3.585/RS. Autora: Yeda Rorato Crusius. Réu: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 28 de outubro de 2014. Diário da Justiça Eletrônico.

DIREITOS FUNDAMENTAIS: ORIGEM, DIMENSÕES E CARACTERÍSTICAS

BARBARA MOTA PESTANA: Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2014). Pós-graduada em Direito Constitucional pelo Instituto Elpidio Donizetti (2017)

RESUMO: Os direitos fundamentais são de extrema importância na construção da sociedade. Com relação a origem, tais direitos não possuem efetivamente um surgimento definido, sendo frutos de um processo histórico evolutivo. Tal processo também ocorreu no Brasil, onde a evolução dos direitos fundamentais aconteceu de maneira gradual, destacando que as constituições brasileiras sempre possuíram em seus textos o reconhecimento dos direitos fundamentais. Os direitos humanos e os direitos fundamentais possuem várias similaridades, uma vez que ambos em configuram conteúdo imprescindível para o crescimento social e para a proteção da dignidade humana. Os direitos fundamentais, apesar da importância, não são absolutos, são marcados pela relatividade; encontrando limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna. Os valores fundamentais do homem evoluem através da luta da humanidade contra as diversas opressões. Assim, ao longo da história, ocorreu o reconhecimento dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração. É exatamente essa consagração progressiva nos textos constitucionais que originou a classificação em gerações. Estes direitos, base da condição humana, correspondem a interesses universais e invioláveis, que são protegidos na Constituição Federal, caracterizando-se por sua historicidade, universalidade, imprescritibilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, universalidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade, indivisibilidade, concorrência, aplicação imediata, vedação ao retrocesso.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Origem. Evolução Histórica. Direitos Humanos. Relatividade. Gerações. Características.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Origem 3. Evolução dos direitos fundamentais no Brasil 4. Relação entre direitos humanos e direitos fundamentais 5. O caráter relativo dos direitos fundamentais 6. Gerações dos direitos fundamentais 7. Características dos direitos fundamentais 8. Conclusão 9. Referências

1. Introdução

Os direitos fundamentais são os direitos mais básicos de todo e qualquer cidadão. Em essência, são direitos representativos das liberdades públicas, formando valores eternos e universais. Tais valores são verdadeiras imposições ao Estado, que tem o dever de proteger e resguardar esses direitos.

Os direitos fundamentais encontram-se positivados na Constituição Federal de 1988, devendo ser aplicados a todos os indivíduos, bem como a todas as situações regidas pela referida constituição. Tem-se, que, em essência, os direitos fundamentais guardam profunda semelhança com os direitos humanos, entretanto, estes encontram-se no plano internacional, universal.

Observa-se, que os direitos fundamentais são prerrogativas legítimas, possibilitando que o homem tenha uma vida digna. Assim, através desses direitos, foram satisfeitos os anseios por liberdade, igualdade e dignidade humana. Tais direitos configuram núcleo inviolável dentro do contexto social, uma vez que não há como uma sociedade ser justa e próspera sem a real efetivação dos direitos fundamentais.

Por sua evolução histórica, classificam-se os direitos fundamentais em três gerações. Os de primeira geração, direitos associados a liberdade, são os direitos mais essenciais, sendo chamados de direitos individuais ou negativos, pois relacionam-se a direitos que não podem ser negados pelo Estado. Os direitos de segunda geração são chamados de direitos positivos e encontram-se associados a coletividade, ou seja, a igualdade; pressupondo um dever do Estado. A terceira geração é a geração dos direitos supraindividuais. Nota-se ainda que com a ascensão tecnológica e dos movimentos sociais, tem-se reconhecido a existência de uma quarta geração.

2. Origem

Com relação ao surgimento dos direitos fundamentais, eles não possuem, efetivamente, uma origem determinada. Tem-se que as principais correntes jusfilosóficas deram sua contribuição na tentativa de se apontar o momento em que tais direitos teriam surgido.

A concepção jusnaturalista é de que esses direitos são anteriores a qualquer lei ou ordenamento; o nascimento dos direitos fundamentais relaciona-se a características inerentes a própria humanidade.

Os juspositivistas, entretanto, consideram que esses direitos resultam da legislação. Dessa forma, a existência dos direitos é consequência da positividade das normas. Assim, as leis são produto da ação humana e os direitos fundamentais são frutos dessas leis.

Já os realistas jurídicos entendem que os direitos fundamentais provêm das conquistas sociais, ou seja, eles foram conquistados pelas sociedades através da história. Houve um processo histórico que fez nascer direitos fundamentais, assim, tal evolução histórica possibilitou não apenas o surgimento dos direitos, bem como sua consolidação através dos tempos.

Essa perspectiva histórica é a que predomina atualmente. Os direitos fundamentais não possuem uma origem estática ou concreta, resultam de um longo e constante processo histórico, uma vez que tais direitos estão sempre em evolução.

A evolução histórica dos direitos fundamentais não ocorreu de maneira rápida, pelo contrário, aconteceu gradualmente, sendo consequências de diversas transformações ocorridas no decorrer da história, assim, tais direitos não foram reconhecidos todos de uma vez. O reconhecimento foi progressivo, conforme a própria experiência da vida humana em sociedade.

Observa-se, que já na Idade Antiga, na Idade Média e no início da Idade Moderna, surgiram pensamentos relacionados a fundamentalidade de determinados direitos, bem como ocorreu a disseminação de algumas ideias as quais fundamentavam a existência de tais direitos. Destaca-se, ainda, a influência das revoluções francesa, inglesa e americana no reconhecimento e, principalmente, na positividade desses direitos essenciais.

A doutrina constitucional reconhece três gerações ou dimensões de direitos fundamentais. Alguns constitucionalistas, porém, propõem a existência de uma quarta dimensão. Com relação a essa quarta dimensão, observa-se que ainda não há reconhecimento constitucional positivo de sua existência, bem como não existe uma real concordância quanto ao seu conteúdo. É importante destacar que uma dimensão não se sobrepõe a outra, elas coexistem de maneira harmônica.

Tem-se que a divisão das dimensões pode ser de certa forma realizada, com base no lema da revolução francesa: liberdade (1ª dimensão), igualdade (2ª dimensão) e fraternidade (3ª dimensão).

O constitucionalismo, como movimento de limitação dos poderes estatais, encontra-se fortemente ligado ao nascimento dos direitos fundamentais. Tais direitos passaram por uma longa construção histórico evolutiva. A perspectiva da evolução histórica dos direitos fundamentais confunde-se com a evolução do próprio constitucionalismo. A incorporação de novos direitos veio suprir os anseios e as necessidades que surgiram na sociedade, a fim de que fosse alcançado os novos paradigmas estatais.

O Estado Liberal deu origem à primeira geração de direitos; o Estado Social fez nascer a segunda geração de direitos; e o Estado Democrático está fortemente relacionado à terceira geração de direitos.

Observa-se, que desde o seu reconhecimento nas primeiras constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz respeito ao seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação.

Para a doutrina tradicional, o fenômeno constitucional surgiu com a Magna Carta, assinada pelo rei João Sem-Terra, na Inglaterra, em 1215. A história dos direitos humanos na Inglaterra foi marcada por lutas políticas travadas entre o rei e a nobreza e, posteriormente, entre a burguesia e o rei.

A Magna Carta de 1215, escrita em latim, foi um documento restrito, limitando-se a dispor sobre situações específicas. Tal carta representou um acordo entre o rei e os seus barões feudais, buscando reestabelecer as relações abaladas. A Carta trouxe direitos oponíveis ao rei, para que o mesmo não cometesse excessos, reconheceu-se, assim, algumas prerrogativas dos cidadãos em face do Poder Público.

Tal documento, entretanto, não foi direcionado para todos, beneficiava apenas a elite formada pelos barões ingleses. Assim, a real Constituição liberal surgiu com a Declaração dos Estados Americanos, onde os direitos fundamentais foram positivados e organizados de uma forma mais coerente e oportuna.

Em 1776, com a elaboração da Declaração de Independência dos Estados Unidos, ressaltou a igualdade de todos homens, esses teriam direitos inalienáveis acima de qualquer poder político, citando a vida, a liberdade, a busca pela felicidade.

Destaca-se, ainda, que a positivação dos direitos fundamentais tornou-se real em 1789 com a Revolução Francesa, que universalizou os

direitos fundamentais. Dessa forma, no texto constitucional, registrou-se, de maneira clara e precisa, direitos como liberdade, a igualdade, a propriedade e as garantias individuais.

3. Evolução dos direitos fundamentais no Brasil

A evolução dos direitos fundamentais no Brasil aconteceu sob a influência direta do movimento constitucionalista que crescia dentro da Europa no final do século XVIII. As constituições brasileiras sempre possuíram em seus textos o reconhecimento dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, a Constituição do Império de 1824 já trazia os direitos fundamentais de primeira dimensão, estando eles no Título 8º, sob a nomenclatura de Garantia dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros. Tal constituição, segundo José Afonso da Silva é a primeira Constituição, no mundo, a subjetivar e positivar os direitos do homem, dando-lhes concreção jurídica efetiva.^[1] Ela já previa inúmeros direitos individuais, tais como liberdade, segurança individual e propriedade. A Constituição de 1824 ainda reconheceu direitos sociais os quais só seriam constitucionalizados em outros países no final do século XIX.

Entretanto, tal constituição trazia também o poder moderador, o que representou uma restrição a concretização, de fato, dos direitos. Assim, mesmo que a Constituição de 1824 tenha consagrado os direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão, ela não foi capaz de garantir o exercício desses direitos.

Com o reconhecimento dos movimentos sociais, a Constituição de 1934 inaugurou o Estado Social brasileiro. Tal constituição foi promulgada após o movimento político militar de 1930 e sofreu grande influência das constituições europeias, como a da República de Weimar (1919).

A Constituição brasileira de 1934 assegurou vários direitos, entre eles a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, agregando caráter fundamental aos direitos sociais. Com relação a ordem social trabalhista, o novo ordenamento constitucional também trouxe grandes e relevantes conquistas.

Assim a Constituição de 1934 teve capacidade de inovar na consagração dos direitos fundamentais. Entretanto, em 1937, com o

totalitarismo, os direitos do homem foram suprimidos, sendo tal supressão também encontrada nas constituições de 1967 e 1969. As cartas de 1967 e 1969 representaram uma diminuição desses direitos.

Dessa forma, tem-se que, a partir da Constituição de 1934, ressalvada as cartas ditatoriais, foram previstos, além dos direitos e garantias individuais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e os direitos econômicos e sociais do homem.

A Carta Constitucional de 1946 reforçou os direitos fundamentais, estes foram reconhecidos nos capítulos referentes a Nacionalidade e a Cidadania e dos Direitos e Garantias Individuais. Tal constituição voltou a proibir a pena de morte e de prisão perpétua, restaurando, assim, mecanismos de garantia dos direitos fundamentais. Outras inovações também surgiram com o documento de 1946 tais como o habeas corpus, o mandado de segurança e a ação popular, além da observância da legalidade e da irretroatividade da lei.

A Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, trata, em seu texto, dos direitos e garantias fundamentais. Tal carta promoveu uma verdadeira reestruturação do Estado brasileiro e de seus direitos fundamentais.

Os direitos e garantias fundamentais encontram-se previstos no Título II, que foi dividido em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. Assim, tem-se:

a) Direitos individuais e coletivos: são os direitos relacionados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, assim como direito à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade. Estes direitos encontram-se no artigo 5º da Constituição Federal. Os direitos individuais são prerrogativas usadas pelo indivíduo para se opor ao arbítrio estatal. Já os direitos coletivos, estes pertencem a uma coletividade que se vincula juridicamente;

b) Direitos sociais: são prestações positivas do Estado, ou seja, o Estado deve garantir as liberdades positivas aos indivíduos. Tais direitos relacionam-se aquilo que o Estado deve prover, como por exemplo, direito à educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Tais direitos encontram-se dispostos a partir do artigo 6º da Constituição Federal;

c) Direitos de nacionalidade: vínculo jurídico-político entre o indivíduo e determinado Estado, assim, o indivíduo passa a integrar o Estado;

d) Direitos políticos: permitem ao indivíduo o exercício de sua cidadania, participando de forma ativa dos negócios políticos do Estado. Tais direitos estão elencados no artigo 14 da Constituição Federal;

e) Direitos relacionados à existência, organização e a participação em partidos políticos: assegura a autonomia e a liberdade plena dos partidos políticos para preservar e proteger o Estado Democrático de Direito. Tais direitos encontram-se no artigo 17 da Constituição Federal.

A Constituição de 1988 ampliou os direitos fundamentais, reconhecendo não só os direitos individuais e sociais, como também os direitos de solidariedade (terceira dimensão).

A dignidade da pessoa humana passou a ser fundamento do Estado Democrático de Direito (Art.1º, inc. III). Assim, passou a ser preocupação, a proteção dos direitos fundamentais.

A Constituição Cidadã buscou assegurar os direitos do homem, elevando-os à fundamentalidade. Entretanto, não basta apenas a consagração desses direitos, é preciso que o Estado os concretize, possibilitando à sociedade o gozo dos direitos constitucionalmente assegurados.

4. Relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais.

Muitos consideram que os termos direitos humanos e direitos fundamentais são sinônimos. Entretanto, é necessário destacar as diferenças existentes entre eles.

Como a expressão “direitos humanos” é muito ampla, podem-se obter várias versões sobre seus conceitos, o que prejudicaria encontrar seu real significado, dificultando, dessa forma, o reconhecimento, bem como a própria proteção de tais direitos.

Os jusnaturalistas defendem que os direitos humanos são aqueles que surgem da própria qualidade de pessoa humana pelo fato dela pertencer a essa espécie. Porém, tal concepção pode restringir o seu significado. Ainda que se entenda como verdadeira esta afirmação, ela exclui aqueles direitos decorrentes da evolução histórica, social, político e econômica. Para o jusnaturalismo, os direitos fundamentais são direitos prepositivos, ou seja, são direitos anteriores à Constituição; direitos que decorrem da própria natureza humana, independente do seu reconhecimento pelo Estado.

Não há como dissociar o conceito de direitos humanos da sua dimensão histórica, uma vez que tais direitos foram construídos ao longo da história humana, através das evoluções, das modificações na realidade social, política e econômica.

Os direitos humanos aparecem como um conjunto de faculdades que se aplicam as necessidades do momento histórico, adequando-se as exigências da sociedade, demandas estas que devem ser reconhecidas e positivadas nos ordenamentos, tanto os nacionais como os internacionais.

Assim, ainda que os direitos humanos sejam intrínsecos a própria condição humana, seu reconhecimento e sua proteção são frutos de todo um processo histórico, que busca a humanidade em seu sentido mais amplo.

Quanto aos direitos fundamentais, esses são uma construção histórica, variando de época para época e de lugar para lugar. Por exemplo, a liberdade, igualdade e fraternidade foram marcos da Revolução Francesa e, assim, os direitos fundamentais, na época, foram resumidos nessas três ideias. Hoje, o conceito de direitos fundamentais é bem mais amplo, englobando inúmeros outros direitos.

Nessa linha, ressalta-se o pensamento de Norberto Bobbio sobre direitos fundamentais, segundo o professor:

“os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”^[2]

Os direitos fundamentais surgem a partir do processo de positivação dos direitos humanos. Ocorre o seu reconhecimento pelas legislações positivas.

Segundo Canotilho, os direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; enquanto os direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico e institucionalmente garantidos limitados no espaço temporal.^[3]

Assim, os direitos do homem envolveriam a própria natureza humana, ressaltando o seu caráter inviolável, intertemporal e universal; já os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Os direitos fundamentais são os direitos do homem, positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado. Já a expressão direitos humanos independe de sua vinculação com determinada ordem constitucional, tem um caráter universal, supranacional.

A expressão direitos humanos associa-se ao momento em que estes direitos surgiram ou foram reconhecidos pela comunidade humana, trazendo uma ideia universal. Enquanto isso, a expressão direitos fundamentais marca a positivação de tais direitos.

Dessa forma, é possível perceber que, essencialmente, o conteúdo dos dois é o mesmo, diferindo apenas no que se refere a forma como foram consagrados.

5. O caráter relativo dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais não são absolutos, uma vez que, eles podem ser relativizados. Na verdade, eles possuem natureza relativa, encontrando limites nos demais direitos igualmente reconhecidos e resguardados pela Constituição da República.

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, até por razões de ponderável interesse público, bem como pela aplicação do princípio da convivência das liberdades. Assim, o Estado pode adotar medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, respeitando o exposto na Constituição Federal.

Ao se imaginar um conflito entre direitos fundamentais, é claro perceber que algum desses direitos deverá ser relativizado para que o conflito possa ser resolvido. Assim, em um conflito, não se pode estabelecer a priori qual direito vai prosperar, pois essa questão só pode ser analisada possuindo como parâmetro o caso concreto.

Se direitos fundamentais podem ser objeto de limitações para solucionar conflitos em um caso concreto, eles não são absolutos. Em uma análise mais atenta, pode-se perceber, facilmente, que mesmo os direitos mais importantes encontram limitações. O direito a vida, por exemplo, sofre

relativização explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVII- não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

Observa-se, entretanto, que as restrições sofridas pelos direitos fundamentais não são indiscriminadas, ou seja, não se pode limitar os direitos fundamentais além do que é estritamente necessário. Além disso, as limitações só são admitidas quando há compatibilidade com as normas constitucionais e quando são respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Dessa forma, é preciso que haja proporcionalidade para que a limitação ocorra. Essa proporcionalidade pode se dividir em subprincípios, tais como adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação relaciona-se ao fato de que os meios usados são hábeis para se atingir os fins buscados. Para Canotilho, trata-se de controlar a relação de adequação medida-fim.^[4] Assim, os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à obtenção dos fins almejados.

Faz-se necessário o uso de uma medida restritiva de direito fundamental, quando o fim a que se pretende não pode ser cumprido, da mesma forma ou com a mesma intensidade, através de outra medida de menor potencial ofensivo. Assim, entre duas situações prejudiciais, é preciso escolher aquela que será menos adversa.

Com relação a necessidade, o seu exame incide em duas variáveis: o exame da igualdade de adequação dos meios e o exame do meio menos restritivo.

No exame da igualdade de adequação dos meios, verifica-se a capacidade dos meios alternativos promoverem o mesmo fim almejado, ou seja, ocorre uma análise do meio alternativo para se comprovar se ele é

hábil para atingir o fim pretendido. Já o exame do meio menos restritivo, este relaciona-se a busca do meio alternativo que restringe menos o direito fundamental envolvido.

Tem-se ainda, a proporcionalidade em sentido estrito que se relaciona a ponderação, completando a adequação e a necessidade. Para Alexy, quanto mais intensa for a intervenção em um dado direito fundamental, maiores serão os fundamentos justificadores dessa intervenção.^[5]

Dessa forma, é possível perceber que se tendo um juízo acerca da adequação e necessidade de determinada medida, compete ao intérprete efetivar a avaliação final, visando confirmar se o meio utilizado é proporcional ao fim almejado. Deve-se, assim, equilibrar as vantagens e desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

Segundo Konrad Hesse, a limitação de direitos fundamentais deve ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, pelo qual ela é efetuada. Nesse sentido, ela deve ser necessária e proporcional em sentido restrito, guardando relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.^[6]

A doutrina majoritária entende pelo caráter relativo dos direitos fundamentais. Sendo que uma das principais características desses direitos é, justamente, a sua relatividade. Havendo tensão entre direitos caberá a ponderação ou o sopesamento de um sobre o outro para que se buscar o mais adequado.

É preciso estabelecer se a importância em realizar o segundo direito justifica a restrição ou a não realização do primeiro direito. Observa-se, dessa forma, que sopesar direitos é estabelecer o peso concreto, ou seja, a relevância específica de um em relação a outro que lhe seja conflitante.

O STF, assinalando a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, decidiu que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto.

Para Alexandre de Moraes, os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, já que eles encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela carta Magna, esse é o princípio da relatividade.^[7]

O próprio fato de se entender que diante da colisão entre direitos fundamentais é imprescindível a utilização do princípio da proporcionalidade e de seus subprincípios, ressalta que inexistente hierarquia entre direitos.

Dessa forma, não há como atribuir caráter absoluto a estes direitos, uma vez que eles podem sofrer restrições recíprocas.

6. Geração dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais não nasceram todos ao mesmo tempo, mas em períodos distintos, de acordo com os anseios de cada época. Esta consagração progressiva nos textos constitucionais originou à classificação em gerações ou dimensões.

O surgimento de novas gerações não levou a extinção das anteriores. Assim, alguns doutrinadores preferem o termo dimensão, uma vez que não ocorreu uma sucessão desses direitos, e sim uma coexistência. Nessa mesma linha, Dirley da Cunha Junior indica que as gerações dos direitos revelam a ordem cronológica do reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, que se proclamam gradualmente na proporção das carências do ser humano. Tais carências surgem em função da mudança das condições sociais. [8]

Dessa forma, observa-se que a doutrina costuma classificar os direitos fundamentais em gerações ou dimensões, sendo elas: primeira, segunda e terceira.

a) Direitos de primeira geração (individuais ou negativos)

Os direitos fundamentais de primeira geração foram os primeiros a serem conquistados pela humanidade, eles se relacionam à luta pela liberdade e segurança do indivíduo frente ao Estado. Tais direitos estão ligados ao valor liberdade. São direitos individuais com caráter negativo, pois eles exigem, diretamente, uma abstenção do Estado.

Eles representam uma proibição ao Estado, ou seja, não é permitido o abuso de poder. O Estado não pode desprezar as liberdades individuais. Assim, observa-se que são impostas ao Estado obrigações de não fazer, sendo esses direitos são relacionados às pessoas, individualmente.

Pode-se destacar, como exemplo, o direito a propriedade, igualdade formal, liberdade de crença, de manifestação de pensamento, direito à vida entre outros.

Tais direitos são os direitos individuais, de natureza civil e política, que foram reconhecidos para a tutela das liberdades públicas, em razão de haver naquela época uma única preocupação, qual seja, proteger as pessoas do poder opressivo do estado. [9]

Eles surgiram com forte influência da Revolução Francesa, entre os séculos XVIII e XIX, representando uma resposta do Estado Liberal ao Absolutista. Observa-se, que tais direitos foram frutos diretos das ideias difundidas nas revoluções liberais. Nelas, a burguesia reivindicava o respeito às liberdades individuais, com a limitação dos poderes absolutos do Estado. São direitos básicos dos indivíduos relacionados a sua liberdade em vários aspectos.

Os direitos relativos a esta primeira geração significam, portanto, uma limitação do poder público, um não fazer do Estado, uma prestação negativa em relação ao indivíduo.

Tais direitos almejam a moderação do poder do Estado, passando um pouco desse poder para o indivíduo, ou para os grupos particulares. Tem-se aí uma esfera de liberdade em relação ao Estado. É nesse sentido, que eles também são chamados de liberdades negativas, já que constituíam verdadeiro obstáculo à interferência estatal.

Ao fazer referência aos direitos de primeira dimensão, Paulo Bonavides, afirma que os direitos fundamentais de primeira dimensão representam exatamente os direitos civis e políticos, mostrando que eles correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, continuando, porém, a integrar os catálogos das Constituições atuais (apesar de contar com alguma variação de conteúdo), o que demonstra a cumulatividade das dimensões.^[10]

b) Direitos de segunda geração (sociais ou positivos)

Estão ligados ao valor igualdade, os direitos fundamentais de segunda geração são os direitos sociais, econômicos e culturais. São direitos de titularidade coletiva e com caráter positivo, pois exigem atuações do Estado.

Esses direitos surgem com a queda do Estado Liberal e o nascimento do Estado do Bem-Estar Social. Eles são frutos da obra da ideologia e da reflexão antiliberal, nasceram amparados pelo princípio da igualdade, do qual não se podem separar, uma vez que a separação resultaria na destruição da própria razão de ser que os ampara e estimula.

A Revolução Industrial, no século XIX, foi o grande marco dos direitos de segunda geração. Tal revolução ressaltou a luta do proletariado na defesa dos direitos sociais. Com o início do século XX, tem-se a Primeira Guerra Mundial e, assim, a fixação de direitos sociais.

Destaca-se como relevantes para a construção dos direitos sociais: a Constituição de Weimar, de 1919 (Alemanha), e pelo Tratado de Versalhes, 1919 (OIT).

Observa-se, que o excesso de liberdade assegurado pelos direitos de primeira geração ocasionou um desequilíbrio social que precisava ser consertado. Assim, segundo afirmou Norberto Bobbio, os direitos fundamentais de segunda geração são os direitos políticos, os quais concebem a liberdade não apenas de maneira negativa (impedimento), mas sim de forma positiva (autonomia).^[11]

Tais direitos têm como base a noção de igualdade material, ou seja, a redução das desigualdades, pressupondo que não adianta possuir liberdade sem as condições mínimas para exercê-la. Essa conquista começou a acontecer após a Revolução Industrial, através da luta de grupos de trabalhadores. Tem-se assim, direitos positivos (impõem ao Estado uma obrigação de fazer). São esses direitos: saúde, educação, previdência social, lazer, segurança pública, moradia, direitos dos trabalhadores.

Observa-se, que os direitos de segunda geração se estendem a todos os seres humanos, mas os seres humanos são analisados não apenas no sentido de indivíduo, mas como integrantes de uma parte da sociedade, uma categoria. Cabe ao Estado, nessa nova geração, o papel de agir, de assegurar e garantir a igualdade entre as pessoas, e por isso esses direitos também são denominados de direitos de igualdade.

A importância desses direitos está relacionada a sua capacidade de reduzir, de forma material e concreta, as desigualdades sociais e econômicas até então existentes, uma vez que tais desigualdades debilitam a dignidade humana.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.^[12]

c) Direitos de terceira geração (difusos e coletivos)

Os direitos de terceira geração ou dimensão estão inteiramente relacionados aos princípios da fraternidade e solidariedade, sendo atribuídos de maneira geral a todas as formações sociais, protegendo

interesses de titularidade coletiva ou difusa, eles não visam especificamente à proteção dos interesses individuais, de um grupo ou de um determinado Estado. Esses direitos possuem uma visão geral, preocupando-se com as gerações humanas, presentes e futuras.

Podemos citar como direitos de terceira geração: direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, direito de comunicação, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade. São direitos transindividuais, sendo alguns deles coletivos e outros difusos, o que é uma peculiaridade, uma vez que não são concebidos para a proteção do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos.

Para Paulo Bonavides, os direitos fundamentais de terceira geração são dotados de grande teor de humanismo e universalidade, tendendo a cristalizar-se, no fim do século XX, enquanto direitos que não se destinam, especificamente, à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano, em um momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.^[13]

Assim, observa-se, que em tais direitos os sujeitos ativos são uma titularidade difusa ou coletiva, não visualizando o homem como um ser singular, mas sim como toda a coletividade. São direitos transindividuais, ou seja, direitos que pertencem a várias pessoas, mas que, isoladamente, não pertencem a ninguém. O indivíduo isoladamente considerado é ultrapassado, pois tais direitos transcendem o indivíduo em si, transcendendo o círculo individual em correspondência aos anseios de toda uma categoria.

O art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor traz uma distinção entre direitos coletivos em sentido estrito, direitos individuais homogêneos e direitos difusos:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam

titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Assim, com base na lei, é possível se estabelecer a seguinte diferenciação:

1- Os direitos difusos são direitos de todos, mas que não pertencem a ninguém isoladamente, a titularidade é indeterminada.

2- Os direitos coletivos em sentido estrito são direitos de grupos determinados, não pertencem a nenhum membro especificamente, mas sim ao grupo como todo.

3- Os direitos individuais homogêneos são direitos de cada pessoa isoladamente, que podem ser protegidos em conjunto, por isso são homogêneos.

Os direitos fundamentais de terceira geração são direitos transindividuais destinados à proteção do gênero humano, em caráter supraindividual.

d) Direitos de quarta geração

Embora não seja unânime, alguns doutrinadores defendem a existência dos direitos de quarta geração ou dimensão. Destaca-se, que essa geração se relaciona aos avanços tecnológicos, bem como à manipulação genética, à biotecnologia e à bioengenharia. Os direitos marcados pela quarta dimensão dos direitos fundamentais são justamente os direitos ligados ao pluralismo e à democracia, ou seja, o direito à informação, à pluralidade, ao respeito das minorias, dentre outros.

Os direitos de quarta dimensão atuam para trazer objetividade tanto para os direitos de segunda e terceira geração, como também, absorvem, sem remover, a subjetividade dos direitos de primeira geração. Na verdade, os direitos são otimizados e se inter-relacionam para atingirem a plena efetividade.

Desses direitos depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. Assim, tem-se que tais direitos são introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, tenta-se assim o direito das minorias, compreendendo os direitos à democracia, informação e pluralismo. [14]

7. Características dos direitos fundamentais

As características dos direitos fundamentais são elemento de grandes discussões jurídicas doutrinárias. Isso se deve a complexidade e aos muitos direitos fundamentais que surgiram ao longo dos anos.

A importância das características dos direitos fundamentais não se restringe à mera possibilidade de se estabelecer uma diferenciação entre categorias jurídicas. As características são verdadeiro amparo para a aplicabilidade dos direitos fundamentais, auxiliando também em sua própria eficácia.

Algumas das principais características dos direitos fundamentais serão desenvolvidas abaixo, são elas: historicidade, universalidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade, indivisibilidade, concorrência, aplicação imediata, vedação ao retrocesso.

Historicidade

Os direitos e garantias fundamentais têm caráter histórico, eles foram se aperfeiçoando no decorrer da história. Na verdade, eles são fruto de uma evolução e de um desenvolvimento histórico e cultural, surgindo através de lutas políticas e religiosas, lutas estas que visavam restringir os abusos da opressão dos poderes dominantes e assim melhorar as condições de vida das pessoas. Dessa forma, pode-se perceber que, até o firmamento e posituação nas ordens jurídicas, os direitos fundamentais passaram por uma gradual e lenta evolução histórica.

Nesse sentido, Norberto Bobbio expõe que os direitos não nascem quando devem ou podem nascer. Eles surgem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências. Tais ameaças são enfrentadas por meio da busca de limitação de poder; assim, a sociedade passa a exigir que o mesmo poder intervenha de modo protetor. [15]

Por serem uma construção histórica, os direitos fundamentais estão fortemente associados às condições vivenciadas pela sociedade na época em que surgiram. Observa-se, que a concepção sobre quais são os direitos considerados fundamentais não é constante, ela varia de acordo com o tempo e o local.

Entretanto, os direitos já conquistados na linha evolutiva precisam ser preservados. Mesmo com as diferenças de valores e prioridades entre as épocas e os lugares, determinados direitos não podem simplesmente deixar de existir. Eles devem se unir aos novos direitos conquistados.

Assim, alguns doutrinadores acreditam que a própria ideia de historicidade dos direitos fundamentais rememora o princípio da proibição de retrocesso social. Tem-se que os direitos fundamentais estão em perpétua evolução, não podendo haver redução daquilo que já foi conquistado. Diante de um determinado grau de realização, a legislação posterior não pode reverter as conquistas que já foram alcançadas.

Universalidade

Os direitos fundamentais não se destinam apenas a grupos isolados, na verdade, eles se destinam a todas as pessoas. Tais direitos configuram um elemento inerente à existência do homem, é por esse fato, que os direitos fundamentais são universais, pois encontram-se intrínsecos à própria condição humana.

Nesse sentido, as peculiaridades locais ou ocasionais não seriam capazes de afastar o dever de respeito e promoção dos direitos fundamentais.

Os direitos e garantias fundamentais vinculam-se, em sua essência, ao princípio da liberdade, conduzido pela dignidade da pessoa humana, possuindo, ambos, como sujeito ativo, todos os indivíduos, independente das características individuais.

A ideia de se estabelecer por escrito um rol de direitos em favor de indivíduos, direitos estes os quais seriam superiores ao próprio poder que os concedeu ou reconheceu, não é nova, conforme afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho. [\[16\]](#)

A Declaração de Viena, na Conferência Mundial dos Direitos Humanos de 1993, indicou expressamente, no item 5, a universalidade como características dos direitos fundamentais.

Entretanto, é preciso haver uma real compreensão dessa característica, uma vez que a noção de direitos fundamentais relaciona-se as qualidades do ser humano por sua mera condição existencial; assim, o conteúdo desses direitos passa a depender do desenvolvimento da consciência de determinada comunidade em um certo momento histórico. Dessa forma, tem-se que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais, sendo a qualidade de ser humano uma condição suficiente para a titularidade desses direitos.

Imprescritibilidade

Como regra, os direitos fundamentais podem ser exercidos a qualquer tempo. Tais direitos não se sujeitam a prazo prescricional. Mesmo que não exercidos durante certo lapso de tempo, os direitos fundamentais não deixam de ser exigíveis em razão disso.

Tais direitos são imprescritíveis, ou seja, eles não se perdem por falta de uso. Essa é a regra, mas ela não é absoluta, uma vez que determinados direitos são prescritíveis. De fato, admite-se restrição dos direitos, mas não sua supressão. Durante o estado de sítio, por exemplo, admite-se a possibilidade de restrições pontuais aos direitos fundamentais, mas ao final do ato, esses direitos voltam a serem plenamente assegurados.

Na Teoria Geral do Direito, a perda do direito é chamada de decadência, a prescrição é a perda da pretensão. Com relação ao Direito Constitucional, tem-se que falar que os direitos fundamentais são imprescritíveis significa que eles não podem (em regra) ser perdidos pela passagem do tempo. Assim, os direitos fundamentais não se perdem com o tempo, uma vez que são sempre exercíveis e exercidos.

Segundo José Afonso da Silva [\[17\]](#):

“prescrição é um instituto jurídico que somente atinge coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade dos direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.”

Pela imprescritibilidade, tem-se que os direitos fundamentais, mesmo quando não utilizados, não relacionam-se ao desaparecimento por lapso temporal, já que tais direitos encontram-se em processo de agregação

constante. Eles incorporam novos direitos, aumentam o âmbito de incidência entre os seres humanos. Veda-se apenas a regressão ou eliminação dos direitos que já foram devidamente conquistados.

Irrenunciabilidade

Os direitos fundamentais não podem ser objeto de renúncia por seus titulares. As pessoas não podem abrir mão de direitos que fazem parte da sua própria condição existencial.

Como regra, os direitos fundamentais são indisponíveis, possuindo eficácia objetiva, ou seja, tem importância não só para próprio titular, como também para toda a sociedade.

Existe fundamentalidade material dos referidos direitos, é por isso que o titular não pode dispor dos direitos de maneira indiscriminada. Entretanto, que existem exceções, pois alguns direitos fundamentais podem ser dispostos, tais como a intimidade e a privacidade.

É importante ressaltar que a renúncia aos direitos fundamentais só é admitida de forma temporária, sem afetar a dignidade humana. O STF vem admitindo tal renúncia, porém, sempre de forma excepcional.

Assim, essa renúncia temporária e excepcional de um direito fundamental é aceita, desde que decorra de um caso concreto de conflito de direito, utilizando-se o princípio da proporcionalidade entre o direito fundamental e o direito que se busca assegurar ou proteger.

Devido a própria potencialidade humana de autodeterminação, nem todos os direitos fundamentais são de fato indisponíveis. Entretanto, a indisponibilidade é uma regra para aqueles direitos que visam primordialmente resguardar a capacidade humana de desenvolver livremente a sua própria personalidade.

Deve haver uma conexão com a dignidade da pessoa humana. Mesmo nos Estados democráticos, bem como no sistema internacional de proteção, por mais graves que possam ser os atos praticados por determinadas pessoas, não se aceita sanções degradantes a condição humana, pois isso seria uma forma de renúncia aos direitos fundamentais.

Segundo Kant, a dignidade é conceituada como sendo a qualidade daquilo que não tem preço. Ela é atribuída ao ser humano exatamente pelo fato de que este não é instrumento, e sim um fim em si mesmo:

“No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser

substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade”. [18]

O homem é um fim em si mesmo, possuindo de forma intrínseca a dignidade. Assim, tal dignidade não pode ser suprimida.

Indivisibilidade

Os direitos fundamentais não podem ser analisados de forma isolada, sendo eles um conjunto. Dessa forma, observa-se que a agressão a um deles pode representar agressão a todos. Não existiria um meio termo ao se falar em direitos fundamentais.

Inalienabilidade

Os direitos fundamentais não podem ser alienados ou transferidos, eles não podem ser objeto de venda, doação, empréstimos. É o próprio ordenamento nacional que fixa a impossibilidade de disposição desses direitos, tendo em vista a proteção da pessoa humana. Por possuírem eficácia objetiva, eles não são apenas direitos subjetivos, sendo também direitos que interessam a todos, de maneira geral. O direito a propriedade é uma exceção, já que a propriedade pode ser alienada.

Concorrência

Normalmente, a regra é que os direitos fundamentais coexistam, que eles possam ser exercidos conjuntamente. Entretanto, podem ocorrer conflitos entre direitos fundamentais e nesses casos não há como estabelecer abstratamente qual o direito que deve prosperar.

É preciso que haja proporcionalidade e que o caso concreto seja analisado, para que, dessa forma, a restrição que o direito fundamental sofrerá não seja desproporcional a real necessidade. Após a ponderação, o direito fundamental restrito será limitado dentro do necessário para se solucionar o conflito. Deve-se buscar uma solução consensual, que, com base na ponderação, dê a máxima efetividade possível aos dois direitos em conflito, sem o sacrifício de nenhum dos direitos por completo.

Aplicabilidade imediata

Segundo determinação constitucional, as normas as quais definem os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata. É o que se pode constatar no artigo 5º, §1º da Constituição Federal. Assim, tem-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Com relação ao exposto da doutrina, algumas juristas ainda divergem quanto à aplicabilidade dos direitos fundamentais. Pois o fato do art. 5 falar em aplicabilidade imediata não necessariamente quer dizer que todos os direitos e garantias fundamentais venham sempre expressos em normas de eficácia plena ou contida. Existem normas constitucionais que possuem eficácia contida (o artigo 5º, XIII, da Constituição Federal) ou limitada (§ 2º do artigo 18 da Constituição Federal).

Para Ingo Sarlet Wolfgang, em concordância com Jorge Miranda, cada ato (qualquer ato) dos poderes públicos devem tomar os direitos fundamentais como “baliza e referencial”. Importante ainda, é a constatação de que o preceito em exame fundamenta uma vinculação isenta de lacunas dos órgãos e funções estatais aos direitos fundamentais, independentemente de forma jurídica mediante a qual são exercidas estas funções. Para Canotilho, não há ato de entidade pública que seja livre dos direitos fundamentais [19]

Assim, independentemente da classificação adotada, observa-se que a doutrina é unânime na afirmação de que todas as normas constitucionais possuem sempre um mínimo de eficácia, isso devido ao seu grau de densidade normativa.

Os dispositivos do texto constitucional são normas que vinculam toda a sociedade. Assim, deve-se utilizar o princípio da máxima efetividade e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, zelando pela máxima efetivação dos preceitos constitucionais.

Vedação ao retrocesso

A evolução dos direitos fundamentais ocorre de forma crescente, ou seja, tais direitos estão em constante ampliação. A aquisição dos direitos fundamentais não pode ser objeto de um retrocesso, ou seja, não se admite a sua limitação ou diminuição. Dessa forma, não é possível

que ocorra a mitigação na proteção, bem como nenhum direito deverá ser extinto.

Com relação a ampliação de direitos, esta sempre é possível, ou seja, o rol de direitos humanos pode ser amplificado, nunca minorado.

Não se pode revogar normas garantidoras de direitos fundamentais, muito menos criar políticas públicas de enfraquecimento de direitos fundamentais. Resguarda-se a proteção do núcleo essencial e intangível dos direitos fundamentais, tendo origem no próprio Estado Democrático de Direito.

9. Conclusão

Os direitos fundamentais são aqueles considerados indispensáveis a condição humana, sendo imprescindíveis para que o ser humano consiga viver com dignidade. Assim, faz-se necessário que o Estado reconheça e positive tais direitos, sempre almejando sua real efetivação e plena concretização. Dessa forma, o Estado conseguirá, de fato, cumprir seu papel no desenvolvimento das sociedades, resguardando e promovendo os direitos fundamentais, conforme as expectativas do povo brasileiro.

Esses direitos estão se ampliando e evoluindo de forma contínua. Sendo tal fato uma resposta social a fim de que os legítimos anseios da sociedade sejam atendidos. Assim, muitas mudanças no campo do direito tem sido promovidas, principalmente com relação a evidenciação dos interesses transindividuais (terceira geração). O Estado não apenas concede os direitos, como também os garante.

A palavra fundamental coaduna-se com noção de que tais direitos representam a base da condição humana, jurídico e institucionalmente garantida, apontando a limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado. Dessa forma, os direitos fundamentais são prerrogativas dos cidadãos em face do Estado, caracterizando-se por ocuparem posição de elevadíssima importância no ordenamento jurídico

Cabe ao Estado Democrático de Direito o reconhecimento e a positivação dos direitos fundamentais, tomando para si a responsabilidade de buscar a efetividade dos mesmos.

Observa-se, que o rol de direitos individuais e coletivos encontrados no artigo 5º da Constituição Federal é meramente exemplificativo, não exaustivo. O próprio artigo 5º, parágrafo 2º, admitiu a existência de outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Lei Maior, ou

pelos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte. Assim, os direitos fundamentais encontram-se em constante evolução, aprimoramento e efetivação.

10. Referências

ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10/12/1998. Tradução informal: Gilmar Ferreira Mendes.

BARROS, Sérgio Resende de. **Três Gerações de Direitos**. Disponível: .

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

FILHO, João Trindade Cavalcante Filho. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. STF:

http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/ano/2012/07/20120720/teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. Ed. Saraiva, 2015.

MORAIS, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Constituição (1988). Brasília: Planalto do Governo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

NOTAS:

[1] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007. 28ª ed. rev. e atual. p. 170.

[2] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5/19.

[3] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998. pag. 259.

[4] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 262.

[5] ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10/12/1998. Tradução informal: Gilmar Ferreira Mendes.

[6] HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 256.

[7] MORAIS, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003, pag. 61.

[8] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 615.

[9] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 617/618.

[10] BARROS, Sérgio Resende de. **Três Gerações de Direitos**. Disponível: . Acesso: 16 de junho de 2017

[11] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 32.

[12] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2001. p. 50.

[13] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 569.

[14] NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2009, 3 ed., 362/364.

[15] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 20.

[16] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

[17] SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 9 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1992.

[18] KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 64

[19] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10 ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora Ltda 2009; p. 366.

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS ECONÔMICAS E A DECISÃO DO STF NA ADPF 45

IAGO DIAS PORTO: Advogado.
Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo apresentar os aspectos jurídicos do controle jurisdicional das políticas econômicas, a fim de delimitar a competência do Poder Judiciário em relação ao tema, bem como analisar a decisão do STF no bojo da ADPF 45, considerado um *leading case* da jurisprudência sobre a problemática. A forma metodológica do trabalho foi pautada na consulta a explicações científicas que delineassem os conceitos envolvidos na discussão em epígrafe.

Palavras-chave: Direito Econômico; Política econômica; Controle judicial; Mérito administrativo; Separação dos poderes

ABSTRACT: This article aims to present the legal aspects of economics policies of judicial review in order to delimit the competence of the judiciary in relation to the theme and to examine the decision of the Supreme Court - ADPF 45 - , considered one of the *leading case* jurisprudence on the issue. The methodological form of the work was based on examinations of scientific explanations that take outlining the concepts involved in the discussion in question.

Key-words: Economic law; Economic policy; Judicial review; Administrative merit; Separation of powers

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito de política econômica. 3. Atos discricionários e política econômica. 4. Mérito administrativo e controle jurisdicional das políticas econômicas. 5. Políticas econômicas e o entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADPF 45. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução.

O presente artigo visa realizar um estudo sobre os limites do controle jurisdicional sobre as políticas econômicas.

O tema reveste-se de grande importância prática, visto que pretende estabelecer critérios para que o controle seja legítimo, sem que haja usurpação de

competências pelo Poder Judiciário em relação ao Poder Executivo e Poder Legislativo.

Do mesmo modo, o Poder Executivo, que possui a competência típica de realizar as políticas econômicas, deve ter sua atuação pautada nos limites legais, não podendo ser ilimitada, sob pena de voltarmos aos períodos ditatoriais, em que se percebia uma atuação desregulada desse Poder.

Nesse sentido, o controle do Judiciário, representado pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, é de suma importância para efetivar o regime democrático, que configura a tônica da atual Constituição Federal.

Ademais, realizar-se-á a análise da decisão do STF na ADPF 45, em que se delineou diversos conceitos relacionados ao tema do controle das políticas públicas, incluindo-se as políticas econômicas, sendo considerado um *leading case* que mudou a jurisprudência sobre a temática.

Dessa forma, primeiramente, será feita a conceituação de política econômica, conforme ensinamentos doutrinários. Após, demonstrar-se-á a classificação das políticas econômicas como atos administrativos discricionários.

Prosseguindo no estudo, será feita a conceituação de mérito administrativo e a sua relação com o controle judicial das políticas econômicas.

Por fim, serão estudados os principais aspectos da decisão do Pretório Excelso na ADPF 45.

2. Conceito de política econômica

Primeiramente, faz-se necessário perquirir sobre o conceito de política econômica, a fim de compreender o significado desse instituto que é objeto de estudo do presente artigo.

Segundo Souza (2005, p.25), política econômica é:

o conjunto de medidas postas em prática para atender a objetivos econômicos. Deve ser juridicamente tratada, sob pena de prática arbitrária do poder, sem o devido respeito aos direitos indispensáveis à vida social. Determinados exageros

ou abusos do poder econômico, tanto público quanto privado, justificam plenamente a necessidade dessa juridicização que se efetiva pelo Direito Econômico.

No mesmo sentido, Clark (2016):

política econômica estatal é um conjunto de decisões públicas dirigidas a satisfazer as necessidades sociais e individuais, com um menor esforço, diante de um quadro de carência de meios. **É, ainda, uma das espécies do gênero políticas públicas** (grifo nosso).

Como exemplo de políticas econômicas, podemos citar a função extrafiscal dos tributos, compra e venda de moeda estrangeira, emissão de títulos públicos no sistema financeiro, concessão de créditos subsidiados a setores econômicos e etc. (CLARK, 2016).

Assim, conforme se percebe pelas explicações expostas acima, a política econômica é uma espécie de política pública, sendo, dessa forma, derivada de uma decisão política discricionária do Governante de intervir na economia, de acordo com as necessidades do mercado, mas sempre devendo obedecer aos parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 e pela legislação infraconstitucional.

3. Atos discricionários e política econômica

Feita a conceituação de política econômica, percebe-se que, como deriva de uma ação estatal, sua natureza jurídica é de um ato administrativo, que é conceituado pela doutrina como:

Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), 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, 2007, p. 378)

Dentro da classificação dos atos administrativos, podemos enquadrá-la como ato discricionário, já que o Administrador do ente federativo que utilizar a política econômica para intervir na economia, procederá de acordo com o juízo de

conveniência e oportunidade, ou seja, terá liberdade de utilizar o meio que considerar mais eficaz para alcançar o objetivo almejado, mas sempre, repita-se, respeitando os parâmetros legais.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles (2011, p. 176) alerta que os atos discricionários não se confundem com atos arbitrários, *in verbis*:

ato discricionário não se confunde com ato arbitrário. Discricção e arbítrio são conceitos inteiramente diversos. Discricção é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, portanto, quando permitido pelo Direito é legal e válido; ato arbitrário é sempre e sempre, ilegítimo e inválido.

Dessa forma, exemplificando, a própria Constituição Federal, no artigo 153, § 1º, permite que o Poder Executivo altere as alíquotas do II, IE, IPI e IOF, por meio de um decreto, como meio de intervenção no domínio econômico, já que esses tributos são eminentemente extrafiscais.

O Presidente fará a sua escolha, conforme as necessidades da economia nacional, mas a CF alerta que essa possibilidade não é ilimitada, pois deve respeitar as condições e os limites estabelecidos em lei. Veja-se:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

- I - importação de produtos estrangeiros;
- II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;
- III - renda e proventos de qualquer natureza;
- IV - produtos industrializados;
- V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;
- VI - propriedade territorial rural;
- VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

§ 1º É facultado ao Poder Executivo, **atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei**, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V

Portanto, caso haja um aumento de alíquota maior do que a permitida por lei, haverá arbitrariedade, que poderá ser corrigida no âmbito do Poder Judiciário.

No entanto, respeitados os parâmetros legais, estar-se-á fazendo uso correto da discricionariedade administrativa, pois se estará dentro do mérito administrativo, não, havendo, em regra, espaço para o controle jurisdicional, nesse caso, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes (CF, artigo 2º).

4. Mérito administrativo e controle jurisdicional das políticas econômicas

Os atos discricionários, como é o caso das políticas econômicas, possuem um núcleo subjetivo, denominado mérito administrativo, composto pela conveniência e oportunidade da prática do ato.

A esse respeito, Diógenes Gasparini (2011, p.149) leciona que:

Mérito é a indagação da **oportunidade** e da **conveniênciado** ato; é a zona franca em que a vontade do agente decide sobre as soluções mais adequadas ao interesse público; é a sede do poder discricionário do administrador, que se orienta por critérios de utilidade, conforme ensina José Cretella Júnior. Por fim, diga-se que o mérito não é requisito do ato administrativo nem se confunde com o mérito do Direito Processual Civil (grifo nosso).

Seabra Fagundes, citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 224), traz-nos o seguinte ensinamento sobre o tema:

O mérito se relaciona com a intimidade do ato administrativo, concerne ao seu valor intrínseco, à sua valorização sob critérios comparativos. Ao ângulo de merecimento, não se diz que o ato é ilegal ou legal, senão que é ou não é o que devia ser, que é bom ou mau, que é pior melhor do que outro. E é por isto é que os administrativistas o conceituam, uniformemente, como o aspecto do ato administrativo, relativo à **conveniência e a oportunidade**, à utilidade intrínseca do ato, à sua justiça, à finalidade, aos princípios da boa gestão, à obtenção dos desígnios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal. (grifo nosso).

À vista disso, a alegação da reserva do possível, feita pelas Administrações Públicas para justificar a impossibilidade de realizar esta ou aquela ação governamental pela falta de recursos, refletem a valoração do juízo de conveniência e oportunidade, já que não podem ser realizadas em certo momento e em determinadas condições (CARVALHO, 2014).

Quanto ao controle judicial do mérito, doutrina e jurisprudência entendem que esse núcleo da conveniência e oportunidade é de exclusiva apreciação da Administração Pública, sendo vedado, em regra, ao Poder Judiciário se imiscuir nessa valoração, já que se assim agisse, estaria violando o princípio da separação dos poderes previsto na Carta Magna, no artigo 2º.

No entanto, não se pode confundir com a impossibilidade de controle dos atos discricionários. O que é vedado é o exame do mérito do ato administrativo discricionário, mas, caso haja algum vício de legalidade, o Poder Judiciário poderá intervir, já que estará no exercício de sua competência jurisdicional (GASPARINI, 2011).

Deve-se salientar, ainda, que, atualmente, tem-se relativizado essa impossibilidade absoluta de controle do mérito administrativo. Isso acontece porque, à pretexto do exercício da mencionada discricionariedade administrativa, a Administração comete abusos, argumentando estar sendo o ato praticado sob o manto da legalidade (CARVALHO, 2014).

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 976):

Com efeito: a lei tanto pode ser ofendida à força aberta como à capucha. No primeiro caso o administrador expõe-se afoitamente à repulsa; no segundo, por ser mais sutil não é menos censurável. Vale dizer: a ilegitimidade pode resultar de manifesta oposição aos cânones legais ou de violação menos transparente, porém tão viciada quanto a outra. **Isto sucede exatamente quando a Administração em nome do exercício da atividade discricionária, vai além do que a lei lhe permitia e, portanto, igualmente a ofende.** (grifo nosso)

Dessa forma, ao se analisar os motivos, as finalidades e causas do ato, percebe-se a verdadeira intenção do Administrador. Ausente tais elementos, ofende-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, justificando a nulidade do ato administrativo (CARVALHO, 2014).

Nesse sentido, a moderna doutrina e os tribunais têm possibilitado o exame da discricionariedade quanto aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, permitindo o controle, por exemplo, de políticas públicas, que eram consideradas, anteriormente, inalcançáveis pelo controle jurisdicional.

No entanto, deve-se ter bem claro que o mérito administrativo continua sendo intangível, conforme a doutrina clássica, pois, na verdade, o que ocorre é um controle de legalidade. Ao se violar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, está se violando o próprio princípio da legalidade.

Pela clareza das palavras, traz-se à baila a lição de José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 41):

Assim, na esteira da doutrina mais autorizada e rechaçando algumas interpretações evidentemente radicais, exacerbadas e dissonantes do sistema constitucional vigente, é preciso lembrar que, quando se pretender imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a ideia de que **a ação é efetiva e indiscutivelmente ilegal**. Inexiste, por conseguinte, conduta legal vulneradora do citado princípio: ou a ação vulnera o princípio e é ilegal, ou se não o ofende, há de ser classificada como legal e inserida dentro das funções normais cometidas ao administrador (grifo do autor).

E continua:

Dissentimos, por conseguinte, da doutrina que advoga a eliminação do poder discricionário da Administração diante da aplicação do princípio da razoabilidade. Se é verdade que este abranda o excesso do poder administrativo, não é menos verdadeiro que o administrador continua detendo o poder jurídico de valorar

condutas e decisões, pois que essa é a sua atribuição (CARVALHO, 2014, p.41) (grifo nosso).

Portanto, conclui-se que, em regra, as políticas econômicas não poderão ser analisadas pelo Poder Judiciário, tendo em vista serem elas fruto da discricionariedade do Administrador, que irá analisar as condições do mercado, e, no momento oportuno, aplicará as medidas cabíveis.

No entanto, sempre que ocorrer ilegalidades por parte do Administrador, seja quanto ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, seja quando ferir patentemente alguma norma legal, o Poder Judiciário, ao ser acionado, deve corrigir o vício, em obediência ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto na Constituição Federal no artigo 5º, XXXV.

5. Políticas econômicas e o entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADPF 45

Feita a análise do controle jurisdicional das políticas econômicas, a partir de uma análise da doutrina sobre o tema, passa-se ao estudo da decisão que irá demonstrar como o Supremo Tribunal Federal está enfrentando essa problemática.

O controle das políticas econômicas pelos tribunais brasileiros é bastante recente. A maior parte dos casos envolvendo as políticas públicas econômicas começam a aparecer somente no início dos anos 80, quando da transição para o regime democrático, o que dificulta o estudo aprofundado do tema (AGUILLAR, 2009).

Não obstante a dificuldade, apresentar-se-á uma decisão do STF que demonstra a evolução na jurisprudência relacionada ao tema.

Trata-se da ADPF - 45, relatado pelo Ministro Celso De Mello, que é considerada um *leading case* na matéria referente ao controle jurisdicional das políticas públicas, incluindo aqui as políticas econômicas, já que tratou da efetividade dos direitos fundamentais de segunda geração, quais sejam, os sociais, **econômicos** e culturais.

Pela importância da decisão, transcreve-se os trechos mais relevantes ao estudo em questão.

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

[...]

a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, **a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode**

demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional:

[...]

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. **Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário**, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

[...]

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, **cumprе reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.**

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável [...] aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, **a possibilidade**

de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL ("Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 22-23, 2002, Fabris):

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

[...] (grifo nosso)

Destarte, percebe-se que o aresto acima defende uma posição mais ativa do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas, fenômeno este amplamente conhecido como “politização da justiça” ou “ativismo judicial”, a fim de garantir a efetividade dos direitos de 2ª geração que exigem um *facere* do Estado, diferentemente dos direitos de 1ª geração que impõem uma atuação negativa ou um *non facere*.

No entanto, verifica-se que, como demonstrado anteriormente, a execução de políticas econômicas é de competência discricionária do Poder Executivo, em juízo de conveniência e oportunidade, mas que, atualmente, considera-se que essa liberdade não é absoluta, admitindo-se a intervenção do Poder Judiciário quando a atuação se revestir de irrazoabilidade.

Essa decisão do STF confirma o entendimento doutrinário exposto alhures, estando em maior conformidade com o atual entendimento da extensão da jurisdição constitucional.

É importante, entretanto, alertar que esse controle jurisdicional das políticas econômicas deverá sempre ser observado no caso concreto para aferir se o Judiciário está analisando indevidamente o mérito administrativo ou se está fazendo o legítimo controle de legalidade e legitimidade, o qual constitui sua função típica. O liame, muitas vezes, pode se configurar tênue, mas tal cuidado é de rigor, a fim de manter a harmonia entre os três poderes.

6. Conclusão

Como explanado no presente artigo, considerando política econômica como ato administrativo discricionário, o controle jurisdicional das políticas econômicas deve respeitar o limite do controle sobre o mérito dos atos administrativos, núcleo de exclusiva competência da Administração Pública.

No entanto, conforme demonstrado, isso não significa que as políticas econômicas estão blindadas ao controle jurisdicional. Longe disso.

Sempre que houver ilegalidade, seja pela afronta manifesta à lei, seja pela violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que, como demonstrado pelo doutrinador administrativista José dos Santos Carvalho Filho, também é considerado um vício de legalidade, haverá a possibilidade de o Poder Judiciário realizar o seu legítimo controle, sem que isso signifique violação ao princípio da separação dos poderes e ao sistema de *checks and balance* previsto na Constituição Federal.

Somente com a observação do caso concreto poderá ser avaliado se o controle é legítimo ou se estará ocorrendo ofensa à tripartição de poderes, com a intromissão indevida do Judiciário na atividade administrativa.

Tratando da temática, o STF confirmou o entendimento aqui esposado na ADPF 45, apresentando conceitos essenciais ao presente estudo, entendendo que, para a efetivação dos direitos de segunda geração, é necessário que o Poder Judiciário atue de forma mais ativa, revolucionando a concepção anterior de controle judicial

de políticas econômicas, fenômeno que ficou conhecido no mundo jurídico como “politização da justiça” ou “ativismo judicial”, mas reconhecendo que essa atividade deve ser excepcional.

7. Referências

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45 Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário Oficial da União**. Brasília, 04 de maio 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

CLARK, Giovani. **Política Econômica e Estado**. Disponível em: . Acesso em: 01 fev. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

O PROCESSO ELETRÔNICO E O PRINCÍPIO DA DUPLA INSTRUMENTALIDADE.

ROGÉRIO FAUSTINO DA SILVA JÚNIOR: Graduado em Bacharelado em Direito pela Faculdade Estácio de Macapá.

RESUMO: Este artigo propõe diretriz para a incorporação dos avanços da área de tecnologia da informação aos procedimentos: é o *princípio da dupla instrumentalidade*. O princípio destaca que a tecnologia é, em si, um instrumento a serviço do instrumento - o processo. Nessa condição, todo aporte tecnológico ao procedimento deve jungir-se, num primeiro plano, aos princípios do processo e, num segundo plano, à teleologia do processo, ou seja, aos objetivos do Direito. Há fatos que evidenciam que a adoção da tecnologia, no sistema processual, sem a necessária e prévia reflexão de todos os atores do processo, leva a violações nos dois níveis.

Palavras-chave: Processo eletrônico. Tecnologia. Princípio. Dupla instrumentalidade.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. O PRINCÍPIO DA *DUPLA INSTRUMENTALIDADE* OU DA *SUB-INSTRUMENTALIDADE* PROCESSUAL DA TECNOLOGIA; 2. O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS PROCESSUAIS; 2.1 As duas instrumentalidades: da natureza jurídico-instrumental do processo e da natureza instrumental da tecnologia; 2.2. Decorrências imediatas do princípio da dupla instrumentalidade; 3. UTILIDADE DO PRINCÍPIO DA *DUPLA INSTRUMENTALIDADE*; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

As inovações tecnológicas precisam ser absorvidas no âmbito processual. O processo eletrônico^[1], assim denominado porque seu procedimento utiliza meios físicos que são o objeto de estudo da parte da física chamada *eletrônica*^[2], representa o mais contundente passo dado na direção da concretização de princípios processuais que, nas últimas décadas, representaram pouco mais que formulações utópicas de *comandos de otimização*^[3], muitas e constantes vezes ridicularizados pelos fatos. Inclua-se entre eles até mesmo aquele inserido no inciso LXXVIII ^[4] do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

À necessidade de absorção contrapõem-se os cuidados necessários para que das inovações não resultem danos, só melhorias. Nessa perspectiva, e seguindo a cartilha do construtivismo principiológico inaugurado por Ronald Dworkin[5] e absorvido pelo Direito continental constitucional europeu a partir da década de 70 do século passado, de onde espalhou-se para a teoria geral do Direito, é preciso traçar os contornos gerais dessa absorção[6]. A integridade sistêmica do Direito deve ser preservada, com e apesar das necessárias, inadiáveis e louváveis inovações tecnológicas.[7]

As balizas para esse movimento de renovação e avanço do procedimento judicial têm sido expressas por inúmeros princípios, ventilados por diferentes autores[8], às vezes sob nomenclatura diversa. Eles são indispensáveis porque os conflitos de interesse gerados pelas inovações vão esbarrar em vazios normativos onde a solução será feita pelo recurso aos princípios[9]. Mas tais princípios, voltados à orientação da incorporação da tecnologia da informação ao processo – que o legislador chama de “informatização do processo judicial”[10] -, devem subordinar-se a um princípio maior e aqui proposto sob a denominação de *princípio da dupla instrumentalidade* ou da *sub-instrumentalidade* processual da tecnologia.

1. O PRINCÍPIO DA DUPLA INSTRUMENTALIDADE OU DA SUB-INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL DA TECNOLOGIA

As possibilidades criadas pelos avanços da tecnologia da informação devem tocar o processo judicial. Ninguém contesta essa afirmação e este trabalho não se posta como uma oposição a essa evidente constatação. Mas as duas realidades, o instrumento de atuação da jurisdição – o processo[11] – e a tecnologia, não podem ser amalgamadas sem o devido cuidado, ao embalo apenas da consideração dos sedutores instrumentos tecnológicos, como já tem ocorrido tantas vezes. É preciso não esquecer das milenares conquistas do Direito, processuais e materiais[12], pelas quais, finalmente, os indivíduos puderam sentir certa segurança na convivência com seus pares e, notadamente, com o monstro estatal tão bem representado pelo Leviatã de Hobbes.

Tais cuidados precisam ganhar expressão firme e clara. Propõe-se, nesse sentido, como um meta-princípio[13] norteador de todo o almejado movimento de absorção tecnológica – que o legislador chama impropriamente de “informatização

do processo judicial”[14]- , o que se denomina de *princípio da dupla instrumentalidade* da tecnologia no processo eletrônico:

A tecnologia é instrumento a serviço do instrumento – o processo - e, portanto, sua incorporação deve ser feita resguardando-se os princípios do instrumento e os objetivos a serviço dos quais está posto o instrumento.

Como se explica a seguir, esse princípio explicita duas balizas de obrigatoria observância no avanço para o processo eletrônico. A inobservância de qualquer delas torna inválida e antijurídica a a incorporação feita da tecnologia. Somente a avaliação correta de todos os aspectos envolvidos, processuais e materiais, com a consideração prudencial das conseqüências, ainda que às vezes pareçam remotas, e sua modalização[15]adequada, levarão a uma mescla jurídico-tecnológica que aqui e agora atende aos objetivos do Direito.

Tratando-se da validade ou não da incorporação tecnológica ao processo, recorre-se, porque oportuno, à teoria geral do processo e, dentro desta, à teoria das nulidades, para propor esse balizamento principiológico.

2. O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS PROCESSUAIS

Para facilitar a exposição das idéias deste artigo, adotam-se conceitos operacionais simples e análogos[16] de *garantias* e *direitos*, inspirados em Jorge Miranda, citado por Paulo Bonavides: garantias são os instrumentos ou meios “[...] de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais [...]”[17]. Essa dicotomia é referida, adiante, pelas expressões instrumentos/objetivos do Direito, direito processual/direito material, meios/direitos.

Segundo a moderna teoria das nulidades processuais, todo ato processual é válido, independentemente de eventual defeito de forma, se o objetivo tiver sido alcançado. Como ensinam Cintra, Grinover e Dinamarco, “[...] o que interessa, afinal, é o objetivo do ato, não o ato em si mesmo.”[18] Essa diretriz se traduz no princípio da *instrumentalidade das formas*. [19]

No direito continental europeu, estatutário, esse princípio ganhou expressão no famoso adágio *pas de nullité sans grief*. No direito norte-americano, de origem

consuetudinária, a mesma ideia de subordinação da forma aos objetivos exprime-se na teoria fundamental constitucional denominada *substantive due process*[20].

O princípio da instrumentalidade das formas perpassa a disciplina teórica do processo e marca bem o caráter instrumental deste, em cada um de seus atos ou como um todo. O processo é meio de atuação na direção dos fins e não um fim em si mesmo. Há uma clara *subordinação hierárquica*, portanto, dos meios em relação aos fins e essa é a leitura do princípio da instrumentalidade que importa a este artigo:

Pondo-se numa perspectiva de confronto de forças, que aqui interessa particularmente, vê-se que a *instrumentalidade* exprime uma idéia de força-fracas das formas, que cede diante da força-forte dos objetivos do Direito. Disso se assentou que (i) a forma não tem força para legitimar o resultado, ou seja, do rigor da forma não decorre a validade do resultado[21] e (ii) o descumprimento da forma, não vedado expressamente, não invalida o resultado se esse se compatibiliza com o esperado pelo Direito.

2.1 As duas instrumentalidades: da natureza jurídico-instrumental do processo e da natureza instrumental da tecnologia

O processo eletrônico, mesmo realizado por meio físico especial, tem a natureza jurídica de processo e qualifica-se como instrumento. À luz da teoria do processo o *processo eletrônico* é instrumental. Daí decorre a primeira das instrumentalidades mencionadas na idéia de *dupla instrumentalidade* a que se refere o princípio aqui proposto.

Considerando-se, por outro lado, que tecnologia vem de técnica e que técnica é “maneira, jeito ou habilidade especial de executar ou fazer algo”[22], deve-se considerar o processo eletrônico como *um modo especial de fazer o processo*. Disso decorre que, sob o aspecto tecnológico, esse modo do processo caracteriza-se também essencialmente pela instrumentalidade. Sua marca principal é o uso do meio eletrônico para a geração, armazenamento e transmissão/comunicação dos termos dos atos processuais. Ademais, sob a ótica da teoria dos sistemas, deve-se considerar que o ingresso da tecnologia no sistema processual tem um objetivo de otimização e que, segundo estatui esse ramo teórico-científico, “[...] no mundo real apenas são feitas sub-otimizações.”[23] [tradução livre] Isso reforça a idéia de preservação do sistema do processo apesar do aporte tecnológico.

Assim, se o processo eletrônico é apenas e tão somente um *modo* (que vai se tornar preponderante, almeja-se!) de realização do processo, a concretização desse “modo processual” deve ser posta, também, nessa perspectiva de *instrumento a serviço do instrumento* (meio que serve ao meio). Ou, aplicando-se uma segunda vez a idéia de instrumentalidade negativa fornecida pela teoria das nulidades, pode-se representar esquematicamente assim a disposição dos elementos mencionados:

Daí que o processo eletrônico – no sentido de processo realizado com incorporação dos avanços da tecnologia da informação - é marcado por essa dupla caracterização instrumental ou de meio. No esquema acima, olhando-se de baixo para cima, tem-se que: (i) num primeiro passo, o instrumento tecnológico é incorporado para a otimização do sistema processual, que é a via pela qual a tecnologia, mediamente, é posta a serviço do Direito e (ii) num segundo passo, e imediatamente, o processo eletrônico, pela sua natureza processual, serve ao Direito, a serviço do qual está posto todo e qualquer *modo de realização* do processo. Em termos de força, a tecnologia situa-se num patamar de força mais fraca, devendo ceder às forças do sistema processual e do Direito.

2.2. Decorrências imediatas do princípio da dupla instrumentalidade

A *sub-instrumentalidade* da tecnologia, decorrente do serviço *imediato* prestado ao instrumento (o processo) e *mediato* aos fins do Direito, lança-a num patamar de subordinação a dois níveis bem definidos de princípios aos quais não pode violar. Ela só pode validamente ser utilizada no processo se esses dois conjuntos de normas não forem feridos. Por isso o comando de otimização do *princípio da dupla instrumentalidade* estipula que a tecnologia deve ser incorporada ao processo respeitando-se os princípios do processo (devido processo tomado procedimentalmente) e os fins do Direito.

No esquema de ponderação, os princípios orientadores da incorporação tecnológica ao sistema processual tem força inferior à dos princípios do processo e do Direito, valores esses que não podem sofrer enfraquecimentos ou deturpações. O processo é instrumento. A técnica é instrumento do instrumento e deve ser tomada exatamente nesta medida subalterna de dupla subordinação.

Repete-se: (I) em primeiro lugar, os princípios bem assentados do processo não podem ter regressão com a absorção das novas tecnologias e com o novo modo

de fazer o processo. As milenares conquistas do Direito, expressas no universalmente aceito princípio do Devido Processo, não poderão ser maculadas pelos novos meios, tecnologicamente inovadores, adotados para a prática processual. A tecnologia deve ser posta a serviço da concretização das salvaguardas do devido processo, não contra elas. Deve-se caminhar na direção da maior eficácia dos instrumentos de contenção do Estado, frente ao indivíduo, e não o inverso; (II) em segundo lugar, como baliza intransponível para qualquer integração da técnica às soluções processuais, há o respeito inarredável aos direitos subjetivos fundamentais.

Essa última advertência merece realce. É possível que a tecnologia, de fato, contribua para o aperfeiçoamento do processo até um ponto extremado, incompatível com os fins do Direito. Isso tem ocorrido várias vezes, nos poucos anos de adoção das novas soluções tecnológicas. Foca-se o ato procedimental e esquece-se dos fins e do caráter instrumental do processo, abrindo espaço para violações materiais graves. Sempre que, mesmo contribuindo para o aperfeiçoamento do ato processual, a tecnologia representar risco para os direitos constitucionalmente consagrados e protegidos das pessoas, não deverá ser adotada ou, ao menos, deverá ser adotada com reservas.

3. UTILIDADE DO PRINCÍPIO DA DUPLA INSTRUMENTALIDADE

As reflexões suscitadas pelo princípio aqui proposto são úteis. Elas trazem para o palco jurídico decisões que não podem sair do seu âmbito. Aos avanços técnico-eletrônicos de plantão, são contrapostos os milenares avanços da técnica processual, num primeiro passo, e as conquistas do Direito, em seu todo, num segundo. Para os homens só interessa – embora interesse muito - o que a técnica possa oferecer para o aprimoramento dessas conquistas do pensamento jurídico ocidental, hoje consolidadas no Estado constitucional de Direito.

A menção a *palco jurídico* e aos interesses *dos homens* atrai a incidência analógica, no ato de consideração da pertinência das incorporações tecnológicas ao sistema processual, das lucubrações dos teóricos da argumentação jurídica sobre o princípio de universalização U[24]. Cabe condicionar a validade de qualquer incorporação, em termos gerais, a que as conseqüências e os efeitos colaterais, sob as circunstâncias dadas, sejam aceitas por todos os implicados após adequada tematização. Todos os atores processuais, genericamente tomados, deverão opinar e posicionar-se, pois o aperfeiçoamento do processo é do interesse de todos.

Será que a incorporação das novidades tecnológicas ao processo tem sido precedida da necessária consideração prudencial? Parece que não. As perplexidades têm se multiplicado entre os operadores do Direito na mesma medida em que o legislador, de dentro ou de fora do legislativo, edita regulamentações para a área. Isso preocupa porque tais perplexidades não dizem respeito apenas às regras triviais, onde se espera, mesmo, o ajuste da regulação com o decorrer da prática processual.

Têm ocorrido violações (ou ameaças) de direitos subjetivos fundamentais como os da intimidade, da dignidade da pessoa humana e da propriedade. Os casos poderiam ser multiplicados e passam por normas legais, tais como as da lei 11.419/2006^[25] afirmadas inconstitucionais e práticas que se mostraram, a princípio, aptas ao aprimoramento de determinados princípios constitucionais e que, de fato, criaram ofensas a direitos fundamentais.

Aliás, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça declara inconstitucional a adoção do interrogatório por vídeo-conferência:

INTERROGATÓRIO. VIDEOCONFERÊNCIA.
NULIDADE ABSOLUTA.

O interrogatório judicial realizado por meio de videoconferência constitui causa de nulidade absoluta processual, pois afronta o princípio constitucional do devido processo legal e seus consectários (art. 5º, LV, da CF/1988). Precedente citado do STF: HC 88.914-SP, DJ 5/10/2007. HC 108.457-SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 18/9/2008.

Como demonstra a decisão, a força da tecnologia pode exigir que se generalizasse e leve muito a sério a advertência de Cintra, Grinover e Dinamarco, a respeito do princípio da publicidade^[26]: “[...] toda precaução há de ser tomada contra a exasperação do princípio da publicidade.”^[27] Na verdade, o fenômeno da *exasperação* pode estar ligado a vários princípios processuais. Os excessos não se conciliam com o princípio da proporcionalidade, um corolário da ação legítima dos poderes instituídos de todos os atuais Estados constitucionais de Direito.

O acréscimo do ferramental posto à disposição do Poder para avançar sobre, por exemplo, a vida privada das pessoas ou o seu patrimônio, exige que a reflexão jurídica, de todos os possíveis implicados, preceda e autorize a incorporação tecnológica ao procedimento. O caso da penhora *on-line* de numerários é outro

exemplo onde a falta de consideração prévia adequada e do exato sopesar dos princípios envolvidos permitiu que se multiplicassem violações a direitos fundamentais. Basta lembrar que, no início, independentemente do valor buscado, tornavam-se indisponíveis todas as importâncias existentes em contas do réu.

CONCLUSÃO

O princípio da *dupla instrumentalidade* afirma que o processo eletrônico é duplamente instrumental porque processual e porque essencialmente tecnológico. Todos os avanços técnicos nas áreas gerais de tratamento da informação, atuais ou futuros (geração, armazenamento e transmissão/comunicação), podem e devem chegar ao processo, mas sem ensejar violações aos seculares princípios do processo e aos objetivos para os quais foi estabelecido o mecanismo processual.

Pelo princípio da *dupla instrumentalidade*, portanto, a absorção da inovação tecnológica deve ser feita sem ferimento aos consagrados princípios do processo, ou seja, não pode importar a negação de tudo que se desenvolveu em termos de garantias processuais e, além disso, não pode, pelo aperfeiçoamento dos instrumentos processuais – o que teoricamente encontra guarida na principiologia processual – representar um avanço prejudicial aos direitos fundamentais das pessoas.

A luz do *princípio da dupla-instrumentalidade* deverá clarear o caminho das decisões atinentes aos litígios decorrentes da chegada das inovações da tecnologia da informação ao processo, para que se ponha a tecnologia a serviço do Direito e dos homens, e não o contrário.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert; GARZON VALDES, Ernesto. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid:Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 1993. 607p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. São Paulo:Malheiros, 2000. 793p.

BOTELHO, Fernando Neto. **O processo eletrônico escrutinado – parte VIII**. Disponível em:

<http://www.aliceramos.com/view.asp?materia=1336>. Acesso em: 23 set. 2008.

BRASIL. Constituição[1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 26 set. 2008.

BRASIL. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera

a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. **Diário Oficial**

[da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei11419.htm.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6.ed. Coimbra:Almedina, 1995.

1506p.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *et al.* **Teoria Geral do Processo**. 17.ed. São Paulo:Malheiros, 2000. 359p.

DANIELS, Alan; YEATES, Donald. **Systems analysis**. Palo Alto:SRA, 1971. 258p.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito**. São Paulo:Landy, 2003.

246p.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo:Martins Fontes, 1999. 513p.

EATON, John; SMITHERS, Jeremy. **Tecnologia da informação: um guia para empresas, gerentes e**

administradores. Tradução de Eric Drysdale. Rio de Janeiro:Campus, 1984. 365p.

FERNANDES, Francisco. **Dicionário de verbos e regimes**. Porto Alegre:Editora Globo, 1969. 606p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário aurélio eletrônico século XXI**. Versão 3.0. São Paulo:

Lexikon Informática, 1999.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. São

Paulo:Landy Editora, 2004. 423p.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno

Siebeneichler. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 1997, v.1. 354p.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2ed. Lisboa:Fundação Calouste

Gulbenkian, 1994. 348p.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de

Luiz Afonso Heck. Porto Alegre:Sérgio Fabris, 1998. 565p.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo.**Dicionário básico de filosofia**.3.ed. Rio de Janeiro:Jorge Zahar

Editor, 1996. 296p.

JOLIVET, Régis. **Curso de filosofia**. 15.ed. Rio e Janeiro:Agir, 1984. 445p.

LAUDON, Kenneth C.; LAUDON, Jane Price. **Sistemas de informação com internet**. 4.ed. Rio de

Janeiro:LTC, 1999. 389p.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real.

9/9Brasília:UnB, 1980. 210p.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica**

principiológica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados diretamente a

valores?. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1453, 24 jun. 2007. Disponível em:

[doutrina/texto.asp?id=9952](#)>. Acesso em: 07 abr. 2008.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitucional law**. 17.ed. Saint Paul:West Group, 2004. 1652p.

PEREIRA, S. Tavares. **Devido processo substantivo** (*Substantive due process*). Florianópolis:Conceito

Editorial, 2007. 266p. _____ **Devido processo substantivo**. Disponível em: <http://www.amatra12.org.br/controller?command=doutrina>. Acesso em: 08 nov. 2007.

PEREIRA, S. Tavares; ROESLER, Cláudia Rosane. *Princípios, constituição e racionalidade discursiva*. In: **II**

mostra de pesquisa, extensão e cultura do CEJURPS, 2006, Itajaí. Produção Científica CEJURPS 2006.

Itajaí-SC : Editora UNIVALI, 2006. p. 225-235.

NOTAS:

[1] Entende-se que o mais pertinente seria a utilização da expressão “procedimento eletrônico”, pois o que está em questão é “[...] o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a suarealidade fenomenológica perceptível.” CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *et al.* **Teoria Geral do Processo**. 17.ed. São Paulo:Malheiros, 2000. p. 277. No entanto, adota-se a terminologia do próprio legislador posta na Lei 11.419/2006, em vários dispositivos do capítulo III - Do processo eletrônico. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm. Acesso em: 26 set. 2017.

[2] Parte da física dedicada ao estudo do comportamento de circuitos elétricos que contenham válvulas, semicondutores, transdutores, etc., ou à fabricação de tais circuitos.” FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário aurélio eletrônico século XXI**. Versão 3.0. São Paulo: Lexikon Informática, 1999.

[3] Conforme a atual natureza reconhecida aos princípios. Nesse sentido, vejam-se: (i) Robert Alexy e Garzon Valdes, para quem princípios são comandos de otimização que determinam que se realize algo na maior medida possível, em consonância com as condições jurídicas e reais existentes (ALEXY, Robert; GARZON VALDES, Ernesto. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 1993, p. 86-87); Ronald Dworkin, que introduziu os princípios na teorização do Direito, para quem eles se associam à dinâmica das ordens jurídicas duradouras, pois as tornam moldáveis;” (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 488); e ainda, com visões semelhantes, HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. p. 61 e CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 1148 1149.

[4] “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” BRASIL. Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 26 agosto. 2017.

[5] A visão dworkiana que inovou, de forma irreversível, a teorização do Direito pela via da inclusão dos princípios, está bem marcada por H. L. A. Hart, o último dos grandes positivistas, no pós-escrito incluído na obra *O conceito de Direito* trinta e dois anos depois da publicação: “Dworkin é credor de grande reconhecimento por ter mostrado e ilustrado a importância desses princípios e o respectivo papel no raciocínio jurídico, e, com certeza, eu cometi um sério erro ao não ter acentuado a eficácia conclusiva deles.”

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2ed. Lisboa:Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 325.

[6] Sobre a evolução dos princípios na teorização do Direito ver BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. São Paulo:Malheiros, 2000. p. 228-266.

[7] Para mais detalhes sobre a importância dos princípios na atual teoria constitucional, remete-se o leitor aos artigos: PEREIRA, S. Tavares; ROESLER, Cláudia Rosane. Princípios, constituição e racionalidade discursiva. **Universo Jurídico**. Disponível em: . Acesso em: 26 set. 2008 e MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais**: os princípios podem ser equiparados diretamente a valores?. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1453, 24 jun. 2007. Disponível em: . Acesso em: 07 abr. 2017.

[8] Destaca-se, por todos eles, BOTELHO, Fernando Neto. **O processo eletrônico escrutinado – parte VIII**. Disponível em: <http://www.aliceramos.com/view.asp?materia=1336>. Acesso em: 23 set. 2008. O autor cita os princípios da universalidade, da ubiqüidade judiciária, da publicidade especial, da economia processual especial, da celeridade especial, da unicidade e uniformidade e da formalidade automatizada. Pela própria nomenclatura vê-se que vários princípios do processo são alcançados pela tecnologia e ganham novos contornos.

[9]Écio Oto Ramos Duarte situa essa questão ao falar da elucidação (resolução) dos “[...] casos difíceis (*hard cases*), onde a contraposição das argumentações se situa no âmbito do sopesamento de valores.” DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito**. São Paulo:Landy, 2003. p. 54.

[10]BRASIL. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei11419.htm.

[11]Processo é, “[...] por definição, o *instrumento através do qual a jurisdição opera*[...]”. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *et al.* **Teoria Geral do Processo**, p. 277..

[12]Tome-se, como síntese de tudo, o princípio do devido processo, procedimental e materialmente tomado. Para mais detalhes sobre o alcance material do devido processo ver PEREIRA, S. Tavares. **Devido processo substantivo**(*Substantive due process*). Florianópolis:Conceito Editorial, 2007. p. 76-94.

[13] No sentido empregado por Écio Oto Ramos Duarte para distinguir (i) os princípios que conectam “algo do mundo concreto” aos anseios gerais e finalísticos de justiça, princípios esses que não decorrem da natureza desse “algo concreto” mas do *telos* do Direito, e (ii) aqueles princípios voltados à regência da situação mesma a que se aplicam. DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito**, p. 52-53.

[14] Entende-se que os instrumentos da tecnologia da informação transcendem os limites da informática. Veja-se: “As tecnologias da informação contemporâneas vão além do computador isolado e abrangem as redes de comunicações, equipamentos de fax, impressoras e copiadoras ‘inteligentes’, workstations (ou estações de trabalho), processamento de imagens, gráficos, multimídia e comunicações em vídeo.” LAUDON, Kenneth C.; LAUDON, Jane Price. **Sistemas de informação com internet**. 4.ed. Rio de Janeiro:LTC, 1999. p. 72. Muito esclarecedora, ainda, a leitura de EATON, John; SMITHERS, Jeremy. **Tecnologia da informação**: um guia para empresas, gerentes e administradores. Tradução de Eric Drysdale. Rio de Janeiro:Campus, 1984. p. 169 e seguintes

[15] Modalizar: “Impor modalidades a; variar; dar outra feição a: ‘modalizando a vida’”. FERNANDES, Francisco. **Dicionário de verbos e regimes**. Porto Alegre:Editora Globo, 1969. p. 424. Na lógica clássica, as modalidades definem o modo por que se atribui um predicado a um sujeito e são: possibilidade, impossibilidade, contingência e necessidade. JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**, p. 184.

[16] “Noção que se aplica a vários sujeitos em um sentido nem totalmente idêntico nem totalmente diferente.” JOLIVET, Régis. **Curso de filosofia**. 15.ed. Rio e Janeiro:Agir, 1984. p. 266.

[17] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 483.

[18] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *et al.* **Teoria Geral do Processo**. p. 343.

[19] Cintra, Grinover e Dinamarco tomam a instrumentalidade em sentido positivo e negativo. Aqui ele está tomado pela acepção negativa. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *et al.* **Teoria Geral do Processo**, p. 41.

[20] Sobre o sentido doutrinário da expressão, ver, entre muitos outros: NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional law**. 17.ed. Saint Paul:West Group, 2004, capítulo 11, p. 432-548.

[21] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *et al.* **Teoria Geral do Processo**, p. 41: o processo “[...] não deve, na prática cotidiana, ser

guindado à condição de fonte geradora de direitos.” Essa visão, atual, contrapõe-se à visão positivista “denunciada” por LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília:UnB, 1980.

[22] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário aurélio eletrônico século XXI**

[23] Texto original: “[...] in the real world only suboptimizations are performed.” DANIELS, Alan; YEATES,

Donald. **Systems analysis**. Palo Alto:SRA, 1971. 258p.

[24] Jürgen Habermas, falando dos sistemas normativos, enuncia assim o princípio U, cuja aplicação analógica é sugerida por este artigo: “[...] somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 1997, v.1. p. 145.

Sobre a interpretação e aplicações do princípio U, recomenda-se a leitura de GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo:Landy Editora, 2004. p. 39-73. Diz Günther, por exemplo, na p. 44, que “[...] faz parte da comparação de situação que eu me coloque na condição daquele que está sendo afetado pelas consequências dos meus atos, e que considere se eu ainda aceitaria a norma proposta com obrigatoriedade, para mim e para os demais, mesmo se as necessidades e os interesses do outro também fossem levados em consideração.” *Mutatis mutandis*, cabe perfeitamente o raciocínio na avaliação da oportunidade de incorporar a tecnologia ao processo.

[25] ADI 3880, de 30/03/2007, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, contra os artigos 1º, III, “b”, 2º, 4º, 5º e 18. Os questionamentos referem-se, entre outros: à ofensa ao direito fundamental inculcado no inciso XIII do artigo 5º da Constituição – livre exercício de trabalho, ofício ou profissão – e aos princípios da isonomia e da publicidade dos atos processuais – incisos I e LX, do mesmo art. 5º.

[26] “[...] torna-se imprescindível que tribunais, em consórcio com órgãos de representação de advogados e de membros do Ministério Público, atuem, preventivamente, na fixação de parâmetros mínimos de resguardo e garantia à privacidade desenvolvidos (e de proteção aos trabalhos profissionais/jurídicos), a fim de que o processamento eletrônico dos feitos não deságüe na infinita exposição de pessoas e entidades, completamente fora do escopo da prestação jurisdicional tecnicamente devida a cada litígio.” BOTELHO, Fernando Neto. **O processo eletrônico escrutinado – parte VIII**.

[27] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *et al.* **Teoria Geral do Processo**, p. 69-70.

DIREITO DE NACIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A DECISÃO DO STF NO RMS 27.840/DF

IAGO DIAS PORTO: Advogado.
Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo apresentar os aspectos jurídicos do direito de nacionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como analisar a decisão do STF no bojo do RMS 27.840/DF. A forma metodológica do trabalho foi pautada na consulta a explicações científicas que delineassem os conceitos envolvidos na discussão em epígrafe.

Palavras-chave: Nacionalidade; Naturalização; Direitos fundamentais; Direito Internacional Público.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito de Nacionalidade. 3. Nacionalidade e Direito Internacional. 4. Formas de aquisição da nacionalidade. 4.1 Nacionalidade na Constituição de 1988. 4.1.1. Nacionalidade originária (brasileiro nato). 4.1.2 Nacionalidade adquirida (brasileiro naturalizado). 5. Perda da nacionalidade brasileira adquirida e a decisão do STF no RMS 27.840/DF. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

O presente artigo visa realizar um estudo sobre o direito à nacionalidade na ordem jurídica brasileira, direito fundamental de grande importância no âmbito do estudo do Direito Internacional Público e Direito Constitucional, tendo em vista a sua relação com a soberania dos Estados.

Ademais, realiza-se uma análise dos principais aspectos da recente decisão do STF no RMS 27.840/DF, que tratou do tema da perda de nacionalidade adquirida, prevista no Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80), quando verificada a falsidade ideológica ou material dos requisitos exigidos no requerimento de naturalização destinado ao Ministro da Justiça.

Assim, primeiramente, efetua-se a conceituação de nacionalidade, conforme ensinamentos doutrinários. Após, comenta-se como o direito de

nacionalidade é tratado na ordem internacional, por meio de convenções e tratados internacionais.

Prosseguindo no estudo, analisa-se as formas de aquisição da nacionalidade (originária e adquirida) e de que forma a Constituição Federal prevê o tema.

Por fim, trata-se de que forma o ordenamento jurídico brasileiro prevê a perda da nacionalidade derivada e como a decisão do STF no RMS 27.840/DF tratou da temática.

2. Conceito de Nacionalidade

Primeiramente, deve-se compreender o que é nacionalidade para entendermos a importância desse instituto na ordem internacional e no Direito interno dos Estados.

Segundo Guerra, “nacionalidade é o vínculo político jurídico que une o indivíduo ao Estado em que ele nasce e pelo qual o indivíduo passa a ter direitos e deveres com o Estado, assim como o Estado para com ele^[1]”.

No mesmo sentido, cumpre colacionar a lição de Rezek:

Nacionalidade é um vínculo político entre o Estado soberano e o indivíduo, que faz deste um membro da comunidade constitutiva da dimensão pessoal do Estado. Importante no âmbito do direito das gentes, esse vínculo político recebe, entretanto, uma disciplina jurídica de direito interno: a cada Estado incumbe legislar sobre sua própria nacionalidade, desde que respeitadas, no direito internacional, as regras gerais, assim como as regras particulares com que acaso se tenha comprometido^[2].

É importante consignar, entretanto, que nacionalidade não é sinônimo de cidadania, visto que esta pressupõe a nacionalidade, mas a suspensão ou perda dos direitos políticos não interfere na relação do indivíduo com o Estado^[3].

Fazendo também a diferenciação, Mazzuoli leciona que:

A nacionalidade é conceito mais ligado aos aspectos internacionais do que o vínculo que liga o indivíduo ao Estado, distinguindo-o do estrangeiro, enquanto que a cidadania tem características mais ligadas à participação do indivíduo no cenário internacional, qualificando o gozo dos direitos políticos, os participantes dos negócios do Estado e a consciência de participação social, esta última, como garantia do exercício dos direitos fundamentais (CF, arts 1º, inc II, e 14). Sob esse aspecto, a cidadania pressupõe a nacionalidade, e é conceito menos amplo que o de nacional. Aliás se se atender a outras utilizações, é fácil verificar a amplitude maior do conceito de nacionalidade relativamente ao de cidadania [...][4].

Ademais, o direito de nacionalidade também deve ser diferenciado da ideia de nação, já que se refere a um grupo homogêneo, unidos por aspectos culturais comuns. Assim, em um Estado podem existir diversas nações, com membros com a mesma nacionalidade[5].

Por fim, nacionalidade é diferente de naturalidade, que é o local onde nasce o indivíduo, visto que, conforme os critérios adotados pela legislação de cada Estado, pode ser critério ou não para sua atribuição.[6]

3. Nacionalidade e Direito Internacional

Realizada a conceituação de nacionalidade, passa-se a analisar a sua relação com o Direito Internacional.

Cumprido esclarecer que a nacionalidade decorre da soberania. Nesse sentido, a Convenção de Haia Concernente a Certas Relativas aos Conflitos de Leis sobre Nacionalidade, de 1930, promulgada no Brasil pelo Decreto 21.798, estabelece que cabe aos Estados definir as normas que regularão a atribuição da respectiva nacionalidade.[7]

Não obstante, existem alguns princípios do Direito Internacional concernentes a essa temática. Em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas, em

sua terceira sessão ordinária, considerou o direito de nacionalidade como direito fundamental da pessoa humana[8].

Assim, o art. 15 da Declaração Universal dos Direitos do Homem tratou da temática, aduzindo que: O Estado não pode, arbitrariamente, privar o indivíduo de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.[9]

A mesma norma dita anteriormente foi repetida pelo art. 20 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, acrescentando-se apenas uma regra. Veja-se:

Artigo 20. Direito à nacionalidade

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.
2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra.
3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudá-la.

No mesmo sentido, o art. 24, parágrafo 3, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos afirma que: “ toda criança terá o direito de adquirir uma nacionalidade”.

Apesar de não estar expresso, é costume geral do Direito Internacional que os filhos de indivíduos que são agentes do Estado, como os diplomatas, por exemplo, adquiram, ao nascer, a nacionalidade dos pais, haja vista a presunção de que haverá maior vínculo com o Estado da nacionalidade dos genitores[10].

Por fim, é princípio do Direito Internacional Público de que o Estado deve garantir o direito de seu nacional entrar e permanecer no território cuja nacionalidade detém. Como consequência, vários países adotam a regra de vedação à pena de banimento, inclusive o Brasil, que a prevê como direito fundamental, conforme dicção do art. 5º, XIVII, “d”, da Constituição Federal de 1988.[11]

4. Formas de aquisição da nacionalidade

Há duas espécies de aquisição de nacionalidade. A primeira mencionada pela doutrina é a nacionalidade originária, que é aquela oriunda do nascimento do

indivíduo. Além disso, há também a nacionalidade adquirida, compreendida como aquela que resulta da mudança da nacionalidade primária ou das que a esta sucederam.[\[12\]](#)

Os dois critérios mais comuns adotados pelos países para aquisição originária da nacionalidade são o *jus sanguinis* (direito do sangue) e o *jus solis* (direito do solo). O primeiro atribui a nacionalidade aos indivíduos que são descendentes de nacionais. Já o segundo, adota o espaço territorial para conferir o direito de nacionalidade, ou seja, quem nasce no país será nacional, independentemente da nacionalidade de seus genitores. Finalmente, há alguns países que adotam o sistema misto ou eclético, já que utilizam os dois critérios conjuntamente (*jus solis e jus sanguinis*).[\[13\]](#)

Comentando sobre o critério *jus sanguinis*, Mazzuoli afirma que:

O critério do *jus sanguinis* é bastante peculiar em países de **emigração**, que pretendem sempre manter um vínculo com seus descendentes (o emigrante e sua família), na busca da proteção dos interesses nacionais. Na verdade, o que tais países temem é o êxodo como causa de despovoamento e debilitação industrial e militar. São exemplos de países que adotam tal critério a Alemanha, Áustria, Romênia, Hungria e Itália, nos quais se busca dar aos filhos de seus emigrantes a condição de seu nacional [grifos do autor][\[14\]](#)

Já quanto ao critério *jus solis*, traz o seguinte ensinamento:

Este processo, particularmente adotado em países de **imigração**, impõe a nacionalidade estatal a todos quantos nascerem **em seu território**, rechaçando o critério determinado pela filiação [...]. Sua origem vem desde o sistema feudal, em que vigorava a regra segundo a qual pertencia a determinado feudo quem dentro dele nascesse. O motivo de a regra dos *jus soli* ter se sedimentado nos países de imigração está ligado ao fato de tais países serem países novos, nos quais se impera a necessidade de formação de uma massa demográfica nacional, tendo por isso sido

adotado com preponderância nos países do Continente Americano [grifos do autor][\[15\]](#)

Hildebrando Accioly comenta que, na Constituição do Império (1824), adotou-se o critério do *jus solis* no art 6º ao estipular que: “ São cidadãos brasileiros os que no Brasil tiverem nascido, que sejam ingênuos ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua nação”. Além disso, ao afirmar que seriam brasileiros: “os filhos de pai brasileiro, e os legítimos de mãe brasileira, nascidos em país estrangeiro, que vierem estabelecer domicílio no Império”, configurou-se, parcialmente, o critério do *jus sanguini*, apesar de exigir, concomitantemente, o *jus domicilii* para aquisição da nacionalidade brasileira.[\[16\]](#)

Sobre o critério do *jus domicilli* adotado na Constituição de 1824, Jacob Dolinger defende que o domicílio deveria ser critério autônomo para aquisição da nacionalidade, defendendo, portanto, uma forma de “usucapião aquisitivo”, para quem for domiciliado, por certo período de tempo, em determinado país. No entanto, tratando-se especificamente de Brasil, não se adota, na atual Constituição Federal (1988), o domicílio como forma autônoma de adquirir a nacionalidade originária, sendo utilizado apenas como um dos elementos para tanto, o que ocorre na hipótese do art. 12, I, “c”, a qual trata dos filhos de brasileiros que nascem no exterior e que vêm residir no Brasil. Para a aquisição de nacionalidade secundária, o entendimento é diverso, visto que pode, efetivamente, tornar-se elemento assegurador da nacionalização (artigo 12, II, b)[\[17\]](#)

4.1. Nacionalidade na Constituição de 1988

Trata-se, a partir deste momento, sobre a nacionalidade na Constituição Federal de 1988. Primeiramente, menciona-se o brasileiro nato para, após, efetuar considerações sobre o brasileiro naturalizado.

4.1.1 Nacionalidade originária (brasileiro nato)

A regulação da forma de aquisição da nacionalidade originária se encontra na Constituição Federal, dado a importância do tema, haja vista que se trata de temática referente à soberania. A CF/88 confere o status de brasileiro nato o detentor da nacionalidade primária[\[18\]](#).

Assim, a Constituição Federal estipula as hipóteses de nacionalidade originária em seu artigo 12, I. Veja-se:

Art. 12. São brasileiros:

I - natos:

a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;

b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 54, de 2007](#))

Na alínea “a”, consagrou-se o critério do *jus solis*, já que considera Brasileiro nato aquele “nascido na República Federativa do Brasil”, independentemente da nacionalidade de seus pais, excetuando os filhos de estrangeiros que estejam a serviço de seu país.^[19]

É importante consignar que a exceção imposta na alínea “a” deve ser compreendida como configurada somente quando ambos os pais estejam a serviço da nação estrangeira cuja nacionalidade possuam. Dessa forma, por exemplo, o filho de um egípcio que cuidasse no Brasil da representação do Catar ou de Omã seria brasileiro e não egípcio.^[20]

A alínea “b” consagra o critério do *jus sanguinis*. Resta saber, entretanto, qual o significado da expressão “à serviço da República Federativa do Brasil”. Para Ilmar Penna Marinho:

Por serviço do Brasil não se deve entender unicamente a missão de que se desincumbe o Chefe do Estado, o Ministro, o Diplomata, ou o Cônsul. Embora sem a relevância destas, as modestas funções de datilógrafo, de auxiliar de arquivista, de técnico que vai inspecionar navios, munições ou outra qualquer

compra do Estado, se compreendem, também, na espécie.[\[21\]](#)

Por último, temos hipótese da alínea “c” que foi, recentemente, alterada pela EC 54/2007. Há também, nessa hipótese, a adoção do critério *jus sanguinis*.[\[22\]](#)

Na análise do dispositivo, percebe-se que há duas possibilidades distintas: A primeira possibilidade que existe é registrar o filho nascido no exterior em repartição consular brasileira. A outra se refere ao indivíduo que nasceu no exterior, mas que não realizou o registro no consulado. Nesse caso, exige-se que o interessado venha República Federativa do Brasil, antes ou depois da maioridade, com o intuito de residir no país e que opte, a qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira.[\[23\]](#)

Quanto à opção referida acima, esta deve ser realizada na Justiça Federal, conforme preceitua o art. 109, X, da CF/88, *verbum ad verbum*[\[24\]](#).

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

[...]

X – [...] as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

4.1.2 Nacionalidade adquirida (brasileiro naturalizado)

A naturalização é a forma de aquisição de nacionalidade derivada, sendo prevista na CF/88 no artigo 12, II. Confira-se:

Art. 12. São brasileiros:

[...]

II - naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade

brasileira. ([Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994](#))

Percebe-se que na alínea “a”, primeira parte, a Constituição Federal afirma que são brasileiros naturalizado aqueles que “ na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira”. Trata-se da naturalização ordinária.

A Lei que regula a naturalização no Brasil é a 6.815/80 – Estatuto do Estrangeiro –, prevendo os diversos requisitos para a aquisição da nacionalidade secundária. Note-se que o tempo de residência contínua exigido, em regra, é de 4 anos, conforme o inciso IV do art. 112, *in verbis*:

Art. 112. São condições para a concessão da naturalização: ([Renumerado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81](#))

- I - capacidade civil, segundo a lei brasileira;
- II - ser registrado como permanente no Brasil;
- III - residência contínua no território nacional, pelo prazo mínimo de quatro anos, imediatamente anteriores ao pedido de naturalização;
- IV - ler e escrever a língua portuguesa, consideradas as condições do naturalizando;
- V - exercício de profissão ou posse de bens suficientes à manutenção própria e da família;
- VI - bom procedimento;
- VII - inexistência de denúncia, pronúncia ou condenação no Brasil ou no exterior por crime doloso a que seja cominada pena mínima de prisão, abstratamente considerada, superior a 1 (um) ano; e
- VIII - boa saúde.

Já o artigo 113 da mesma Lei, reduz os prazos de residência no Brasil nas seguintes condições:

Art. 113. O prazo de residência fixado no artigo 112, item III, poderá ser reduzido se o naturalizando preencher quaisquer das seguintes condições: ([Renumerado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81](#))

- I - ter filho ou cônjuge brasileiro;
- II - ser filho de brasileiro;

III - haver prestado ou poder prestar serviços relevantes ao Brasil, a juízo do Ministro da Justiça;

IV - recomendar-se por sua capacidade profissional, científica ou artística; ou

V - ser proprietário, no Brasil, de bem imóvel, cujo valor seja igual, pelo menos, a mil vezes o Maior Valor de Referência; ou ser industrial que disponha de fundos de igual valor; ou possuir cota ou ações integralizadas de montante, no mínimo, idêntico, em sociedade comercial ou civil, destinada, principal e permanentemente, à exploração de atividade industrial ou agrícola.

Parágrafo único. A residência será, no mínimo, de um ano, nos casos dos itens I a III; de dois anos, no do item IV; e de três anos, no do item V.

É importante salientar que a concessão de naturalização, nos moldes previsto no Estatuto do Estrangeiro, é ato discricionário, competindo somente ao Poder Executivo, operando-se, por meio de uma portaria do Ministro da Justiça. Nesse sentido, o artigo 121 o Estatuto do Estrangeiro estabelece que: “A satisfação das condições previstas nesta Lei não assegura ao estrangeiro o direito à naturalização.”^[25]

Na segunda parte, da alínea do artigo 12, I, “a”, da CF/88, percebe-se que para os originários de países de língua portuguesa é necessário apenas reputação ilibada e residência por um ano ininterrupto. Os países de língua oficial portuguesa são Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor Leste.

O artigo 12, I, “b”, trata da naturalização extraordinária em que são exigidos 15 anos ininterruptos de residência na República Federativa do Brasil e que não haja condenação penal. É necessário, contudo, o requerimento do interessado na naturalização extraordinária, não se operando, assim, automaticamente.

Segundo José Afonso da Silva, se forem cumpridos todos os requisitos, o interessado possui direito subjetivo à naturalização extraordinária.^[26]

Por fim, vale ressaltar que o foro competente para julgar as causas referentes à naturalização é a Justiça Federal (CF, art. 109, X).

Eventual recurso deve ser direcionado ao Tribunal Regional Federal, *ex vi* o disposto no artigo 108, II, da CF/88.

5. Perda da nacionalidade brasileira adquirida e a decisão do STF no RMS 27.840/DF

Conforme o artigo 12, § 4º, I, a nacionalidade adquirida pode ser perdida em razão de sentença judicial por atividade nociva ao interesse nacional, sendo denominada pela doutrina como perda - punição[27]. Confira-se:

Art. 12. São brasileiros:

[...]

§ 4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;

A ação de cancelamento de naturalização é proposta pelo Ministério Público Federal, pressupondo, para a efetiva perda da nacionalidade derivada, o trânsito em julgado da sentença, que tem efeitos somente *ex nunc*, não retroagindo, portanto.[28]

Além dessa hipótese, o Estatuto do Estrangeiro prevê no artigo 112, § 2º e 3º que é considerado nulo o ato de naturalização do estrangeiro, se for, a qualquer tempo, verificada a falsidade ideológica ou material dos requisitos exigidos pelos arts. 113 e 114 da Lei. Essa nulidade se processaria por meio de processo administrativo, no Ministério da Justiça, de ofício ou mediante representação fundamentada, concedido ao naturalizado, para defesa, o prazo de 15 dias, contados da notificação.

Segundo Rezek, caberia ao Presidente da República, por meio de decreto, anular a requisição fraudulenta da qualidade de brasileiro.[29]

No entanto, o STF, no RMS 27.840/DF, em que se discutia a possibilidade do Ministro da Justiça, por meio de ato administrativo, anular a naturalização por omissão da existência de condenação judicial anterior, decidiu que apenas o Poder Judiciário seria competente para anular a naturalização no caso

de falsidade ideológica ou material na requisição da naturalização, haja vista o artigo 12, § 4º, I, da CF/88. Dessa forma, assentou-se a não recepção do art. 112, § 2º e 3º, da Lei 6.815/80.

Transcreve-se, nesse ponto, a ementa do julgado:

NATURALIZAÇÃO – REVISÃO DE ATO –
COMPETÊNCIA. **Conforme revela o inciso I do § 4º do artigo 12 da Constituição Federal, o Ministro de Estado da Justiça não tem competência para rever ato de naturalização.** (RMS 27840, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 26-08-2013 PUBLIC 27-08-2013) [grifos nossos]

Além disso, o STF, na decisão, asseverou que é meramente exemplificativa a hipótese de cancelamento da naturalização pela “atividade nociva ao interesse nacional”, prevista no artigo 12, § 4º, I, da CF/88, prevendo, portanto, a constitucionalidade da perda de nacionalidade adquirida prevista no Estatuto do Estrangeiro, desde que realizada por meio de sentença judicial.

Assim, com o mencionado julgado acima, o Supremo Tribunal Federal privilegiou a nacionalidade, tendo em vista que “a possibilidade de um cidadão se tornar apátrida é extremamente danosa, tanto à sua pessoa como à própria ordem internacional, que não envida esforços para sempre reduzir os casos de apatridia existentes”.[\[30\]](#)

6. Conclusão

O direito de nacionalidade é tema de estudo do Direito Internacional Público pela preocupação da sociedade internacional com indivíduos sem pátria, já que, conforme a Assembleia Geral das Nações Unidas, é considerado direito fundamental.

Obedecendo à convenção de Haia, a qual estabelece que os Estados devem estabelecer as normas que regularão a respectiva nacionalidade, a Constituição Federal estipula um sistema misto de aquisição de nacionalidade

originária (*jus sanguinis e jus solis*), além de admitir a possibilidade de naturalização, desde que atendidos os requisitos do artigo 112 do Estatuto do Estrangeiro (naturalização ordinária) ou fixe residência por, no mínimo, 15 anos na República Federativa do Brasil e não possua condenação criminal (naturalização extraordinária).

Tratando da temática da perda da nacionalidade secundária, o STF, por meio da decisão no RMS 27.840, deu preferência à manutenção da nacionalidade, ao decidir que somente por meio de sentença judicial é possível anular a naturalização realizada com falsidade ideológica ou material, não recepcionando os dispositivos do Estatuto do Estrangeiro, que previam somente um procedimento administrativo para tal desiderato.

Dessa forma, o Pretório Excelso atuou em conformidade com o princípio geral do Direito Internacional que evita que os casos de apátridas se somem, pelo prejuízo que causa à dignidade humana, haja vista que a maioria dos direitos previstos nas ordens jurídicas são concedidos a nacionais, como, por exemplo, o direito de voto no Brasil (CF/88, 14, § 2º).

7. Referências

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. **Curso de Direito Internacional Público**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARRUDA, Lucila Carla Squina Albertini; VILELA, Danilo Vieira. O Regime Jurídico do Direito à Nacionalidade na Constituição da República Federativa do Brasil. *Revista Virtual Direito Brasil*, v. 7, n. 1. 2013. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav71/alunos/da.pdf>. Acesso em 16 de jan. 2016.

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

BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF,

19 de ago. 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6815.htm. Acesso em: 18 de jan. 2016.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 18 jan. 2016.

GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 7. ed. Bahia: Juspodivm, 2015.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NOTAS:

[1] GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 282.

[2] REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 212-213.

[3] PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 7. ed. Bahia: Juspodivm, 2015. p 287.

[4] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**.9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p 741.

[5] PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 7. ed. Bahia: Juspodivm, 2015. p. 287.

[6] Ibid., p. 287.

[7] Ibid., p. 288.

[8] REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 216

[9] Ibidem, p. 214.

[10] PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 7. ed. Bahia: Juspodivm, 2015. p. 289.

[11] Ibid., p. 289-290.

[12] GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 282.

[13] ARRUDA, Lucila Carla Squina Albertini; VILELA, Danilo Vieira. O Regime Jurídico do Direito à Nacionalidade na Constituição da República Federativa do Brasil. *Revista Virtual Direito Brasil*, v. 7, n. 1. 2013. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav71/alunos/da.pdf>. Acesso em 16 de jan. 2016.

[14] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**.9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p 750.

[15] Ibid., p. 750.

[16] ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p 530.

[17] DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: Parte Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 162-163. Apud. ARRUDA, Lucila Carla Squina Albertini; VILELA, Danilo Vieira. O Regime Jurídico do Direito à Nacionalidade na Constituição da República Federativa do Brasil. *Revista Virtual Direito Brasil*, v. 7, n. 1. 2013. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav71/alunos/da.pdf>. Acesso em 16 de jan. 2016.

[18] PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 7. ed. Bahia: Juspodivm, 2015. p. 294.

[19] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**.9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 755.

[20] REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 220-221.

[21] MARINHO, Ilmar Penna. **Tratado sobre Nacionalidade**. Rio de Janeiro, 1957, III, p. 206. Apud. ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. **Curso de Direito Internacional Público**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 70.

[22] PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 7. ed. Bahia: Juspodivm, 2015. p. 294.

[23] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 762

[24] Ibid., p. 765.

[25] PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 7. ed. Bahia: Juspodivm, 2015. p. 296.

[26] SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 2011. Apud. ARRUDA, Lucila Carla Squina Albertini; VILELA, Danilo Vieira. O Regime Jurídico do Direito à Nacionalidade na Constituição da República Federativa do Brasil. *Revista Virtual Direito Brasil*, v. 7, n. 1. 2013. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav71/alunos/da.pdf>. Acesso em 16 de jan. 2016.

[27] BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 858.

[28] Ibid., p. 858.

[29] REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 222.

[30] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 777.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO POR CONCESSIONÁRIA: ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE INTERRUÇÃO DO SERVIÇO POR INADIMPLEMENTO DO USUÁRIO E A POSIÇÃO DO STJ

RAFAEL JOSÉ FARIAS SOUTO: Advogado, especialista em Direito Público com pós-graduação pela Universidade Anhuera.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho cinge-se à controvérsia que tange ao instituto da interrupção do fornecimento de serviços públicos, quando o usuário deixa de pagar o preço que é devido por tal fornecimento. Analisar-se-á, portanto, o princípio da continuidade da prestação do serviço público diante do inadimplemento do usuário.

2. DESENVOLVIMENTO

A título inicial, e apesar da dificuldade apontada pela doutrina para chegar-se a uma definição precisa, pode-se dizer que serviço público é uma atividade atribuída ao Estado pela lei, a que deverá ser prestada direta ou indiretamente, por um regime total ou parcialmente público.

Maria Sylvia di Pietro define serviço público como, *ipsis litteris*:

“toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente de direito público”^[1].

Antes de desenvolver o tema do presente trabalho, ainda, é importante ressaltar que a doutrina costuma elencar como princípios regentes da prestação do serviço público as características apresentadas como de um serviço adequado presentes no §1º do art. 6º da Lei n. 8.987/1995, *in verbis*:

Art. 6º, §1º - Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Assim, consideram-se os seguintes: regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Especificamente acerca do princípio da continuidade, leciona Carvalho Filho:

“Esse princípio indica que os serviços públicos não devem sofrer interrupção, ou seja, sua prestação deve ser contínua para evitar que a paralisação provoque, como às vezes ocorre, colapso nas múltiplas atividades particulares.”^[2]

Em que pese a necessidade da manutenção da continuidade do serviço público, muitas vezes o curso do fornecimento de certos serviços é interrompido, ante o inadimplemento dos usuários. A legalidade da interrupção do serviço não é algo pacífico na doutrina, havendo que se falar primordialmente em três correntes doutrinárias diferentes a respeito da possibilidade de interrupção do serviço público por inadimplemento do usuário.

Parcela dos doutrinadores, dentre os quais se cita Rizzatto Nunes, entende ser incabível a interrupção na prestação do serviço público, entende que absolutamente todos os serviços públicos são essenciais. Considera, assim, ser indevida a interrupção do serviço público, por tratar-se de uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, dado que se dispõe de instrumentos processuais hábeis para fazer valer o direito de crédito do prestador do serviço.

Ao seu turno, José Geraldo Brito Filomeno, como integrante de outra corrente doutrinária, leciona ser cabível a interrupção, dada a existência de dispositivo legal nesse sentido:

Art. 6º, §3º da Lei n. 8.987/1995 – Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

- I- Motivada por razões de ordem técnica ou de seguranças das instalações; e,
- II- Por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Prossegue no sentido de que, diante do fato de a gratuidade não ser presumida, em não havendo lei (ou não decorrendo a gratuidade de contrato), não é possível prestar-se um serviço sem a contraprestação do usuário: a boa prestação do serviço perante a coletividade deve prevalecer sobre o interesse do particular inadimplente.

A terceira e última corrente, defendida pelos ilustres José dos Santos Carvalho Filho e Marçal Justen Filho, distingue os serviços compulsórios e facultativos. Serviços com a conotação de facultativos seriam aqueles objetos da relação de consumo, sendo remunerados por tarifa (natureza de preço público), segundo a visão majoritária do Superior Tribunal de Justiça. Aos serviços remunerados por tributos (taxas) não existiria tal facultatividade (e, sim, compulsoriedade), dispondo a Fazenda de mecanismos privilegiados para a cobrança da dívida através da execução fiscal.

Na jurisprudência, pode-se dizer que o entendimento do STJ é majoritariamente na esteira de ser possível a interrupção, havendo, contudo, determinados casos em que tal revela-se indevida. São elas: quando o corte do serviço afetar unidades públicas em que se desenvolvem atividades essenciais, tais como escolas, hospitais públicos, usinas (REsp 460.271/SP); quando afetar interesses inadiáveis da coletividade (em tratando-se, por exemplo, da segurança pública, direito à vida), ao envolver situações especiais relacionadas à dignidade da pessoa humana, alegação de fraude unilateral no medidor ou, finalmente, quando envolver dívidas pretéritas (AgRg no Ag n. 1.401.587/RS).

3. CONCLUSÃO

Nesse sentido, muito embora existam até julgados sobre a matéria por parte dos tribunais, deve-se buscar conciliar a maior gama de princípios constitucionais em caso de inadimplemento do consumidor, o que equivale dizer que, mesmo que, por exemplo, um município esteja inadimplente no que se refere ao pagamento de uma conta de energia, não deve ser cortada a energia dos hospitais, numa clara prevalência do direito à vida sobre o direito de crédito do prestador de serviço.

Conquanto seja o posicionamento majoritário da doutrina no sentido de possibilitar a interrupção na prestação do serviço, este autor acredita que deve ser averiguada a urgência e necessidade do serviço em questão, além do déficit que seu inadimplemento perfaz em prol do comprometimento do serviço perante o restante da população. Caso seu inadimplemento seja, de fato, suficiente para comprometer o bom funcionamento do serviço para terceiros, semelhante ao que propõe o Professor Fabrício Bolzan, deve-se, sim, proceder-se com a interrupção em nome do interesse da coletividade. Se, contudo, sua inadimplência for insuficiente para tal, e, verificar-se a essencialidade do serviço para o usuário e sua família (ponderação

entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito ao crédito), deve-se procurar garantir o crédito por outros meios.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CUNHA JR, DIRLEY. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direito do Consumidor**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 1993.

NOTAS:

[1] PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**, 1993, Atlas, p. 80.

[2] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 2012, Atlas, p. 331.