

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 832

(Ano IX)

(16/12/2017)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2017

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



14/12/2017 Eduardo Luiz Santos Cabette
» [Crimes Militares e a Lei 13491/17 em relação ao direito intertemporal](#)

ARTIGOS

- 15/12/2017 Maria Eduarda Andrade e Silva
» [Breves comentários à recomendação ministerial disciplinada pela Resolução n. 164, de 28.03.2017 do CNMP](#)
- 15/12/2017 Pedro Henrique Azevedo Lopes Ferreira
» [Das origens do constitucionalismo ao pós-positivismo: o desenvolvimento do Estado Constitucional e do sistema de garantia de direitos](#)
- 15/12/2017 Giovani Neves
» [Imposto sobre valor agregado: estudo sobre benefícios da reforma tributária brasileira com implantação do iva](#)
- 15/12/2017 Alex Rodrigues Freitas
» [O refúgio: crise mundial e a participação do Brasil na proteção aos refugiados](#)
- 14/12/2017 Leonardo de Sales Dias
» [O Software via download e o Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços \(ICMS\)](#)
- 14/12/2017 Paulo Byron Oliveira Soares Neto
» [Direito Administrativo](#)
- 14/12/2017 Romero Solano de Oliveira Magalhaes
» [Prazo prescricional para redirecionamento da execução fiscal para sócios](#)
- 14/12/2017 Antonio de Jesus Trovão
» [Parte sete: A Democracia](#)
- 13/12/2017 Edilia Gama Pimentel

» [Perfil criminológico dos assassinos em série e as implicações jurídico-penais](#)

13/12/2017 Danillo Vilar Pereira

» [Restos a pagar e sua utilização frente a termos aditivos e reajustes no valor contratual](#)

13/12/2017 André Luis Prado

» [Mulheres e o mercado de trabalho - uma lenta evolução.](#)

13/12/2017 Paulo Byron Oliveira Soares Neto

» [Comentários acerca dos deveres do advogado dispostos no Código de Ética e Disciplina da OAB artigos 9º ao 26.](#)

12/12/2017 Romero Solano de Oliveira Magalhaes

» [A atuação irregular dos sócios como fundamento do redirecionamento do feito executivo fiscal](#)

12/12/2017 Rafael Tawaraya Gualberto de Carvalho

» [Normas jurídicas: princípios, regras e postulados](#)

12/12/2017 Romero Solano de Oliveira Magalhaes

» [A prescrição intercorrente no processo de execução fiscal como causa de extinção do crédito tributário](#)

12/12/2017 Carlos Cristiano Cordeiro Cabral

» [Alienação Parental e seus desdobramentos judiciais, sociais e psicológicos](#)

12/12/2017 Danillo Vilar Pereira

» [Fundo de Saúde do Exército e cadastramento de dependentes: legalidade da limitação temporal](#)

12/12/2017 Paulo Byron Oliveira Soares Neto

» [Comentários acerca dos deveres do advogado dispostos Código de ética e disciplina da OAB art. 2º](#)

11/12/2017 Romero Solano de Oliveira Magalhaes

» [A remuneração do particular delegatário nos contratos de concessão com o poder público](#)

11/12/2017 Gabriel Leal Barbosa Silva

» [UBER x motorista: possibilidade de configuração de relação de emprego](#)

11/12/2017 Danillo Vilar Pereira

» [Militar reintegrado judicialmente na condição de adido para tratamento da saúde e cômputo do tempo de efetivo serviço militar](#)

11/12/2017 João Nunes de Viveiros Neto

» [Redirecionamento da execução fiscal em face de administradores com fundamento no artigo 134 do CTN](#)

11/12/2017 Rita Ferreira da Silva Alves

» [ECA- Estatuto da Criança e do Adolescente /maioridade penal?](#)

11/12/2017 Paulo Byron Oliveira Soares Neto

» [Comentários acerca das infrações e sanções disciplinares dispostas no estatuto da advocacia e da OAB em seu artigo 34.](#)

CRIMES MILITARES E A LEI 13491/17 EM RELAÇÃO AO DIREITO INTERTEMPORAL

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

O surgimento no cenário nacional da Lei 13.491/17, com ingentes alterações na competência da Justiça Militar, tem gerado uma série de questionamentos.

De início, emergiu a impressão açodada de que simplesmente se faria o transplante de todos os feitos em andamento pela Justiça Comum Estadual ou Federal para a Justiça Militar, sem consideração de qualquer questão quanto ao direito intertemporal e à natureza jurídica das normas alteradas.

Em sensato artigo a respeito dessa temática, Fernando Galvão foi um dos pioneiros em seu enfrentamento. O autor identificou a natureza material da norma do Código Penal Militar, já que estabelece a definição do que sejam crimes militares. Nesse passo, Galvão entende que o deslocamento para a Justiça Militar somente se poderá dar se não houver agravamento da situação do réu. Caso contrário, fatos ocorridos antes da promulgação da Lei 13.491/17 prosseguiriam em andamento pela Justiça Comum. [\[1\]](#)

Por seu turno, em vídeo – aula sobre o mesmo tema, Renato Brasileiro apresenta o entendimento de que a norma em destaque seria de natureza puramente processual penal e, portanto, regida pela regra do “tempus regit actum”, ou seja, teria aplicação imediata para todos os processos em curso e vindouros, bem como Inquéritos Policiais. Não seria de se apurar se há benefício ou malefício ao réu com o deslocamento. A regra de competência deveria ser cumprida. Caberia sim, ao Juiz Militar

verificar, no caso concreto da aplicação da norma penal em voga, se esta configura “novatio legis in pejus” ou “in mellius”. Ou seja, a regra de competência seria aplicada de imediato, inclusive para casos anteriores. No Juízo Castrense é que se avaliaria qual norma material deveria ser aplicada. [2]

Entende-se que razão assiste a Fernando Galvão. A norma do artigo 9º., do CPM, embora estabeleça a competência “ratione materiae” da Justiça Castrense, também, concomitantemente, define os crimes militares. Então, num primeiro lançar de olhos, trata de matéria estritamente processual penal (competência), mas num segundo momento, elabora o conceito de crime militar e regula a aplicação do Código Penal Militar, abrangendo inclusive penas, excludentes, agravantes, atenuantes etc. Portanto, também tem o caráter de norma penal. Trata-se, em suma, daquilo que se tem convencionado chamar de “norma híbrida”, ou seja, ao mesmo tempo material e formal.

Conforme leciona Avena:

“Normas mistas ou híbridas são aquelas que apresentam duplicidade de caráter, vale dizer, incorporam tanto um conteúdo processual quanto um conteúdo material. A relevância desta constatação repercute diretamente no aspecto relacionado à eficácia da lei no tempo. Isto porque, detectada a natureza mista no âmbito de um determinado regramento, será inevitável, no aspecto relativo ao seu conteúdo material, o reconhecimento da retroatividade em relação a atos já realizados ou decisões já consumadas. (...) Nas primeiras, com efeito, a norma possui uma determinada natureza (material ou processual), em que pese se encontre incorporada a diploma de caráter distinto. É o caso, por exemplo, do direito de silêncio do réu em seu interrogatório, que, a despeito de sua previsão no Código de Processo Penal (art. 186), possui caráter nitidamente assecutório de direito (material). Já nas

segundas, a normas apresentam dupla natureza, vale dizer, material em uma determinada parte e processual em outra. Como exemplo de disposição híbrida, cuja interpretação ainda hoje é objeto de impasse entre os tribunais pátrios, menciona-se o art. 366 do CPP, modificado pela Lei 9.271/1996, dispondo que “se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312”. Precitado artigo, como se vê, insere conteúdos distintos: - Conteúdo processual no aspecto em que determina a suspensão no processo ao réu, que, citado por edital, não compareceu ao interrogatório e nem nomeou defensor. Neste enfoque, a carga é nitidamente processual, pois relativa ao fluxo procedimental. Não há dúvidas de que aspectos pertinentes à prescrição possuem natureza material – tanto que regulado este instituto no âmbito do Código Penal, sendo lá previstas, também, as causas interruptivas (art. 117) e suspensivas (v.g., art. 116, I) do lapso prescricional. Considerada, pois, essa duplicidade de conteúdo inserta em uma mesma norma, muitas dúvidas surgiram quanto à possibilidade da sua retroatividade para alcançar fatos anteriores à sua vigência. De uma forma geral, consolidou-se a jurisprudência que, no tocante ao aspecto processual (suspensão do processo), não cabe a retroatividade da norma em face da regra *tempus regit actum*. Por outro lado, relativamente à suspensão do prazo prescricional, apesar de tratar de aspecto material inserto à norma, sua retroatividade importaria em causar prejuízo ao réu, já que importa no estabelecimento da

imprescritibilidade do crime enquanto não tomar o réu conhecimento formal da acusação”. [3]

Na visão de Brasileiro, a questão se resumiria a tratar-se de uma “norma heterotópica”, ou seja, alocada no Código Penal Militar mas, na verdade, tratando de matéria processual. Portanto, advoga o estudioso que a norma seria processual e seu caráter penal ou material seria tão somente aparente, devido a uma questão de topografia.

Esse fenômeno de normas heterotópicas é existente, mas, para que realmente se configure, mister se faz que a referida norma legal não tenha caráter misto ou híbrido, trate realmente de um tema processual *ou* penal (jamais processual e penal), estando alocada num diploma diverso de sua natureza.

O que ocorre no caso da definição de crime militar e sua utilização para o estabelecimento da competência da Justiça Militar não é o fenômeno do heterotopismo, acenado por Brasileiro. Trata-se, isto sim, da presença de uma norma de caráter misto ou híbrido, esteja ela prevista onde quer que seja (note-se que Avena chama a atenção para a irrelevância de onde esteja a norma prevista, pois o que importa são as matérias por ela tratadas de forma concomitante, tornando-a mista ou híbrida – vide supra).

Sendo uma norma híbrida, como ficaria a sua aplicação aos casos já em andamento, ocorridos, portanto, antes de sua vigência?

A regra para a atuação das normas processuais é a aplicação imediata aos atos a serem praticados no processo em andamento (sistema do isolamento dos atos processuais). Mas, a norma para as leis de caráter penal é a vedação de sua retroação quando prejudiciais ao réu.

Surgiram então três posições doutrinárias:

a) Divisão da norma em duas partes – Aplica-se a parte processual de imediato e a parte penal somente pode ser aplicada aos crimes cometidos após a entrada da lei em vigor. Haveria a alteração da

competência e, na Justiça Castrense, seria aplicada a norma penal mais benéfica, de acordo com o Código Penal Militar e a Legislação Penal em geral (posição defendida por Renato Brasileiro, embora com a argumentação de que haveria uma norma heterotópica e não mista ou híbrida - vide supra).

b)Aplicação por inteiro da norma – A norma não pode ser cindida. Deveria ser aplicada por inteiro a todos os casos, anteriores e posteriores, pois que num computo geral a alteração de competência seria mais benéfica. Essa visão não se sustentaria de forma alguma em todos os casos.

c)A norma não pode ser dividida, mas também não pode ser aplicada aos casos anteriores à sua vigência sempre que contiver matéria penal prejudicial que deve prevalecer quando à aplicação da norma no tempo. Este tem sido o entendimento predominante e que, no nosso parecer, corroborando a posição de Galvão, deve ser aplicado às alterações promovidas no conceito de crime militar e nas regras de competência da Justiça Militar pela Lei 13.491/17.

Em se tratando de norma híbrida, o caráter material deve prevalecer para estabelecimento de sua retroatividade ou não. Assim sendo, cada caso concreto deverá ser cuidadosamente analisado, de modo que a norma deverá ser aplicada em sua inteireza, sem a criação de uma “lex tertia” . Não é, portanto, cabível a alteração da competência e a aplicação, na Justiça Militar da norma mais benéfica. Se o caráter material (penal) for mais benéfico na Justiça Comum, então ali deverá permanecer o feito e ser aplicada a lei “in totum”, sem divisão. Se o deslocamento para a Justiça Castrense não importar em prejuízo ao réu sob o aspecto material (penal), então este deverá ser levado a efeito. Obviamente, nos casos ocorridos posteriormente à entrada em vigor da nova lei, a competência será da Justiça Militar sem levar em consideração se há “lex mitior” ou “lex gravior”.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematizado. São Paulo: Método, 2013.

BRASILEIRO, Renato. Nova Competência da Justiça Militar – Lei 13.491/17. Disponível em www.youtube.com.br , acesso em 02.12.2017.

GALVÃO, Fernando. Natureza material do dispositivo que amplia o conceito de crime militar e o deslocamento dos inquéritos e processos em curso na justiça comum para a justiça militar. Disponível em <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/23/Natureza-material-do-dispositivo-que-amplia-o-conceito-de-crime-militar-e-o-deslocamento-dos-inqu%C3%A9ritos-e-processos-em-curso-na-Justi%C3%A7a-Comum-para-a-Justi%C3%A7a-Militar> , acesso em 02.12.2017.

NOTAS:

[1] GALVÃO, Fernando. Natureza material do dispositivo que amplia o conceito de crime militar e o deslocamento dos inquéritos e processos em curso na justiça comum para a justiça militar. Disponível em <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/23/Natureza-material-do-dispositivo-que-amplia-o-conceito-de-crime-militar-e-o-deslocamento-dos-inqu%C3%A9ritos-e-processos-em-curso-na-Justi%C3%A7a-Comum-para-a-Justi%C3%A7a-Militar> , acesso em 02.12.2017.

[2] Cf. BRASILEIRO, Renato. Nova Competência da Justiça Militar – Lei 13.491/17. Disponível em www.youtube.com.br , acesso em 02.12.2017.

[3] AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematizado. São Paulo: Método, 2013, p. 42- 43.

BREVES COMENTÁRIOS À RECOMENDAÇÃO MINISTERIAL DISCIPLINADA PELA RESOLUÇÃO N. 164, DE 28.03.2017 DO CNMP

MARIA EDUARDA ANDRADE E SILVA:
Bacharela em Direito pela Universidade de Brasília.

RESUMO: O presente artigo objetiva comentar a Resolução n. 164, de 28 de março de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, que disciplinou a Recomendação – expediente que representa um importante instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público. Anteriormente à atual disciplina, havia superficial e breve menção à Recomendação no art. 15 da Resolução n. 23, de 17 de setembro de 2007, do CNMP, o qual restou revogado pelo novo diploma interno. Ante a importância que possui hoje a postura resolutiva do Parquet, a Resolução contribuiu sobremaneira para o incremento de segurança jurídica, sobretudo para a autoridade destinatária da Recomendação, ao delimitar o procedimento a ser adotado pelo Ministério Público. Será utilizada metodologia dedutiva e pesquisa teórica (bibliográfica), qualitativa e descritiva.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos transindividuais. Ministério Público. Recomendação. Resolutividade. Persuasão.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Papel do Ministério Público na defesa dos direitos coletivos. 3. Os instrumentos extrajudiciais de defesa dos direitos coletivos lato sensu no âmbito do Ministério Público. 4. A Resolução n. 164, de 28 de março de 2017: principais aspectos. 5. Conclusões. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Recomendação é um instrumento utilizado pelo Ministério Público em sua atuação extrajudicial que visa obter a melhoria de serviço público ou de relevância social e o respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa caiba ao Parquet, sendo dirigida a pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas e que, através da persuasão ou convencimento, pretende prevenir ou reparar dano ou ilícito.

Seu fundamento legal repousa no art. 27, IV da Lei 8.625/93 e, no âmbito do MPU, no art. 6º, XX da LC 75/93.

Recentemente, a Resolução n. 164, de 28 de março de 2017, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, disciplinou a Recomendação. Este artigo propõe-se a comentar o novo perfil desse instrumento a partir do referido ato normativo.

2. Papel do Ministério Público na defesa dos direitos coletivos

A Constituição Federal atribuiu ao Ministério Público a função de tutelar o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos, reconhecendo a importância da ação civil pública^[1] no art. 129, III da CF.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

A Lei Orgânica do MP (Lei 8.625/93) traz igualmente essa atribuição em seu art. 25, ao listar seu papel de defensor dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, sem olvidar, por certo, da proteção aos direitos indisponíveis, ainda que individuais:

Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem.

No mesmo sentido a Lei Complementar 75/93, que disciplina o Ministério Público da União, traz atribuições similares:

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

[...]

b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.

Por certo, direitos difusos e coletivos (*lato sensu*) são eminentemente transindividuais, isso é, de titularidade indeterminada - quanto aos primeiros - e materialmente indivisíveis^[2]. Já direitos individuais homogêneos são “simplesmente direitos subjetivos individuais^[3]”, sendo divisíveis e contando com possibilidade de pronta identificação do sujeito titular. A esse propósito, inclusive, o saudoso Teori Zavaski identificava o processo coletivo veiculador de direitos individuais homogêneos como a tutela coletiva de direitos – e não a tutela de direitos coletivos.

A propósito, o memorável Ministro do STF lecionava que

os direitos individuais homogêneos são, em verdade, aqueles mesmos direitos comuns ou afins de trata o art. 113, III do CPC, cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo [...]. Quando se fala, pois, em “defesa coletiva” ou em “tutela coletiva” de direitos homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa.^[4]

Nessa toada, a atribuição do Ministério Público é inquestionável no que tange à defesa dos direitos difusos e coletivos *lato sensu*. Porém, quanto aos individuais homogêneos disponíveis, a legitimação da atuação do MP dá-se somente nos casos em que forem marcados por um requisito adicional de relevância social:

[...]

V. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que "o Ministério Público possui legitimidade ad causam para propor Ação Civil Pública visando à defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, quando a presença de relevância social objetiva do bem jurídico tutelado a dignidade da pessoa humana, a qualidade ambiental, a saúde, a educação" (STJ, REsp 945.785/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/06/2013), como no presente caso. Em igual sentido: STJ, AgRg no REsp 1.301.154/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/11/2015; REsp 1.185.867/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/11/2010. (...) VII. Agravo interno parcialmente conhecido, e, nessa parte, improvido[5].

Com efeito, os direitos cuja defesa esteja sob a alçada do Ministério Público podem ser objeto de tradicionais instrumentos processuais ou, por outra via, ser protegidos por mecanismos extrajudiciais. Dentre os primeiros despontam em importância as ações coletivas. Já no âmbito extrajudicial, o MP dispõe de outros expedientes de atuação, tais como o compromisso de ajustamento de conduta, as audiências públicas, o inquérito civil, os procedimentos administrativos e a Recomendação.

3. Os instrumentos extrajudiciais de defesa dos direitos coletivos *lato sensu* no âmbito do Ministério Público

Os instrumentos extrajudiciais permitem dar nova feição ao Ministério Público, destacando sua função resolutiva, em contraponto à sua clássica posição demandista.

A resolutividade no âmbito do MP representa a busca pela composição do conflito por intermédio de mecanismos que evitam a litigiosidade, reconhecendo que a ação judicial não é a única forma de pôr termo ao vilipêndio ao ordenamento jurídico. Para tanto, o MP dispõe legalmente de instrumentos extraprocessuais. A opção pelo seu uso ganha maior relevância nos casos em que há necessidade de celeridade na cessação da violação a direito.

Entretanto, em todos esses instrumentos, o fator consenso é essencial ao fim da conflituosidade. Isso porque a atuação do Ministério Público não é guarnecida da imperatividade de que é dotada a decisão judicial e, por isso, depende da circunstância de que o responsável pelo ato supostamente irregular comunge da opinião do MP ou aceite ceder em sua posição para adotar as medidas sugeridas pelo Parquet.

Comentando a diferença entre a opção de judicialização ou de composição extrajudicial, Alexandre Amaral Gavronski se posiciona no sentido de que:

ainda que naquela o Ministério Público seja o protagonista da solução jurídica destinada a proteger os direitos coletivos, essa solução depende do consenso com o apontado responsável pela lesão ou ameaça (ou, no mínimo, do seu convencimento quanto ao acerto da posição ministerial) o que, se por um lado permite maior informalidade, por outro impede o uso da força do Estado para imposição da solução identificada^[6].

Nesse cenário, a Recomendação desponta como um desses instrumentos de atuação resolutiva do Ministério Público, prevista no art. 27 da Lei 8.625/93 e no art. 6º da LC 75/93:

Art. 27 Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:

IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua

divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

XX - expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.

A expedição de Recomendações insere-se, portanto, como mecanismo legal que visa permitir ao MP o alcance da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe caiba promover. Por meio dela são sugeridas providências que, sob a ótica do órgão ministerial, são capazes de reverter, cessar ou reparar o ilícito.

Ou seja, a Recomendação em si não coage a autoridade, mas pode funcionar como fator indutivo de postura de acatamento por parte de seu destinatário, tendo em conta o constrangimento social relevante gerado pela divulgação do conteúdo da Recomendação, a qual pode ser requisitada pelo MP (art. 9º da Res. 164, de 2017, do CNMP).

Em reforço, também a requisição de resposta fundamentada ao MP a respeito dos motivos pelos quais a autoridade opta por manter a postura antiga ou assumir a nova, sugerida pelo Parquet, funciona como possível indutor de comportamento, já que violações frontais a direitos dificilmente seriam suficientemente fundamentadas, do ponto de vista jurídico, pelo destinatário da Recomendação.

A Resolução n.23, de 17 de setembro de 2007 do CNMP, que trata do inquérito civil, trazia no seu art. 15 sumária exposição a respeito da Recomendação, a qual, por sua brevidade, gerava controvérsia em pontos sensíveis do instituto. Eis seu teor:

Art. 15. O Ministério Público, nos autos do inquérito civil ou do procedimento preparatório, poderá expedir recomendações devidamente fundamentadas, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como aos demais interesses, direitos e bens cuja defesa lhe

caiba promover. (Revogado pela Resolução n° 164, de 28 de março de 2017)

Parágrafo único. É vedada a expedição de recomendação como medida substitutiva ao compromisso de ajustamento de conduta ou à ação civil pública. (Revogado pela Resolução n° 164, de 28 de março de 2017)

Em 2017, a Resolução n. 164, de 28 de março, do Conselho Nacional do Ministério Público, revogando o art. 15 da Resolução n. 23, disciplinou o instituto da Recomendação, pondo fim a controvérsias e conferindo maior clareza ao seu alcance, ao minudenciar seus aspectos de aplicação.

4. A Resolução n. 164, de 28 de março de 2017: principais aspectos

O conceito de Recomendação trazido pela Resolução n. 164 é o que se segue:

Art. 1º A recomendação é instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público por intermédio do qual este expõe, em ato formal, razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão, com o objetivo de persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens defendidos pela instituição, atuando, assim, como instrumento de prevenção de responsabilidades ou correção de condutas.

Nota-se que a Resolução prestigiou uma postura resolutiva do MP ao claramente preferir o uso da recomendação ao ajuizamento de ações judiciais, consoante se infere dos arts. 2º, X e 6º:

Art. 2º A recomendação rege-se, entre outros, pelos seguintes princípios:

X – resolutividade.

Art. 6º Sendo cabível a recomendação, esta deve ser manejada anterior e preferencialmente à ação judicial.

É preciso ter em mente que, como regra, a Recomendação somente deve ser expedida quando já autuado inquérito civil, procedimento preparatório ao inquérito civil ou procedimento administrativo. Isso porque é necessário que o MP já disponha de certo grau de convencimento a respeito da legalidade ou não de uma prática e, por certo, isso passa pela análise de elementos de convicção. Portanto, o membro do MP já deve dispor de informações que lhe permitam certificar-se quanto à violação à lei.

Art. 3º O Ministério Público, de ofício ou mediante provocação, nos autos de inquérito civil, de procedimento administrativo ou procedimento preparatório, poderá expedir recomendação objetivando o respeito e a efetividade dos direitos e interesses que lhe incumba defender e, sendo o caso, a edição ou alteração de normas.

Dessa forma, uma Recomendação não deve ser expedida como primeiro ato do integrante do Ministério Público no bojo de um inquérito civil, como regra, já que, nesse momento, poderiam não existir elementos de cognição suficientes.

Isso porque a Recomendação ser acompanhada de fundamentação, como exige o art. 129 § 4º da CF, combinado com art. 93, IX da CF. Inclusive, o art. 1º da Resolução n.164 impõe que nela haja exposição de razões fáticas e jurídicas.

Art. 7º A recomendação deve ser devidamente fundamentada, mediante a exposição dos argumentos fáticos e jurídicos que justificam a sua expedição.

A exceção fica por conta os casos em que houver urgência, nos quais será possível expedir a Recomendação desde logo, o que não dispensa, porém, a instauração posterior do inquérito civil, do procedimento preparatório ou administrativo:

Art. 3º § 2º Em casos que reclamam urgência, o Ministério Público poderá, de ofício, expedir recomendação, procedendo, posteriormente, à instauração do respectivo procedimento.

De toda sorte, nota-se que a Recomendação deve estar necessariamente ligada a um procedimento, o qual não pode ser dispensado.

Ademais, como regra, deve o Ministério Público, previamente à expedição da Recomendação, proceder à requisição de informações ao órgão ou pessoa destinatária, salvo impossibilidade motivada. Essa exigência visa evitar que o membro do MP venha a possuir visão parcial sobre a matéria, por exemplo, nos casos que envolvem políticas públicas, em que deve ser buscado o prévio conhecimento de sua realidade. Deve-se, portanto, num primeiro momento, proceder a uma espécie de oitiva da autoridade pública (por meio de resposta escrita), quanto à temática discutida.

Art. 3º § 1º Preliminarmente à expedição da recomendação à autoridade pública, serão requisitadas informações ao órgão destinatário sobre a situação jurídica e o caso concreto a ela afetos, exceto em caso de impossibilidade devidamente motivada.

Quanto à Recomendação em si mesma, trata-se de instrumento “típico do exercício da função de Ombudsman[7]”. Uma das suas funções é a prevenção de responsabilidades, tendo em conta que o expediente permite levar ao conhecimento do agente público potencial violação a direito ou a legislação, impedindo que a autoridade, doravante, possa alegar desinformação quanto às circunstâncias fáticas descritas na Recomendação. Serve ainda ao fim de instar o órgão destinatário a exercer o poder-dever de adotar providências. Nesses casos a omissão “terá relevância jurídica e poderá orientar a atuação futura do Ministério Público.[8]” Isso porque uma vez expedida a Recomendação, o órgão terá de tomar a posição consciente de acatar ou não a sugestão do Parquet. A omissão será tida, pois, como uma postura denotadora também do elemento subjetivo que informa o agente público (dolo ou culpa)[9].

Ademais, os motivos expostos para não atendimento à Recomendação estarão sob incidência da teoria dos motivos determinantes, de forma que permitirão posterior controle de veracidade, inclusive perante o Judiciário[10].

Além disso, a natureza da Recomendação não é apenas preventiva, mas também corretiva, podendo ser usada igualmente para reparação do ilícito, consoante demonstra o art. 4º da Resolução n. 164.

Art. 4º A recomendação pode ser dirigida, de maneira preventiva ou corretiva, preliminar ou definitiva, a qualquer pessoa, física ou jurídica, de direito público ou privado, que tenha condições de fazer ou deixar de fazer alguma coisa para salvaguardar interesses, direitos e bens de que é incumbido o Ministério Público.

O uso da Recomendação também serve ao propósito de sugerir a edição ou alteração de normas, e não apenas a adoção de providências de natureza administrativa. É explícito, nesse ponto, o art. 3º da Resolução n. 164:

Art. 3º O Ministério Público, de ofício ou mediante provocação, nos autos de inquérito civil, de procedimento administrativo ou procedimento preparatório, poderá expedir recomendação objetivando (...) a edição ou alteração de normas.

Conforme explicado, o expediente em tela não implica coação, mas pretende alcançar seu objetivo por meio da persuasão. A Resolução caminha no mesmo sentido ao enfatizar que, “por depender do convencimento decorrente de sua fundamentação para ser atendida e, assim, alcançar sua plena eficácia, a recomendação não tem caráter coercitivo” (parágrafo único do art. 1º). Milita, no mesmo sentido, o art. 2º:

Art. 2º A recomendação rege-se, entre outros, pelos seguintes princípios:

VIII – caráter não-vinculativo das medidas recomendadas.

Dessa feita, não cabe, por exemplo, impetrar habeas corpus ou mandado de segurança em razão do uso desse instrumento^[11]. Isso porque o seu descumprimento pode levar o Ministério Público a ajuizar ação judicial, somente no bojo da qual serão viáveis medidas coercitivas. Logo, o expediente não representa uma ameaça a direito em si mesma, já que o ajuizamento de ações pelo MP consubstancia natural atribuição da instituição. Toda e qualquer medida extraprocessual adotada pelo MP

depende sempre da anuência do responsável para que surta efeitos (caso do compromisso de ajustamento de conduta, por exemplo, que depende da convergência de vontade dos envolvidos).

Inclusive, é natural e propício que na Recomendação sejam arroladas possíveis consequências do seu descumprimento, segundo a visão do MP. Todavia, há de se ter mente que o órgão ministerial somente pode listar medidas que possam, de fato, ser implementadas pelo Parquet, por se encontrarem em sua esfera de atribuições. Dentro disso, não pode o Parquet, por exemplo, enunciar como possíveis corolários da inobservância de recomendação uma condenação judicial ou mesmo a responsabilização cível por ato de improbidade, ilustrativamente, já que tais conclusões somente podem ser alcançadas por necessário intermédio de processo judicial e se assim decretado pelo Juiz da futura causa. Qualquer indicação de consequência fora da das atribuições ministeriais é, de plano, abusiva, mesmo porque há plena possibilidade de que o Parquet venha a ser vencido na ação a ser proposta.

Art. 11 § 1º No intuito de evitar a judicialização e fornecer ao destinatário todas as informações úteis à formação de seu convencimento quanto ao atendimento da recomendação, poderá o órgão do Ministério Público, ao expedir a recomendação, indicar as medidas que entende cabíveis, em tese, no caso de desatendimento da recomendação, desde que incluídas em sua esfera de atribuições.

Por esse modo, não configura crime de desobediência o não atendimento à Recomendação. Veja-se que, no caso de requisição de dados técnicos imprescindíveis à propositura de ação civil pública, haverá crime no seu não atendimento, como dispõe a Lei 7.347/85:

Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

Ainda assim, a tipificação da conduta referida depende da constatação de que a informação omitida ao Parquet e objeto de requisição era indispensável à propositura da ação civil pública, segundo proclama a jurisprudência^[12].

Porém, como ressaltado, o artigo não se aplica ao descumprimento de Recomendação ministerial. Logo, não há crime em seu não acatamento.

O art. 10 da Resolução n. 164, de 2017 ainda enuncia que o órgão do Ministério Público poderá requisitar, em prazo razoável, resposta por escrito sobre o atendimento ou não da Recomendação, bem como instar os destinatários a respondê-la de modo fundamentado. Ainda que não requisitada, o ideal é que haja sempre resposta escrita, acompanhada das razões embasadoras. Há inclusive, um dever por parte do membro do Ministério Público de avaliar fundamentadamente a resposta encaminhada pelo destinatário do expediente. Portanto, não há imediatismo entre a não adoção das providências recomendadas e a propositura da demanda judicial, como a ação civil pública. Deve haver uma postura reflexiva por parte do membro do Ministério Público, de molde a avaliar a coerência e a procedência dos alicerces fáticos e jurídicos da resposta. Nesse cenário, inclusive, tem lugar o denominado princípio da “ponderação e [d]a proporcionalidade nos casos de tensão entre direitos fundamentais”, como determina o art. 2º X da Resolução.

Art. 10. Parágrafo único. Havendo resposta fundamentada de não atendimento, ainda que não requisitada, impõe-se ao órgão do Ministério Público que expediu a recomendação apreciá-la fundamentadamente.

Art. 11. Na hipótese de desatendimento à recomendação, de falta de resposta ou de resposta considerada inconsistente, o órgão do Ministério Público adotará as medidas cabíveis à obtenção do resultado pretendido com a expedição da recomendação.

§ 3º A efetiva adoção das medidas indicadas na recomendação como cabíveis em tese pressupõe a

apreciação fundamentada da resposta de que trata o parágrafo único do artigo anterior.

Enquanto se aguardam a resposta e o implemento eventual de medidas pelo destinatário da Recomendação, deve o MP evitar a adoção de qualquer outra providência. Portanto, não seria coerente a postura do membro do Parquet que ajuíza ação enquanto ainda aguarda que a Recomendação seja apreciada pela autoridade responsável, mesmo porque se pretende, pelo expediente extrajudicial, reduzir a litigiosidade.

Art. 11. Na hipótese de desatendimento à recomendação, de falta de resposta ou de resposta considerada inconsistente, o órgão do Ministério Público adotará as medidas cabíveis à obtenção do resultado pretendido com a expedição da recomendação.

§ 2º Na hipótese do parágrafo anterior, o órgão ministerial não adotará as medidas indicadas antes de transcorrido o prazo fixado para resposta, exceto se fato novo determinar a urgência dessa adoção.

É preciso ainda destacar que as providências recomendadas devem ser especificadas de forma clara e objetiva, evitando-se subjetivismos que contribuam para a insegurança jurídica.

Noutro norte, sempre que a questão já estiver judicializada, há de ser evitado o uso da Recomendação, precavendo o tumulto e o constrangimento infligido à parte como decorrência da expedição de uma Recomendação que solicite a adoção de uma postura em conflito com sua linha defensiva judicial. Somente será possível expedir Recomendação em desfavor de parte de demanda judicializada ou relativa a objeto já submetido ao Estado-Juiz em casos excepcionais, em se que se façam acompanhar justificativas de fato e de direito. Em qualquer circunstância, porém, não deverá a Recomendação conflitar com decisão judicial, já que esta última deve prevalecer como concretização da força coercitiva do Estado.

Art. 5º Não poderá ser expedida recomendação que tenha como destinatária(s) a(s) mesma(s) parte(s) e objeto o(s) mesmo(s) pedido(s) de ação judicial, ressalvadas as situações excepcionais,

justificadas pelas circunstâncias de fato e de direito e pela natureza do bem tutelado, devidamente motivadas, e desde que não contrarie decisão judicial.

Já munido da resposta, o Ministério Público deverá sempre avaliar as razões e, com, a partir dessa apreciação, se for o caso, fundamentar também a promoção de arquivamento do inquérito civil, se for o caso. Seria contraditório e fomentaria o descrédito da instituição se o órgão ministerial simplesmente cessasse com as investigações e colheita de materiais sobre a questão, sem declinar das razões para não ajuizar a ação judicial, numa atitude de abandono do caso. Tal proceder contrariaria ainda a determinação de que a promoção de arquivamento do inquérito civil seja homologada pelo Conselho Superior ou órgão que lhe faça as vezes, o que pressupõe motivação prévia do ato, como impõe o art. 9º da Lei 7.347/85:

Art. 9º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.

§ 2º Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§ 3º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento.

§ 4º Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo,

outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

Portanto, se o MP concluir, após a recepção de resposta escrita, que não deve ajuizar ação judicial, como anteriormente havia anunciado no bojo da Recomendação, deve expor todas as razões de seu convencimento.

Inclusive, ousamos propor que o MP comunique à autoridade destinatária da Recomendação o acatamento da resposta apresentada, como dever de lealdade, cooperação e boa-fé.

Por outro lado, entendendo que a resposta recebida não afasta a violação a direito, poderá o Parquet adotar outras providências, ainda no âmbito da postura resolutiva extrajudicial – propondo compromisso de ajustamento de conduta, ilustrativamente, se for o caso – ou acionando o Poder Judiciário, por meio de ações inseridas em suas atribuições funcionais, tal como a ação civil pública.

5. CONCLUSÃO

A Recomendação é, sem dúvida, importante instrumento de redução da litigiosidade. Embora não tenha caráter coercitivo, pode evitar, pelo convencimento do destinatário, o ajuizamento de ação judicial, contribuindo para o ajustamento de condutas sem o uso da força institucional do Judiciário. A Resolução n. 146 do CNMP, ao disciplinar o expediente, muito contribui em termos de segurança jurídica, sobretudo em benefício do destinatário da Recomendação, ao impor limites à atuação do Parquet e estabelecer contornos mais precisos ao instituto.

6. REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023/2002**. Informação e documentação – Referências – Elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520/2002**. Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 nov. 2017.

BRASIL. **Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. **Lei 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. **Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp n. 56.712/RJ**. Agravante: Estado do Rio de Janeiro Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Assusete Magalhães, Brasília, DF, 27 de junho de 2017. STJ, Brasília, 2017. Acesso em: 21 nov. 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 303.856/RJ**. Impetrante: Felipe Gomes Costas Miguez e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Felix Fischer, Brasília, DF, 07 de abril de 2015. STJ, Brasília, 2017. Acesso: 01 nov.2017.

DESTEFENNI, Marcos. **Direitos Transindividuais em Espécie**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DESTEFENNI, Marcos. **Manual de Processo Civil Individual e Coletivo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. **Manual do Procurador da República: Teoria e Prática**. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

JR. ZANETI, Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos Difusos e Coletivos**. 8.ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Volume Único. 3.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NOTAS:

[1] JR. ZANETI, Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos Difusos e Coletivos**. 8.ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p.14.

[2] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.39.

[3] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 40.

[4] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 40.

[5] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 56.712/RJ. Agravante: Estado do Rio de Janeiro Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Assusete Magalhães, Brasília, DF, 27 de junho de 2017. STJ, Brasília, 2017. Acesso em: 21 nov. 2017

[6] GAVRONSKI, Alexandre Amaral in GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. **Manual do Procurador da República: Teoria e Prática**. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p.788.

[7] GAVRONSKI, Alexandre Amaral in GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. **Manual do Procurador da República: Teoria e Prática**. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p.839. O ombudsman, em breves linhas, era o ocupante de cargo que, de forma independente em relação ao Estado, defendia os direitos dos cidadãos. Há um forte paralelo entre suas funções e as cometidas ao Ministério Público.

[8] GAVRONSKI, Alexandre Amaral in GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. **Manual do Procurador da República: Teoria e Prática**. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p.848.

[9] GAVRONSKI, Alexandre Amaral in GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. **Manual do Procurador da República: Teoria e Prática**. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p.848.

[10] GAVRONSKI, Alexandre Amaral in GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. **Manual do Procurador da República: Teoria e Prática**. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p.848.

[11] GAVRONSKI, Alexandre Amaral in GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. **Manual do Procurador da República: Teoria e Prática**. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p.845.

[12] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 303.856/RJ. Impetrante: Felipe Gomes Costas Miguez e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Felix Fischer, Brasília, DF, 07 de abril de 2015. STJ, Brasília, 2017. Acesso: 01 nov.2017.

DAS ORIGENS DO CONSTITUCIONALISMO AO PÓS-POSITIVISMO: O DESENVOLVIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL E DO SISTEMA DE GARANTIA DE DIREITOS

PEDRO HENRIQUE AZEVEDO LOPES FERREIRA: Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC); Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Faculdade Entre Rios do Piauí (FAERPI); Graduado em Direito pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS); Técnico Ministerial no Ministério Público do Estado do Ceará.

RESUMO: O movimento constitucionalista e o sistema de garantia de direitos passaram por uma constante evolução ao longo dos tempos. O presente artigo faz, por meio de uma pesquisa essencialmente bibliográfica, uma digressão geral do constitucionalismo, com início na Antiguidade, onde dá foco nas chamadas “leis fundamentais”. Em seguida, passa pelo Constitucionalismo Clássico, seguindo pelo Constitucionalismo Social e culminando no Neoconstitucionalismo. Ao longo da abordagem realizada, é feita ainda uma análise da evolução do sistema de garantia de direitos, passando de modelos essencialmente absenteístas até ao atual modelo garantidor de direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo. Sistema de Garantia de Direitos. Evolução.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O constitucionalismo e sua evolução: 2.1 Antecedentes do constitucionalismo; 2.2 O Constitucionalismo Clássico ou Liberal; 2.3 O Constitucionalismo Moderno ou Social; 2.4 O Constitucionalismo Contemporâneo ou Neoconstitucionalismo – 3. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo se propõe a explorar a evolução histórica do constitucionalismo e a perfazer uma análise da progressão do sistema de garantia de direitos fundamentais.

Para tanto, por meio de uma pesquisa eminentemente bibliográfica, far-se-á uma digressão geral do movimento constitucionalista, desde a Antiguidade, dando foco nas chamadas “leis fundamentais” e passando pelo Constitucionalismo Clássico ou Liberal, seguindo para o Constitucionalismo Moderno ou Social e findando no Constitucionalismo Contemporâneo, ou Neoconstitucionalismo.

O foco da referida explanação consiste no apontamento de como o modelo geral estatal tratava, a cada momento histórico, a efetivação de direitos aos seus tutelados, desde um viés meramente absenteísta até àquele efetivamente garantidor de direitos sociais.

2 O CONSTITUCIONALISMO E SUA EVOLUÇÃO

Vê-se tradicionalmente o movimento constitucionalista como uma ruptura com o absolutismo que prevaleceu durante boa parte da história humana e com o domínio de déspotas sobre seus súditos. Seu núcleo é composto basicamente por algumas premissas básicas: a garantia de direitos, a limitação do poder estatal, a separação dos poderes e a supremacia legal. Luís Roberto Barroso, tratando da limitação do poder estatal, discorre:

Em um Estado constitucional existem três ordens de limitação do poder. Em primeiro lugar, as limitações materiais: há valores básicos e direitos fundamentais que não de ser sempre reservados, como a dignidade da pessoa humana, a justiça, a solidariedade e os direitos à liberdade de religião, de expressão, de associação. Em segundo lugar, há uma específica estrutura orgânica exigível: as funções de legislar, administrar e julgar devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes, mas que, ao mesmo tempo, se controlem reciprocamente (*checks and balances*). Por fim, há as limitações processuais: os órgãos do poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal, que congrega regras tanto de caráter procedimental (contraditório, ampla defesa, inviolabilidade do domicílio, vedação

de provas obtidas por meios ilícitos) como de natureza substantiva (racionalidade, razoabilidade-proporcionalidade, inteligibilidade). Na maior parte dos Estados ocidentais instituíram-se, ainda, mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.^[1]

Nessa esteira, levou-se a evolução do pensamento humano a um Estado de Direito, no qual a lei é fonte primordial, seguido, ainda, de melhorias ao longo dos tempos, perpetradas por mudanças econômicas e sociais. Assim, o panorama de criação e desenvolvimento da ciência jurídica se dá da forma como preleciona Miguel Reale^[2], em uma teoria tridimensional, na qual o Direito é formado por fatos, que, repensados pela sociedade, geram valores e que se refletem em normas ao serem analisados pelo legislador. O pensamento humano, portanto, se modificava com fatos que quebravam paradigmas e traziam à tona novos modelos que posteriormente também seriam superados com os valores de cada sociedade.

Passar-se-á agora a uma detida análise sobre a evolução do Estado Constitucional em diversos contextos históricos e econômicos, passando de um constitucionalismo arcaico ao que hoje se denomina Neoconstitucionalismo.

2.1. Antecedentes do Constitucionalismo

A experiência pioneira de um constitucionalismo antigo fora presenciada no Estado Hebreu, povo semita da antiguidade, cuja religião monoteísta baseou um modelo teocrático estatal, e os dogmas religiosos limitavam, por si, o poder do monarca, ainda que de uma forma arcaica e minimizada. Uadi Lammêgo Bulos, citando o constitucionalista alemão Karl Loewenstein, aduz:

Segundo Karl Loewenstein, houve época em que as constituições se regiam pelas convicções da comunidade e pelos costumes nacionais, que se refletiam nas relações entre governantes e governados. Cita, como exemplo, a estruturação do antigo Estado hebreu. Assevera que os hebreus foram um dos primeiros povos a praticar o constitucionalismo (*Teoría de la constitución*, p. 154-

157). Para Loewenstein, pois, o marco do nascimento do movimento constitucionalista foi entre os hebreus, que em seu Estado teocrático estabeleceram limites ao poder político pela imposição da Bíblia. Então caberia aos profetas, dotados de legitimidade popular, fiscalizar e punir os atos dos governantes que ultrapassassem os limites bíblicos. Eis aí a primeira experiência constitucionalista de que se tem registro (*Teoria de la constitución*, p.154).^[3]

Um avanço significativo fora sentido na Grécia e em Roma, quando surgiu a chamada “democracia constitucional”, com um início de participação popular nas decisões políticas. Em Atenas, o principal órgão de decisões políticas era a chamada Assembleia, na qual se reuniam e deliberavam os cidadãos, havendo, ainda, júris populares em que as decisões dos integrantes eram ainda mais influentes que nos modelos modernos.^[4]

Embora a sociedade romana carecesse de definições claras acerca de um conceito de constituição, mormente ante a uma genérica hostilidade havida pelos romanos para com instituições abstratas, falava-se em *constituere* como designação da criação do direito e *constitutio* como a forma de se ordenar o direito positivo. Essa *constitutio*, enquanto constituição, possuiria as seguintes características, segundo Mohnhaupt^[5]: a) sua autoridade por força da idade e funcionamento, b) sua justa proporção, que equilibra as forças sociais com forças que organizam o funcionamento estatal, c) preservação da liberdade e d) estabilidade do tempo.

Por fim, e já dando um salto histórico, salienta-se a experiência inglesa, na qual, em 1215, firmou a *Rule of Law* com a Magna Carta, que consagrou a predominância do governo das leis sobre o governo dos homens. Havia, nesse momento, uma supremacia parlamentarista, com predominância consuetudinária, não se podendo falar, por conta disso, de supremacia constitucional, ao passo que não existiria diferença formal entre Lei e Constituição.

Conforme leciona Airton Cerqueira Leite Seelaender, não é aplicável a noção contemporânea de “constituição” à Magna Carta. Segundo aduz o mencionado autor, embora seja verdade que esse e outros diplomas

limitem a ação monárquica e disponham sobre matérias como a sucessão do poder, sua origem, estrutura, finalidades e seu papel no mundo jurídico seriam bem diversos daqueles vistos no Liberalismo. [6] Diz o autor:

A apresentação, pela doutrina jurídica, de pactos estamentais e convenções senhoriais de pacificação como “declarações de direitos” ou “pré-constituições” é algo que diz mais sobre os doutrinadores e as circunstâncias políticas de seu tempo do que, propriamente, sobre a natureza e a função original daqueles diplomas. As menções à "Magna Charta" nas colônias inglesas no século XVIII nos ensinam mais sobre o ambiente da Revolução Americana do que sobre o mundo do Rei João-sem-Terra (+1216). A "Magna Charta" podia vedar o banimento, confisco e prisão de homens livres sem prévia decisão judicial (cl. 39), não era, porém, mais do que UM “típico contrato medieval entre uni suserano e seus vassalos, só entre eles eficaz e destituído da pretensão universal de nossos direitos humanos.” [7]

Afirma Seelaender que a noção contemporânea de “constituição” seria inaplicável no contexto do Antigo Regime. A noção que neste momento histórico desempenhava uma função relevante seria a de “lei fundamental”.

O conceito de lei fundamental seria usualmente associado à ideia de um pacto entre o príncipe e as assembleias estamentais e tinha a função precípua de delimitar as esferas de poder, e, sobretudo, de ressaltar a ilicitude da expansão do poder monárquico. [8]

Ainda segundo Seelaender, usualmente o conceito de *leges fundamentale* tendia a abranger princípios como o da independência e indivisibilidade do reino ou o da inalienabilidade da Coroa e de seus domínios. Enquanto que a constituição liberal, a ser analisada adiante, concedia ao indivíduo direitos e garantias em face do Estado, a lei fundamental tinha o intuito de garantia deste e de sua forma de governo. [9]

Assim, por serem vinculadas à sociedade estamental, as leis fundamentais do Antigo Regime não tinham qualquer preocupação com a

soberania popular, com a repartição de poderes ou mesmo com direitos individuais. Tinham foco primordial na proteção do Estado e na forma de governo. Ainda que previssem mecanismos de proteção dos governados, não o faziam reconhecendo direitos de um sujeito universal, indeterminado. [10]

O fenômeno constitucional com maior semelhança ao que conhecemos ganhou força a partir das chamadas revoluções liberais, conforme se delinearão nas linhas que seguem.

2.2 O Constitucionalismo Clássico ou Liberal

Com as revoluções liberais ocorridas no fim do século XVIII, notadamente a Revolução Francesa de 1789, e, também, com a primeira constituição escrita, a Constituição norte-americana de 1787, marcou-se o início da era do Constitucionalismo Clássico ou Liberal.

A experiência norte-americana produziu uma constituição que, por ser escrita, trazia consigo a característica da rigidez constitucional e de supremacia da constituição. Como consequência, surgiu o controle de constitucionalidade, sobre o qual se pode citar o clássico caso de *Marbury versus Madison*. [11]

Na experiência francesa, com o advento do estado liberal, buscou-se a efetivação de direitos da burguesia, direitos estes de caráter eminentemente absenteísta por parte do Estado, ou seja, direitos que limitavam o seu poder e exigiam respeito à liberdade do povo com a ausência de intervenção estatal, devendo este ser garantidor apenas de direitos individuais. Sobre o tema, leciona Fayga Silveira Bedê:

A visão liberal da sociedade, enquanto mera soma aritmética dos indivíduos, revela-se particularmente significativa de que não há uma perspectiva transindividualista acerca do interesse geral da comunidade, uma vez que o bem-estar geral corresponde tão somente à soma dos vários casos de bem-estar individual, crescendo em razão diretamente proporcional a estes, de vez que o livre jogo das “forças de mercado” – orientadas pela “mão invisível do mercado”, é que será capaz de conduzir a

sociedade ao máximo de produção e à distribuição mais justa.^[12]

Dessa forma, presumia o ordenamento a igualdade entre os indivíduos integrantes do Estado, não sendo necessária a intervenção nas relações ocorridas entre particulares, com uma separação definitiva entre o direito público e o direito privado, em que cada um incidiria sobre âmbitos distintos. Surgia, aqui, o conceito de Estado de Direito, sinônimo de Estado Liberal para alguns, e cuja supremacia legal é a principal característica.

A teoria constitucional tratava primordialmente da liberdade política como objeto direto da constituição por meio de uma vinculação recíproca dos poderes constituídos, tal qual defendido por Montesquieu. Segundo Mohnhaupt:

A teoria constitucional moderna tentou derivar disso um conceito liberal de constituição, determinável pelas garantias da liberdade civil. No sistema de Montesquieu, as *lois fondamentales* significam regras básicas das respectivas formas o Estado. A pluralidade dessas leis fundamentais só é questionada pela exigência de um constituição unitária [...]^[13]

Neste momento histórico surge a denominada primeira geração de direitos fundamentais, conforme nomenclatura que fora idealizada apenas mais tarde, em 1979, por Karel Vasak, e difundida por Norberto Bobbio^[14] e Paulo Bonavides^[15]. Tal geração trata dos já mencionados direitos individuais, de cunho civil e político, possuindo caráter eminentemente negativo.

O modelo liberal trouxe diversas contribuições para os que lhe sucederam, entre elas uma fundamental, conforme dita Paulo Bonavides:

Aquilo que, como produto revolucionário, fora tão-somente do ponto de vista histórico, a Constituição de uma classe se transformava pela imputação dos liberais no conceito genérico de Constituição, de todas as classes. Assim perdurou até que a crise social do século XX escrevesse as novas Declarações de Direitos, invalidando o substrato material individualista daquelas Constituições, já de

todo ultrapassado. **A noção jurídica e formal de uma Constituição tutelar de direitos humanos parece, no entanto, constituir a herança mais importante e considerável da tese liberal.** (grifou-se)[16]

Destarte, o fato, neste momento histórico, de serem positivados direitos fundamentais, influenciou para que o próximo modelo evoluísse nesse sentido, adotando e positivando direitos com cunho garantidor mais abrangente, o que não tira o mérito do modelo liberal, um definitivo estopim para a efetivação de direitos nos ordenamentos jurídicos.

2.3 O Constitucionalismo Moderno ou Social

O modelo liberal, que permaneceu firme até o fim da 1ª Guerra Mundial, fora se mostrando impotente diante das demandas sociais do século XIX, impulsionadas pelos próprios progressos econômicos trazidos pelo liberalismo. O desenvolvimento econômico que se mostrava era desenfreado e nada além da multiplicação de capital parecia importar, até porque o próprio Estado preocupava-se precipuamente em se abster das relações privadas.

A Revolução Industrial proporcionou um desenvolvimento jamais visto, com o aprimoramento de técnicas de produção em massa, o que demandou mão-de-obra em caráter exponencial, sem que houvesse regulação pormenorizada de direitos trabalhistas, como jornada de trabalho, salário mínimo, idade mínima para exercer determinado ofício ou intervalos entre jornadas. George Marmelstein relata a experiência vivida naquela época com precisão:

A industrialização trouxe consigo, além da prosperidade econômica para uma minoria rica, uma série de problemas sociais, gerando naturalmente grande insatisfação entre aqueles que não tinham recursos para aproveitar os prazeres proporcionados pela paradoxalmente chamada “Bela Época”. Enquanto uns viviam no luxo, a grande maioria da população passava fome, estava desempregada ou morria por falta de cuidados médicos, ou seja, estava

totalmente excluída das vantagens estatais usufruídas pela burguesia. Em razão disso, o Estado já não era mais capaz de garantir a harmonia social, e as classes operárias, que se organizavam em grupos fortemente politizados, começavam as primeiras reivindicações visando à conquista de direitos que lhes proporcionassem melhores condições de trabalho.^[17]

Assim, a insatisfação começara a tomar conta de trabalhadores e o Estado se mostrava cada vez menos eficaz de reger a vida daqueles submetidos ao seu controle. Em 1848, Karl Marx escreveu o famoso Manifesto Comunista, no qual conclamava operários pelo mundo para que se unissem contra os patrões e chegassem a formar uma “ditadura do proletariado”.

A crise de superprodução nos Estados Unidos surge nesse contexto e o capitalismo vivenciava uma das crises cíclicas expostas por Marx. Havia exacerbada produção nas fábricas e a demanda pelos produtos não era capaz de diminuir os estoques e sustentar o modelo da forma como estava consolidado. Essa crise mostrou que o modelo entabulado pelos liberais não conseguia oferecer uma resposta eficaz diante da realidade que passava a tomar conta da situação, com o resultado sendo deflagrado no *crack* da bolsa de Nova York de 1929. O Estado precisava mostrar um papel ativo, saindo da inércia, como aduz Fayga Bedê:

Para fazer frente às disfunções geradas pela complexidade crescente das relações capitalistas e debelar a crise então deflagrada, o governo de Roosevelt lançaria mão de um conjunto de políticas públicas emergenciais denominado “New Deal”, de cunho marcadamente intervencionista, em nada condizente com a mentalidade liberal do *laissez faire*, *laissez païsser*. Diante da necessidade premente de se obter significativos resultados em curto espaço de tempo, o Estado passaria a desempenhar um papel bem mais ativo na formulação e implementação de políticas macroeconômicas e anticíclicas.^[18]

O chamado Estado do bem-estar social, ou *Welfare State*, surge exatamente nesse contexto. O Estado passa a ser uma figura de cunho prestacional, passando a intervir na economia e no social, garantindo mais direitos. Um pouco antes, em 1917 e 1919, as constituições do México e da Alemanha, respectivamente, inauguram o caráter interventor do Estado.

O principal teórico que, na área da economia, justifica a necessidade de adoção do Estado prestacional é Keynes, em um modelo que visa a cura de crises incentivando o social e o consumismo. Fayga Bedê resume de forma simplificada a consistência desse modelo:

Keynes postula o implemento de políticas públicas que fomentam a produção. Com o aumento da produção, obtém-se o aumento dos níveis gerais de emprego (é necessária a contratação de mais mão de obra para fazer frente ao aumento da produção). Aumentando-se o número dos postos de trabalho, há um aumento e uma melhor distribuição da renda circulante. Aumentando-se e distribuindo-se a renda, aumentam os níveis gerais de consumo. Instaurando-se o consumo em massa, são necessários maiores investimentos para fazer frente ao aumento da demanda consumidora; o que vai acarretar um novo aumento na produção, e assim, sucessivamente, caracterizando-se aquilo que Keynes denominou de círculo virtuoso, gerador e um efeito multiplicador de riquezas.^[19]

Como consequência de um estado intervencionista, emerge a segunda geração de direitos fundamentais, representada pelos direitos à igualdade na classificação de Vasak. Aqui não se fala mais em direitos da liberdade perante o Estado, mas uma liberdade garantida por meio deste. O que se garante, como dito, são prestações sociais positivas, como direito ao trabalho digno, direito à saúde, direito à educação etc.

Os direitos de primeira geração, segundo Marmelstein^[20], possuíam como finalidade precípua garantir a participação popular nos negócios públicos. Os de segunda geração, por outro lado, possuem o

objetivo de impor ao Estado diretrizes que possibilitem melhor qualidade de vida ao ser humano, garantindo-lhe dignidade como um pressuposto do exercício da liberdade. Seriam os direitos de segunda geração, em suas palavras, uma “alavanca” capaz de impulsionar o desenvolvimento humano e proporcionar o exercício do direito de liberdade já garantido.

Importante citar, ainda, que nesse período surge uma forte concepção positivista da ciência jurídica, cujo expoente, Hans Kelsen, planta a ideia de que o Direito é aquilo que é posto pelo Estado, o que tornaria qualquer ação legal, justa e legítima, contanto que estivesse positivada no ordenamento e obedecesse a uma norma hierarquicamente superior. Inexiste uma relação necessária entre o direito e a moral, o que fomentou perante o mundo a legitimação de Estados fascistas, notadamente o modelo nazista Alemão. Historicamente, chega-se a mais uma quebra de paradigma que promete mudar novamente a forma que se trata a garantia de direitos: a 2ª Grande Guerra Mundial.

2.4 O Constitucionalismo Contemporâneo ou Neoconstitucionalismo

A 2ª Guerra Mundial foi marcada pela dizimação em massa de populações e pela crueldade utilizada pelos Estados para alcançarem seus fins. As ações atrozess eram fundamentadas pelo Direito, cujo cunho positivista as legitimava, causando um grande trauma pelo mundo, mudando-o completamente. Paulo Henrique Gonçalves Portela relata a experiência da Guerra e as mudanças que sobrevieram:

A II Guerra foi marcada por atrocidades sem precedentes e pelo emprego de meios de violação da dignidade da pessoa humana que se aproveitavam dos inúmeros avanços tecnológicos da época e que eram, portanto, capazes de provocar prejuízos significativos. Ao mesmo tempo, esse período da história foi também marcado pela profusão de regimes totalitários, que diminuía a importância da pessoa dentro do Estado, como o Nazismo, o qual pretendia, ademais, condicionar o gozo de direitos à pertinência a uma determinada raça. No universo jurídico, vivia-se a época do positivismo exacerbado,

em que a dimensão axiológica da norma tinha importância reduzida ou nula. Por fim, a soberania nacional era entendida como praticamente absoluta, protegendo o Estado contra ações internacionais motivadas pela situação dos direitos das pessoas nos respectivos âmbitos de competência. Na medida em que a II Guerra avançava, as negociações que os Aliados promoviam para reorganizar o mundo após o conflito eram pautadas por percepções como a de que o desrespeito aos direitos humanos estava na raiz dos conflitos, bem como a de que a cooperação internacional era instrumento fundamental para a realização dos interesses da humanidade. No Direito, a doutrina promovia o resgate do valor como elemento relevante da norma, e afirma-se uma nova orientação: a de que a soberania perderia seu caráter absoluto quando ocorressem atos que violassem a dignidade da pessoa e que pudessem pôr em risco a estabilidade internacional.[\[21\]](#)

Com o fim da disputa, diversos juristas, inclusive os que fundamentaram o positivismo em acepções totalmente desligadas da teoria dos valores, repensaram suas ideias. Buscou-se uma reaproximação entre direito e moral, e, após uma experiência empírica de que a norma não é justa e legítima apenas por restar positivada em um ordenamento, passou-se a discutir direitos humanos como aqueles que merecem ter caráter universal. Uma superação da dicotomia entre direito natural e direito positivo por meio do diálogo entre direito e moral se fez necessária, o que no Brasil ficou conhecido como movimento pós-positivista, que, na posição de Luís Roberto Barroso[\[22\]](#), constitui o marco filosófico do Neoconstitucionalismo.

Com uma reaproximação axiológica na ciência jurídica, passou-se a discutir que a norma não é formada apenas por regras, mas também por princípios aos quais se deve observância. Robert Alexy[\[23\]](#), jurista alemão, aduz que os princípios são considerados “mandamentos de otimização”,

caracterizando-se por poderem ser satisfeitos em diferentes graus, ao passo que possuem alto grau de generalidade e valoração. Por outro lado, as regras são normas que, pela baixa carga axiológica, não abrem espaço para muitas discussões, devendo ser satisfeitas ou não, sem que haja um meio termo. No Brasil, portanto, especialmente com a Constituição de 1988, a questão de vinculação aos princípios restou patente, junto com a ideia de redemocratização que permeava o seio social.

Nesse panorama surgem os direitos fundamentais de terceira geração. Estes são classificados, na proposta de Vasak, como direitos ligados à fraternidade, possuindo, portanto, cunho difuso ou transindividual, o que mostra, em razão disso, o desprendimento da titularidade dos direitos a uma só pessoa ou grupo, sendo pulverizados por toda uma sociedade que busca sua garantia. Entre o rol de direitos de terceira geração, podem ser citados o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio-ambiente, à qualidade de vida e à preservação do acervo cultural da humanidade. Ingo Wolfgang Sarlet propõe uma reflexão sobre o assunto, pela dificuldade trazida para a proteção e efetividade desses direitos:

A nota distintiva destes direitos de terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção. A atribuição da titularidade de direitos fundamentais ao próprio Estado e à Nação (direitos à autodeterminação, paz e desenvolvimento) tem suscitado sérias dúvidas no que concerne à própria qualificação de grande parte destas reivindicações como autênticos direitos fundamentais. Compreende-se, portanto, porque os direitos da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e

responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação.[\[24\]](#)

Nota-se, assim, uma grande evolução no sistema de garantia dos direitos fundamentais, de direitos essencialmente ligados ao indivíduo e que dele não se desprendem em momento algum, até a direitos que são essencialmente pertencentes a todos que contenham a condição de ser humano, sem diferenciação. É certo que em classificações como as elaboradas por Paulo Bonavides alguns são movidos para a quarta e a quinta geração, o que é desinfluyente para o presente estudo, ao passo que este se preocupa com a sistemática de garantia de direitos, não com a discussão de terminologias ou readequações em outras classificações.

Importa discutir que, no contexto constitucional hodierno, guiado pela missão de dar garantia e efetividade a direitos fundamentais, surge o chamado Neoconstitucionalismo, cujo marco filosófico é denominado pós-positivismo. Não basta que haja um Estado de Direito, mas um Estado Constitucional Democrático, vale dizer, no qual a legislação elaborada pelos representantes do povo impera, porém sob “rédeas” de uma constituição permeada de direitos fundamentais.

Entre as diversas características do modelo neoconstitucionalista, quando visto sob uma perspectiva teórica, observa-se a revisão de três teorias juspositivistas: a teoria das fontes, a teoria das normas e a teoria da interpretação. No que se refere a teoria das fontes, há uma substituição do legicentrismo pela centralidade da Constituição, norma de cunho hierarquicamente superior e que permeia o ordenamento como um todo. [\[25\]](#)

Em relação à teoria das normas, destaca-se Konrad Hesse[\[26\]](#), que em 1959 elaborou a obra “A força normativa da Constituição”, em que mostra o seu caráter eminentemente jurídico, não mais meramente político.

Já no concernente à teoria da interpretação, fala-se da centralidade da Constituição, ou seja, em uma perspectiva do Direito como um todo que paira sobre uma filtragem constitucional. Dessa forma, toda a ciência jurídica, e todos os instrumentos normativos vigentes devem obediência à

Constituição, servindo esta como uma lente através da qual se deve olhar o restante do ordenamento.^[27] O tema é explanado por Luís Roberto Barroso:

A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.^[28]

Os princípios, como já explanado, devem ser aplicados juntamente das normas, não mais com um grau residual de normatividade. Assim, se admite uma interpretação mais ampla do Direito, que não se restringe mais à mera subsunção de um fato a uma lei sem qualquer carga axiológica, conforme dita Alexy. Havendo um conflito de princípios, no qual se admite a integração de uns com outros, é possível falar-se em sopesamento, ponderação.

Entre todas as significativas transformações ocorridas, duas são de grande relevância para a presente abordagem. A primeira é a de que o Poder Judiciário, que em certos momentos históricos era considerado um dos mais fracos, passou a ser protagonista na história recente, inclusive na brasileira. Tal revelação é explicada porque, se em um ordenamento é garantida a supremacia constitucional, deverá um poder resguardar essa superioridade, sendo detentor das mais diversas prerrogativas aptas a garantir essa missão.

A segunda característica neoconstitucional de grande valia refere-se à rematerialização das constituições.^[29] Por todo o mundo diversas constituições passaram a consagrar extensos catálogos de direitos fundamentais, visando dar a estes a máxima efetividade. Esse catálogo inicialmente nortearia o Poder Público para algo que se queira alcançar, mostrando que as constituições são dirigentes. Chamou-se tais normas de programáticas por disporem de projetos para um Estado perfeito a ser

alcançado pela Administração Pública, que deverá reger seu governo visando a, algum dia, alcançar o que disciplina a Constituição.

3 CONCLUSÃO

Pode-se trazer a título de conclusão a percepção de que o sistema de garantia de direitos tidos por fundamentais evoluiu sensivelmente ao longo dos séculos. Passou-se de um modelo estatal notadamente absenteísta e mero garantidor do próprio poderio estatal para um modelo cuja finalidade precípua consiste na efetivação de direitos humanos.

Enquanto que, nos primórdios, havia concentração de esforço estatal na proteção apenas de seus próprios interesses, mostrou o transcurso do tempo uma constante tendência de transformação da realidade, passando o Estado a visar a proteção daqueles que nele residem, da própria coletividade e até mesmo da humanidade e do planeta.

O movimento constitucionalista mostra-se, em geral, bem-sucedido no seu intento de garantir força normativa a uma lei fundamental de hierarquia superior, e, nesse processo, acabou por trazer como uma de suas mais ricas consequências: a efetiva garantia de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BEDÊ. Fayga Silveira. O Estado e seus (des)caminhos econômicos. **Opinião Jurídica – Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus**, Fortaleza, ano 2, n. 3, p. 34-78, 2004.1.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**: pressupostos de fato e teóricos reveladores de seu papel e de seus limites. 2008. 393 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOHNHAUPT, Heinz; GRIMM, Dieter. **Constituição**: História do conceito desde a antiguidade até nossos dias. Belo Horizonte: Livraria Tempus, 2012, p. 27-28.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, ano 10, n. 43, p. 247-268, 2008.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

SEELAENDER, Airton Lisle Cerqueira Leite. Notas sobre a constituição do direito público na idade moderna: a doutrina das leis fundamentais. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 197-232, jan. 2006. ISSN 2177-7055. Disponível em: . Acesso em: 03 jun. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/15101>.

NOTAS:

[1] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5-6.

[2] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

[3] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5-6.

[4] BARROSO, Luís Roberto, **op.cit.**, p. 6-7.

[5] MOHNHAUPT, Heinz; GRIMM, Dieter. **Constituição**: História do conceito desde a antiguidade até nossos dias. Belo Horizonte: Livraria Tempus, 2012, p. 27-28.

[6] SEELAENDER, Airton Lisle Cerqueira Leite. Notas sobre a constituição do direito público na idade moderna: a doutrina das leis fundamentais. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 197-232, jan. 2006. ISSN 2177-7055. Disponível em: . Acesso em: 03 jun. 2017.

[7] Ibid., p. 198

[8] Ibid, p. 201.

[9] Ibid, p. 205.

[10] Ibid, p. 212.

[11] Explicando a importância do caso, bem esclarece Dirley da Cunha Júnior: "A decisão de Marshall representou a consagração não só da

supremacia da Constituição em face de todas as demais normas jurídicas, como também do poder e dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição. Considerou-se que a interpretação das leis era uma atividade específica dos juízes, e que entre essas figurava a lei constitucional, como a lei suprema, de modo que, em caso de conflito entre duas leis a aplicar a um caso concreto, o juiz deve aplicar a lei constitucional e rejeitar, não a aplicando, a lei inferior”. (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 269.)

[12] BEDÊ. Fayga Silveira. O Estado e seus (des)caminhos econômicos. **Opinião Jurídica – Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus**, Fortaleza, ano 2, n. 3, p. 34-78, 2004.1, p. 36.

[13] MOHNHAUPT, Heinz; GRIMM, Dieter., op. cit., p.69.

[14] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

[15] BONAVIDES. Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

[16] Ibid., p. 37.

[17] MARMELSTEIN. George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 48.

[18] BEDÊ, **op. cit.**, p.39.

[19] Ibid., p. 42.

[20] MARMELSTEIN. George, **op. cit.**, p. 51-52.

[21] PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 634.

[22] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.) **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 60.

[23] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90-91.

[24] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 49.

[25] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, ano 10, n. 43, p. 247-268, 2008, p. 250.

[26] HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

[27] MOREIRA, Eduardo Ribeiro, op. cit. p. 251.

[28] BARROSO, 2009, p. 62.

[29] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional:** pressupostos de fato e teóricos reveladores de seu papel e de seus limites. 2008. 393 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 13.

IMPOSTO SOBRE VALOR AGREGADO: ESTUDO SOBRE BENEFÍCIOS DA REFORMA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA COM IMPLANTAÇÃO DO IVA

GIOVANI NEVES: Analista de produção, estudante de direito na universidade AJES de Juina/MT.

COSTA DA WOLNEY ADALBERTO BELOTTO

(Orientador) [1]

RESUMO: Objeto de estudo é sobre a reforma do sistema tributário brasileiro, com ênfase na criação do Imposto Sobre o Valor Agregado (IVA), que juntaria o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), e parte do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN ou ISS), e que passaria a ser arrecadado, exclusivamente, no Estado destinatário das mercadorias e serviços. Buscando, com essa proposta, apresentar uma forma de tributação mais evoluída, mais simplificada e segura, com maior facilidade para a fiscalização, em harmonia com a proteção do pacto federativo constitucionalmente estabelecido. O maior obstáculo para qualquer aprovação de uma reforma tributária no Brasil é o receio dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) de perderem arrecadação, dado que os tributos constituem-se, em regra, na maior fonte de recursos para os administradores regionais e locais. Nesse contexto, a criação do IVA parece em ser mais uma barreira, uma vez que ele seria de competência estadual, fato que traz receios para a União e para os Municípios. O presente trabalho foi realizado com método da indução, partindo-se do particular da caracterização do Imposto sobre Valor Agregado (IVA) para se atingir o universal, a implantação e implementação do IVA no Sistema Tributário Brasileiro, de modo a substituir tributos que, atualmente, incidem indiretamente sobre preços, a exemplo do ICMS e do IPI, encarecendo produtos e onerando contribuintes, dada à complexidade para a apuração, controle e recolhimento.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Tributária. Imposto Sobre Valor Agregado. IVA

ABSTRACT: The study object is the Brazilian Tributary System Reform, focusing in the creation of a new tax, the “IVA”. This new tax would “put together” the ICMS, IPI and a part of the ISS, and this new tax would be charged exclusively by the State where the services and the products were destined for. This proposal objective is presenting and introducing a simple and more evolved way of calculating and charging taxes, also easier for tributary inspection, in harmony with the Federative Pact, constitutionally established before. The biggest obstacle to any approval of a tax reform in Brazil is the fear of federated entities (Union, States, Federal District, and Municipalities) of losing revenue, since taxes are, as a rule, the largest source of funds for regional and local administrators. In this context, the creation of VAT seems to be another barrier, since it would be a state competence, a fact that brings fears to the Union and to the Municipalities. The present work was carried out using the induction method, starting from the characterization of Value Added Tax (IVA) to reach the universal, the implementation and implementation of IVA in the Brazilian Tax System, in order to replace taxes that currently, indirectly affect prices, such as ICMS and IPI, making products and taxpayers more expensive, given the complexity of the calculation, control and collection.

Word Key: Tributary Reform. Tax charged up added value. IVA

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1.1 TRIBUTAÇÃO SOBRE CONSUMO. 1.2 IMPOSTO SOBRE VALOR AGREGADO. 2 Relação da atuação do IVA no Mercosul. 3 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA TRIBUTAÇÃO SOBRE CONSUMO. 3.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE OU ISONOMIA TRIBUTÁRIA. 3.2 PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. 3.3 Princípio da uniformidade geográfica. 3.4 Princípio da neutralidade fiscal. 4 BENEFÍCIOS DA IMPLANTANÇÃO DO IVA NO BRASIL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O Imposto sobre o Valor Agregado ou Adicionado (IVA), é um tributo indireto, incidente sobre o consumo, e originou-se na França, em meados dos anos trinta do século XX. Com sucesso de sua implantação e

arrecadação, essa ideia rapidamente se espalhou pela Europa e, inclusive, pela América.

Nos países da América do Sul, o IVA surgiu com o intuito de promover a tributação nas transações efetivadas entre os países integrantes do MERCOSUL. À exceção do Brasil, todos os parceiros integrantes desse bloco econômico contam com esse imposto em seu sistema tributário. O Brasil ainda é o único membro desse bloco que não implantou o IVA como tributo.

No sistema tributário brasileiro, tem-se a tributação sobre a renda, o consumo e a propriedade. Em regra, os demais impostos são derivados de uma dessas três formas. Com implantação do IVA, a fiscalização e arrecadação seriam simplificadas e agilizadas, trazendo em sua composição o IPI, o ICMS, e o ISS, desonerando os contribuintes e o setor produtivo da complexidade administrativa atualmente encontrada para o cumprimento de todas as obrigações que cercam esses três tributos.

O maior obstáculo para a aprovação de qualquer reforma tributária no Brasil é o receio dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) de perderem arrecadação, dado que os tributos constituem-se, em regra, na maior fonte de recursos para os administradores regionais e locais. Nesse contexto, a criação do IVA parece em ser mais uma barreira, uma vez que ele seria de competência estadual, fato que traz receios para a União e para os Municípios.

A pesquisa que aqui foi realizada por meio de estudos bibliográficos e jurisprudenciais, objetivando constatar que a implementação do imposto sobre valor agregado.

1 APRESENTAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE VALOR AGREGADO (IVA)

A princípio daremos breve conceito de tributo para que com isso adentremos na apresentação do imposto sobre valor agregado (IVA), para maioria da doutrina tributo é uma prestação pecuniária ao Estado ou seja prestar dinheiro ao Estado, no artigo 3º do código tributário nacional, logo no início diz que “tributo é obrigação pecuniária compulsória em moeda”.

O tributo é uma prestação compulsória, logo, não contratual, não voluntária ou não facultativa. Com efeito, o Direito Tributário pertence a seara do direito público, e a supremacia de interesse público dá guarida a imposição unilateral de obrigações, independentemente da ausência do obrigado. [2]

Durante o desenvolvimento industrial processo de produção estava partido em diferentes etapas, que por sua vez passaria a ser um produto final, sendo assim cada parte desse processo era produzido em determinadas fabricas, cada etapa da produção era tributada, gerava uma onda de impostos, posteriormente sendo cobrado sobre a produção sem o abatimento do imposto já recolhido na etapa anterior, gerando um efeito cascata, com o imposto embutido, ao produto final era tributado mais uma vez, elevando os preços prejudicando o sistema econômico.

Deste modo com um efeito devastador no mercado financeiro a França por volta dos anos 30, revisa seu sistema tributário e desenvolve o *taxe sur valeur ajoutée* (taxa sobre valor agregado), que teria em seu funcionamento, o seguinte aspecto se na etapa anterior já houve-se, o recolhimento do imposto possibilitava que fosse abatido ao valor já pago e debita-se o valor da saída, subtraindo do crédito, para alcançar o valor final a ser recolhido, dessa forma tributação seria somente sobre o valor agregado ou adicionado do produto. [3]

Desta maneira com sucesso *taxe sur valeur ajoutée* (taxa sobre valor agregado), acontece o surgimento do IVA (imposto sobre o valor agregado), que tributava de maneira indireta sobre o consumo (são aqueles que se pagam por bens ou serviços no final de sua utilização no país onde são consumidos), que via de regras extinguiu chance de acontecer um efeito (cascata), que se acumulava repetidamente a incidência do imposto, por cada operação realizada, gerando uma distorção nos preços.[4]

O imposto indireto é aquele em que o ônus financeiro do tributo é transferido ao consumidor final, por meio do fenômeno da repercussão econômica, não ligando “o ônus

tributário a um evento jurídico ou material e não dispondo de um parâmetro direto para apurar a capacidade econômica do contribuinte. [5]

1.1 TRIBUTAÇÃO SOBRE CONSUMO

O consumo toma proporção mais econômica do que jurídica, pelo fato que a partir do desenvolvimento industrial a demanda por produtos e serviços aumenta consideravelmente, mas quando começa um termo que seria a tributação sobre consumo que ganha repercussão nacional e internacional que incide diretamente sobre bens e serviços, em que convergência é repercussão econômica da carga desta tributação que vai incidir diretamente o consumidor final, também chamado de (contribuinte) é deste signo (consumo). [6]

O imposto sobre consumo pode ser (monofásico), tendo sua arrecadação em uma única etapa no consumo final, e também poderá ser (plurifásico), que incide em todas as etapas das operações econômicas, onerando espontaneamente o consumo. [7]

O sistema de tributação sobre o consumo ocorre nas despesas adquiridas pelos consumidores, sendo um aspecto da tributação indireta, o valor do tributo é repassado para o consumidor final. Atualmente no Brasil o tributo sobre consumo bens e serviço é responsável sozinho pela maior parte da arrecadação tributária, ou seja, os outros derivados de impostos que seria o rendimento e o patrimônio tem sua carga de tributo mais flexível em comparação com a do consumo, que se torna sufocante para classe econômica baixa, alguns estudos aponta que o trabalhador que ganha um salário mínimo gasta 70% em pagamento de imposto e quem ganha mais de dez salário mínimo gasta apenas 20% em pagamento de imposto.

1.2 IMPOSTO SOBRE VALOR AGREGADO

O imposto sobre valor agregado constitui em tributa a incidência que agrega valor de bens e serviços, isso significa que considera a razão causadora da obrigação tributária é valor que se adiciona/agrega, na base

cálculo do imposto deverá ser este valor acrescentado no produto adquire em relação à etapa anterior. [8]

O método do valor acrescido permite ainda que a carga tributária seja repartida por todo o ciclo de produção e comercialização, diluindo o ônus econômico entre todos os integrantes do circuito e criando uma relação de interdependência e oposição de interesses entre os contribuintes. Isso coopera para que todos os contribuintes tenham interesse em escriturar adequadamente sua contabilidade, para aumentar o máximo possível as somas dedutíveis. Assim, diminui-se, inclusive, a evasão fiscal, pois se reduz o interesse nas compras sem a emissão de notas fiscais.[9]

Neste contexto o imposto valor agregado, não incidência na base de cálculo mais de uma vez sobre em um determinado produto ou serviço, já que temos a ciência que alguns produtos serão derivados de outros, para que com isso evite efeito “cascata”, já citado anteriormente, que seria uma múltipla contagem do tributo, via de regra o IVA é um imposto indireto sobre o consumo e não cumulativo só incidi uma única vez no preço final do produto ou serviço, um tributo neutro.

A o delimitar o IVA como um tributo neutro significa afirma que todos os meios econômicos devem ser capazes de se readquirir em cada etapa econômica, o imposto sobre valor agregado que amortizaram ou está em debito em analogia aos bens ou serviços que lhes foram adquiridos, de atitude que não inventa nenhum benefício a esfera econômica adequado na etapa produtiva dano segurança e paridade a concorrência entre mercadorias nacionais. [10]

2 Relação da atuação do IVA no Mercosul

O mercado comum do Sul (Mercosul), foi uma estratégia de organização conjunta para aquecer o desenvolvimento econômico e social, os cinco pais assinam o Rose Garden Agreement, o conhecido também por 4+1, em junho de 1991. Se dá início ao primeiro acordo estabelecido

pelos os quatro países do Mercosul, assinado também dias após o Tratado de Assunção. [11]

Com o Tratado de Assunção, o Mercosul surgiu com união dos países compostos por Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai. Entre os principais motivos dessa união aduaneira está também a redução progressiva linear das tarifas, também visando eliminação dessas tarifas e a consignação de uma tarifa externa comum (CET). Via de regra com a consequência da tarifa externa comum e com imposto sobre valor agregado os integrantes do bloco econômico passariam a facilitar o livre comércio de mercadorias, fermentando a economia. [12]

Nos países da América do Sul, o IVA surgiu com o intuito de promover a tributação nas transações efetivadas entre os países integrantes do MERCOSUL. À exceção do Brasil, todos os parceiros integrantes desse bloco econômico contam com esse imposto em seu sistema tributário. O Brasil ainda é o único membro desse bloco que não implantou o IVA como tributo.

Seguindo esta mesma linha o sistema tributário brasileiro, tem-se a tributação sobre a renda, o consumo e a propriedade. Em regra, os demais impostos são derivados de uma dessas três formas. Com implantação do IVA, a fiscalização e arrecadação seriam simplificadas e agilizadas, trazendo em sua composição o IPI, o ICMS, e o ISS, desonerando os contribuintes e o setor produtivo da complexidade administrativa atualmente encontrada para o cumprimento de todas as obrigações que cercam esses três tributos.

3 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA TRIBUTAÇÃO SOBRE CONSUMO

3.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE OU ISONOMIA TRIBUTÁRIA

Com estruturação dos sujeitos em sociedade, nasce então o Estado. Com este nascimento o Estado se encarrega de organizar a sociedade que gera necessidade e demanda de recursos para cumprir com suas atribuições: educação, segurança, educação, saúde etc.

Desta forma o Estado não pode tributa todos de uma mesma forma, por este fato se tem o princípio da igualdade ou Isonomia tributária é a obrigação que estado tem de tributa, igual aos iguais e desiguais aos desiguais, e desta maneira ceifa quaisquer formas de possibilidade de discriminatória de concessão de privilegio, o mesmo princípio se encontra na constituição federal Brasileira de 1988 no seu artigo 150, Inciso II. [13]

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida. [14]

3.2 PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Conforme o princípio de capacidade contributiva, os cidadãos serão tributados pelo Estado de acordo com sua capacidade contributiva, via de regra os contribuintes que são mais favorecidos em relação sua capacidade contributiva arcara com ônus tributário mais elevado e os que tem sua capacidade reduzida terá ônus tributário reduzido, neste aspecto estabelece o limite do Estado de tributa, pois ninguém será legitimamente obrigado contribuir superior à sua capacidade. [15]

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. [16]

Segundo Nogueira, o imposto deve ser adequado a aptidão econômica de cada um ele deve ser abrangido segundo atribuição econômica das pessoas e dos objetos fiscais a igualdade em expressão da lei fiscal, isto significa que os contribuintes devem adquirir ônus tributário fiscal, quando estão nas mesmas condições econômicas, o tributo é criado

pele legislador com as diretrizes políticas, social etc., toda via os encargos depende somente do resultado econômico.[\[17\]](#)

3.3 Princípio da uniformidade geográfica

Fica de competência à união estabelecer tributos federais de maneira invariável por todo território nacional, sendo incondicional sustentação com o princípio da isonomia, sem embargo do fundamento do princípio federativo, como dispõe art. 60, §4, I, da Constituição Federal de 1988, que estatui a igualdade entre os entes que integram a nossa **FEDERAÇÃO, QUE VEDA A HIERARQUIZAÇÃO ENTES ELES.**[\[18\]](#)

REFERE-SE, O POSTULADO A TODOS OS TRIBUTOS, ENTRE OS QUAIS ESTÃO OS IMPOSTOS. COM EFEITO, O TRIBUTO FEDERAL, POR EXEMPLO, DEVE CONTER A MESMA ALÍQUOTA EM TODA A EXTENSÃO TERRITORIAL DO PAÍS. ESSA É A RAZÃO POR QUE SE INTITULA O INDIGITADO PRINCÍPIO DE “POSTULADO DA DEFESA DA IDENTIDADE DE ALÍQUOTAS”.[\[19\]](#)

O PRINCIPAL FUNDAMENTO DESSES LIMITES, AO DEFENDER A LIBERDADE IR E VIR, A LIBERDADE DE comércio e o federalismo, é a aprovação da unidade econômica e política do país. Em outro vocabulário, se houve acréscimo de alíquotas de impostos federais, essa majoração deverá acontecer em todo o território nacional de maneira uniforme, do contrário se algum estado do país, tiver um aumento diferenciado estará, portanto, ferindo o princípio da uniformidade tributária.

3.4 Princípio da neutralidade fiscal

O princípio da neutralidade fiscal, visa a segura a ordem e a coerência ao sistema tributário, via de regra este pilar busca estabelece um valor ou fim de diminuir genuinamente as alusões da tributação em objeto de decisão dos agentes econômicos, de capacidade que evite deformidades e conseqüente ineficiência no sistema econômico. [\[20\]](#)

Resumidamente um tributo sobre consumo de todos os bens e serviço tivesse sua alíquota uniforme sobre todos eles, este tributo se tornaria neutro, desta forma o preço não teria alteração relativo econômica.

Mas se fosse ao inverso tivesse alíquotas diferente para alguns produtos, poderia abaixar seu consumo ou aumenta, um simples exemplo bebidas e cigarros tem uma alíquota maior para freia o consumo em excesso.

4 BENEFÍCIOS DA IMPLANTANÇÃO DO IVA NO BRASIL

A princípio uma maneira de implantação do IVA no Brasil, seria tributa apenas o excedente sobre a renda destinada a incidência econômica de bens e serviços, que se encontra na posição de produção, de circulação e de consumo, de regra não cumulativo com o abatimento da etapa já recolhida anteriormente, de modo que em sua composição ficaria com os seguintes tributos; Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), o Imposto sob Produtos Industrializados (IPI) e parte do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), e que passaria a ser arrecadado, exclusivamente, no Estado destinatário.[\[21\]](#)

A competência do imposto sobre produtos industrializados (IPI), segundo o art.153, IV da CF estabelece ser atribuição da União a instituição do IPI. É um imposto não cumulativo isto significa que é compensado o que foi recolhido em cada operação com o montante cobrado anteriores.

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: IV - produtos industrializados; § 3º O imposto previsto no inciso IV: I - será seletivo, em função da essencialidade do produto; II - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores; III - não incidirá sobre produtos industrializados destinados ao exterior.[\[22\]](#)

O ICMS atualmente é de competência Estadual e também do Distrito Federal, e representa cerca de 80% da arrecadação dos Estados. É um imposto plurifásico (incide sobre o valor adicionado), respeitando o princípio da não cumulatividade – dispendo o art. 155, §2º, I, CF.[\[23\]](#)

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal; [24]

Neste mesmo raciocínio chegamos ao último imposto que integraria o IVA, Imposto sobre serviço de qualquer natureza (ISSQN ou ISS), dispendo o art.156, III, CF. É de competência dos Municípios e também do Distrito Federal mediante a lei ordinária, a instituição do ISS.[25]

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. [26]

O que fundamenta a proposta do IVA, é tributar sobre consumo e não a produção ou exportação. A exportação provoca renda que se modifica em consumo. Em sintonia da renda gerada no processo exportação, como no consumo e na receita fiscal, depende de um sistema de fatores pertinentes na estrutura produtiva e aos fluxos de comércio. [27]

Conforme apresentado com implantação do IVA, a fiscalização e arrecadação seriam simplificadas e agilizadas, trazendo em sua composição o IPI, o ICMS, e o ISS, deixando o recolhimento para o Estado destino respeitado o Pacto Federativo, com isso desonerando os contribuintes e o setor produtivo da complexidade administrativa atualmente encontrada para o cumprimento de todas as obrigações que cercam esses três tributos.

As vantagens do IVA em relação tributação atual no Brasil, sobre o consumo são evidentes, já citado anteriormente todos os membros do bloco econômico Mercosul possui o Imposto sobre o valor agregado em seu sistema tributário, com criação do IVA que é um tributo de fácil

compreensão, fiscalização e arrecadação, ao contrário da tributação brasileira que se comporta de caráter complexa em aspecto de fiscalização e arrecadação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta de pesquisa aqui apresentada tem o objetivo de apresentar os benefícios para uma possível implantação do imposto sobre o valor agregado junto com a tão defendida e pouco realizada reforma do sistema tributário brasileiro, o qual, por complexo e pela existência de tributos que integram o preço dos produtos, encarecem e dificultam o cumprimento das obrigações tributária por parte dos contribuintes.

A pesquisa foi desenvolvida por meio estudos interpretativos da doutrina e da jurisprudência, com o intuito, inclusive, de oferecer alternativa legislativa que possa viabilizar a implantação do Imposto sobre Valor Agregado (IVA) no ordenamento tributário brasileiro, sendo certo que o estudo tem características apenas acadêmica, não envolvendo, por impossível, estudos de viabilidade econômica, os quais serão deixados aos especialistas mais bem preparados para esta função.

O resultado da pesquisa que Brasil, precisa de uma reforma tributária , para que os contribuintes realizem suas escriturações fiscais de forma correta não omitindo dados, para que tal fato aconteça o Estado deve simplificar seu sistema tributário, porque devido burocracia que atualmente emana do Estado e também levando em consideração alta carga tributária, que dificulta a escrita fiscal, toda via gera o aumento de números de não emissões de nota fiscais, fazendo perda de arrecadação aumenta consideravelmente.

REFERÊNCIAS

Andrade, Juliana Demori de. **Direito de integração no Mercosul e o processo de harmonização legislativa dos impostos sobre vendas e circulação de mercadorias**. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2013. Acesso em: 2017-09-17.

BEMNCÁ, Paulo. **Tributação do consumo pela sistemática do valor adicionado**. Dissertação (Mestrado de Direito). – Centro de ciências Jurídicas curso de Pós-Graduação em Direito Mestrado-Turma Especial, Universidade Federal de Santa Catarina -UFSC, São Paulo. 2001. Acesso em: 2017-09-15.

Benincá, Paulo. **Tributação do consumo pela sistemática do valor adicionado**. Dissertação (Mestrado de Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina 2001. Acesso em: 2017-09-17.

BRASIL. **VADE MECUM**. 23 ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2017.

CASTARDO, Hamilton Fernando. **Primeiras Linhas de Direito Tributário Nacional**. 1 ed. Campinas/SP: Millennium, 2008.

Cordeiro, Ferreira Bruno. **Os impactos do Mercosul sobre o comercio: uma abordagem gravitacional**. Dissertação (Mestrado de Ciências Econômicas) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Acesso em: 2017-10-07.

LANDIM, I.J. et al. **O imposto sobre o valor agregado na reforma tributária**. Monografia (Especialização em Auditoria Fiscal Contábil). - Núcleo de Pós-Graduação Avançada (NPGA) da Escola de Administração da Universidade Federal da Bahia- UFBA, Bahia. 2001. Acesso em: 2017-09-15.

Macedo, Oliveira Alberto Jose. **Conflitos de competência na tributação do consumo**. Tese (Doutorado de Direito). –Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. 2013. Acesso em: 2017-09-14.

NOGUEIRA, Barbosa Rui. **Da interpretação e aplicação das leis tributárias**. 2 ed. São Paulo/SP: Bushatsky, 1974.

SABBAG, Eduardo De Moraes. **Manual de Direito Tributário**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SABBAG, Eduardo. **Direito tributário I**. 42 ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2012.

Silva, Thais Laura. **Política externa Brasileira para o Mercosul: Interesse estratégicos e crise da integração regional.** Dissertação (Mestrado de Ciências Políticas) -Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Acesso em: 2017-10-07.

SIMÃO JÚNIOR, Foch. **Imposto sobre o valor agregado: estudo de viabilidade.** Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) - FGV - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2003. Acesso em: 2017-10-07.

Vasconcellos, de Coelho Pereira Mônica. **ICMS: Distorções e medidas de reforma.** Dissertação (Mestrado de Direito). –Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. 2013. Acesso em: 2017-09-17.

NOTAS:

[1] **Belotto, Costa da Wolney Adalberto** Prof. orientador da AJES, Faculdades do Vale do Juruena, Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí), graduado em Direito pelo Centro Universitário La Salle - Canoas e Pós-Graduado em Penal e Processo Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). – Juína/MT; adalbertobelotto.adv@gmail.com

[2] SABBAG, Eduardo. **Direito tributário I.** 42 ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2012. p. 107.

[3] LANDIM, I.J. et al. **O imposto sobre o valor agregado na reforma tributária.** Monografia (Especialização em Auditoria Fiscal Contábil). - Núcleo de Pós-Graduação Avançada (NPGA) da Escola de Administração da Universidade Federal da Bahia- UFBA, Bahia. 2001.p.44.

[4] LANDIM, I.J. et al.op.cit., p.45.

[5] SABBAG, Eduardo De Moraes. **Manual de Direito Tributário.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.408.

[6] MACEDO, Oliveira Alberto Jose. **Conflitos de competência na tributação do consumo.** Tese (Doutorado de Direito). –Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. 2013.p.22.

[7] BENINCÁ, Paulo. **Tributação do consumo pela sistemática do valor adicionado.** Dissertação (Mestrado de Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina 2001. p.24.

[8] VASCONCELLOS, de Coelho Pereira Mônica. **ICMS: Distorções e medidas de reforma.** Dissertação (Mestrado de Direito). –Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. 2013.p.17.

[9] VASCONCELLOS, op.cit., p. 18.

[10] ANDRADE, Juliana Demori de. **Direito de integração no Mercosul e o processo de harmonização legislativa dos impostos sobre vendas e circulação de mercadorias.** Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2013. p.121.

[11] SILVA, Thais Laura. **Política externa Brasileira para o Mercosul: Interesse estratégicos e crise da integração regional.** Dissertação (Mestrado de Ciências Políticas) -Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p.51.

[12] CORDEIRO, Ferreira Bruno. **Os impactos do Mercosul sobre o comercio: uma abordagem gravitacional.** Dissertação (Mestrado de Ciências Econômicas) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p.13.

[13] CASTARDO, Hamilton Fernando. **Primeiras Linhas de Direito Tributário Nacional.** 1 ed. Campinas/SP: Millennium, 2008. p.58.

[14] BRASIL.**VADE MECUM.** 23 ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2017. p.53.

[15] CASTARDO, op.cit., p.92.

[16] BRASIL. op.cit., p.52.

[17] NOGUEIRA, Barbosa Rui. **Da interpretação e aplicação das leis tributárias.** 2 ed. São Paulo/SP: Bushatsky, 1974. p.43.

[18] CASTARDO, op.cit., p. 99.

[19] SABBAG, Eduardo. **Direito tributário I.** 42 ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2012. p. 82.

[20] VASCONCELLOS, op.cit., p. 51.

[21] SIMÃO JÚNIOR, Foch. **Imposto sobre o valor agregado: estudo de viabilidade.** Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) - FGV - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2003. p.15.

[22] BRASIL. op.cit., p. 55.

[23] SABBAG, Eduardo De Moraes. **Manual de Direito Tributário**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.2303.

[24] BRASIL. op.cit., p.55.

[25] SABBAG, op.cit., p.2206.

[26] BRASIL. op.cit., p.56.

[27] BEMNCÁ, Paulo. **Tributação do consumo pela sistemática do valor adicionado**. Dissertação (Mestrado de Direito). – Centro de ciências Jurídicas curso de Pós-Graduação em Direito Mestrado-Turma Especial, Universidade Federal de Santa Catarina -UFSC, São Paulo. 2001. 93p.

O REFÚGIO: CRISE MUNDIAL E A PARTICIPAÇÃO DO BRASIL NA PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS

ALEX RODRIGUES FREITAS: Técnico em Administração de Empresas pelo - IFTO e Acadêmico de Direito pela Sociedade de Ensino Serra do Carmo - FASEC.

ENIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO
(Orientador)^[1]

RESUMO: A cada ano milhões de pessoas são obrigadas a deixar suas casas e territórios a procura de ajuda devido às guerras, crises políticas e outras formas de ameaças que tiram a sua liberdade e direitos, desta forma os países preocupados com esse constante crescimento que se iniciou com força na segunda guerra mundial, se uniram para criar mecanismos internacionais de ajuda e proteção a essas vítimas. O Brasil faz parte desta liga e atua em consonância com os órgãos internacionais dando auxílio aos imigrantes e refugiados que solicita ajuda em nosso território, sendo um dos países com o maior número de reconhecidos aceitos e isso se dá devido à preocupação com o sistema interno de concessão do refúgio, tendo sido criado a Nova Lei de Imigração que entrou em vigor no mês de Novembro de 2017 e traz uma série de benefícios aos imigrantes e solicitantes de refúgio.

Palavras-chave: Liberdade; proteção; refúgio.

SUMMARY: Every year millions of people are forced to leave their homes and territories seeking help because of wars, political crises and other forms of threats that take away their freedom and rights, thus countries concerned about this constant growth that began with force in the Second World War, have united to create international mechanisms of aid and protection for these victims. Brazil is part of this league and acts in consonance with the international agencies giving aid to the immigrants and refugees that requests help in our territory, being one of the countries with the most recognized ones and this is due to the concern with the internal system of granting of the refuge, having been created to the New Immigration Law that came into force in November 2017 and brings a series of benefits to immigrants and refugee applicants.

Keywords: Freedom; protection; refuge.

1 – INTRODUÇÃO

A crise dos refugiados é um problema que constantemente vem sendo debatido em nossa sociedade atual, acometendo populações de diversos lugares do mundo, desde os refugiados da guerra da Síria, a ascensão do Estado Islâmico, aprofundamento da crise na Líbia, etc. Segundo especialistas estamos vivendo a mais grave crise dos refugiados desde a II Guerra Mundial. Embora esse problema seja histórico, envolvendo cerca de 2.000 anos segundo pesquisas históricas, se percebe que pouco se sabe em relação aos conflitos que ferem os direitos e a dignidade da pessoa Humana.

Com o crescimento das guerras e o avanço das crises econômicas nos países menos desenvolvidos, apresentou-se a necessidade de intervenção internacional para assegurar o direito humanitário, ou segundo Hannah Arendt “o direito a ter direitos”.

Tendo o pensamento social humanitário as grandes nações se uniram e criaram organizações com o fim unicamente de proteger os direitos humanos na esfera internacional, sendo criado a ONU (Organização das Nações Unidas - 24 de outubro de 1945), OEA (Organização dos Estados Americanos - 30 de abril de 1948), OMS (Organização Mundial da Saúde - 7 de abril de 1948) entre outras, com o intuito de buscar em conjunto resolver questões voltadas à solução de problemas internacionais.

Essa União Internacional assegura às vítimas de perseguições, e preconceitos uma oportunidade de viver uma vida digna. Com base no pensamento de Hannah Arendt para se ter acesso a essa ideia de vida digna é fundamental possuir cidadania, sem ela perdemos o nosso “direito a ter direitos” com isso a perda dos direitos fundamentais assegurado aos seres humanos (PEREIRA, 2015, p. 2).

Todos os anos essas organizações internacionais se reúnem com o intuito de discutir sobre temas relacionados à sociedade internacional,

como o caso dos refugiados. Nestes encontros se firmam acordos que se tornam o que conhecemos como Tratados ou Convenções Internacionais em que cada Estado que compõe estas organizações deverá cumpri-los em seu país, por meio de sua legislação interna.

No tocante aos refugiados essa proteção vai além, tendo sido criados tratados e convenções que versam exclusivamente sobre a sua proteção por meio de entidades internacionais como o caso da ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados) que luta pelos direitos e garantias dos indivíduos que necessitam de ajuda.

Com tudo o Refúgio é abordado na Grécia antiga, em Roma e em outras civilizações antigas, se tratando de caráter religioso as perseguições eram implacáveis, mas o respeito e o acolhimento se faziam nos templos e locais considerados sagrados.

A pesquisa histórica identifica que regras bem definidas para refúgio já existiam na Grécia antiga, em Roma, Egito e Mesopotâmia. Naquela época, o refúgio era marcado pelo caráter religioso, em geral concedido nos templos e por motivo de perseguição religiosa (BARRETO, 2010, p.12).

Diante dos diversos conflitos históricos, os que marcaram e ajudaram a concretizar a preocupação sobre os direitos sociais, políticos e econômicos dos refugiados, foram as duas guerras mundiais, que proporcionaram o maior holocausto de pessoas na história da humanidade por motivos de raça, cor, sexo e opiniões políticas diversas do governo.

A ascensão do nazismo na Alemanha em 1933, que imediatamente desencadeou perseguições massivas, primeiramente baseadas em critérios políticos (comunistas, sociais democratas, sindicalistas) e logo étnicos. A chamada “Noite dos Cristais”^[2], que marcou o início da perseguição de cunho anti-semita^[3] em grande escala ocorreu em 1935. Gradativamente, o nazismo estabeleceu todo um sistema de intolerâncias e violências, em que opositores, líderes, homossexuais, artistas, cientistas e

não arianos em geral foram implacavelmente perseguidos e exterminados. (SILVA, 2012, p.15)

Esse massacre gerou um grande impacto no mundo, pelo horror acometido a essas pessoas. Com o grande número de vítimas, sofrendo delimitações em seus direitos, a comunidade Internacional decidiu se unir para assumir a responsabilidade de proteger e assistir os refugiados.

Segundo o Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado (2011, p.13), “No início do século XX, o problema dos refugiados se tornou uma preocupação da comunidade internacional, que, por razões humanitárias, começou a assumir responsabilidades para proteger e assistir os refugiados.”

Devido à crise da Primeira Guerra Mundial a comunidade Internacional enfrentou uma grande questão de como, “definir a condição jurídica dos refugiados, organizar o assentamento ou repatriação e realizar atividades de socorro e proteção” (BARRETO, 2010, p.14).

Com isso no fim da Segunda Guerra Mundial em 1943, devido às grandes proporções de pessoas que tiveram de sair das suas nações e com a instabilidade social, foi criado pelos aliados a Administração de Socorro e Reabilitação das Nações Unidas (UNRRA), sendo realizada nesse mesmo ano a Conferência de Bermudas, que ampliou a proteção aos refugiados os definindo como “todas as pessoas de qualquer procedência que, como resultado de acontecimentos na Europa, tiveram que abandonar seus países de residência por terem em perigo suas vidas ou liberdade, devido a sua raça, religião ou crenças políticas” (BARRETO, 2010, p.14). Essa definição foi uma das orientações para consolidar o entendimento de Refúgio previsto na Convenção de Genebra, de 1951.

Para Jubilut o Refúgio (2007, p.35) “é a acolhida de pessoas perseguidas em outros locais, os quais, com o desenvolvimento da civilização humana e conseqüentemente do Direito Internacional, foram constituindo Estados.”

Diante dos conflitos e o desequilíbrio econômico que abalou os países e o constante número de refugiados que cresceu em proporções alarmantes, foi criada a ONU “Organização das Nações Unidas” em 1945, tendo como papel primordial a sua atuação na manutenção da segurança e da paz internacional, desenvolvendo relações amistosas entre os Estados, e promovendo a cooperação entre os povos na defesa dos direitos humanos e funcionando como um centro de relações nas ações internacionais. (JUBILUT, 2007, p.55)

Os principais objetivos da ONU estão descritos no Capítulo I da Carta das Nações Unidas^[4] que diz:

Art. 1º Os objetivos das Nações Unidas são:

1. Manter a paz e a segurança internacionais e para esse fim: tomar medidas coletivas eficazes para prevenir e afastar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão, ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos, e em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajustamento ou solução das controvérsias ou situações internacionais que possam levar a uma perturbação da paz;

2. Desenvolver relações de amizade entre as nações baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;

3. Realizar a cooperação internacional, resolvendo os problemas internacionais de carácter económico, social, cultural ou humanitário, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião;

4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns.

Com isso foi dado um grande passo para a internacionalização dos Direitos Humanos. Sendo consolidada a União das Nações, em 1948 foi elaborada a Declaração dos Direitos do Homem onde todos os Estados Membros assumiram o compromisso de cumprir e garantir o cumprimento das normativas estabelecidas na Declaração.

É preciso destacar que, com a busca pela proteção dos Direitos Humanos o direito dos refugiados é assegurado em conjunto, dando ao indivíduo a sua devida dignidade, estando esta, conforme cita Pereira (2015 apud AUMEIDA, 2010. p. 311) acima de tudo um valor moral, e como tal, possui a característica de ser inexaurível, ou seja, sempre podemos ter mais dignidade, uma vez que, estão assistidos na sua totalidade, tendo como base formuladora os tratados e convenções.

Devido a total dedicação das Nações em normatizar os direitos e ajudar os Refugiados da Segunda Guerra Mundial, foi criado em 1947 a Organização Internacional dos Refugiados (OIR) com o intuito de resolver os problemas residuais constantes da Guerra.

Em 1950 foi criado o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR, “com a função de proporcionar proteção internacional aos refugiados. O Acnur surgiu como uma instituição apolítica. É uma instituição internacional, humanitária e de cunho social.” (BARRETO, 2010, p.15).

Como o grande número de pessoas que saíam de suas fronteiras em busca de auxílio em outros países, as nações decidiram criar a Liga das Nações somente com o intuito de atuar nestas questões de refúgio. Antes de sua criação, a assistência à vítimas era feita pela Cruz Vermelha, no chamado direito humanitário, que carecia de estrutura para atender à crescente demanda. Não obstante os atendimentos, não existia no estatuto da Cruz Vermelha o conceito de refugiado, sendo que esta conceituação foi criada apenas em 1921 no âmbito do Alto Comissariado para os Refugiados Russos. (JUBILUT, 2007, p.74).

Andrade (2005, p.1), define os refugiados como “pessoas que, devido a conflito armado ou ao regime político vigente nos seus países de origem,

e na impossibilidade de gozarem de proteção nacional, se veem obrigadas a se dirigir a outros Estados em busca de proteção internacional.”

Com a criação do Alto Comissariado para os Refugiados Russos, dava-se início a busca pela proteção dos refugiados, sendo que em 1926 um marco foi realizado no início dessa proteção que foi o Acordo para a Expedição de Certificado de Identidade para os Refugiados Russos e Armênios, um ano depois em 1927 a proteção foi ampliada podendo ser avaliada a solicitação de proteção dos Assírios, Assírios-Caldeus, Turcos e Montenegrinos.

Em 1938 com o término das atividades do Alto Comissariado, a Noruega propôs a unificação do tratamento aos refugiados e a criação de um organismo internacional que fosse o encarregado pela coordenação dessa unificação. Com isso foi criado o Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados (JUBILUT, 2007, p.77).

Foi inaugurada uma nova fase na proteção aos refugiados, tendo em vista que antes uma pessoa era qualificada com esse status adotando critérios globais, em função da sua origem, nacionalidade ou etnia, não sendo necessário que a pessoa comprove-se que sofria perseguição ou ameaça aos seus direitos, tendo como forma a geografia, se ele faz parte de um país que está em guerra ele poderá usufruir dessa proteção. Passa-se a ter agora um novo entendimento sobre o tema não somente no aspecto geral mais no individual também, levando em conta a história de cada indivíduo e a perseguição sofrida por ele.

Ainda em 1938, por influência dos Estados Unidos, foi criado o Comitê Intergovernamental para os Refugiados, que passou a assumir após o fim do Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados as funções de proteção ao refugiado. Em 1947 o Comitê foi extinto sendo criada provisoriamente a Comissão Preparatória da Organização Internacional para Refugiados que assumiu a proteção internacional dos refugiados sob a coordenação da ONU.

A ONU tem a preocupação na temática do refugio desde sua criação, devida a proteção desempenhada aos direitos humanos em sua totalidade, com isso em 1946 adotou em sua composição duas resoluções, a primeira

foi a A/45, de 12.02.1946, que descrevia a atuação da ONU na questão dos refugiados, apontando quatro fundamentos: 1º o caráter internacional do tema; 2º necessidade de ter um órgão internacional de proteção aos refugiados; 3º a impossibilidade de devolver o refugiado para situações de risco; 4º o auxílio ao refugiado no retorno ao seu país de origem; a segunda foi a 15. XII. 46. 18 de 1948, que deu início aos preparativos para a criação da Organização Internacional para Refugiados.

Desde a sua criação, a ONU mostrou-se preocupada com a temática dos refugiados, tendo em 1946 adotado duas resoluções: (1) a resolução A/45, de 12.02.1946, que apontava as bases da atuação da ONU na problemática dos refugiados, elencando quatro fundamentos próprios da temática dos refugiados, quais sejam: (a) o caráter internacional do tema, (b) a necessidade de se estabelecer um órgão internacional para cuidar da proteção dos refugiados, (c) a impossibilidade de se devolverem refugiados para situações de risco (princípio do *non-refoulement*) e (d) o auxílio aos refugiados, objetivando o seu retorno aos seus países assim que possível;¹³⁸ e (2) a resolução 15. XII. 46. 18 (1948), que inicia os preparativos para a criação da Organização Internacional para Refugiados. (JUBILUT, 2007, p.78 e 79).

Mesmo com todos os esforços, desde o século XX, a situação dos refugiados e pessoas deslocadas não tem se resolvido, devido os conflitos locais, guerras civis e a fome constantes. Em pleno século XXI, pra ser mais preciso no ano de 2016 mais de 10 milhões^[5] de pessoas deixaram suas casas pela primeira vez, por conta dos mais variados tipos de conflitos existentes em nosso meio, aumentando assim as estatísticas alarmantes.

Segundo o Relatório Global Trends, divulgado no dia 19 de outubro de 2017 pelo Alto Comissariado da ONU para Refugiados (ACNUR), o número de refugiados e pessoas deslocadas atingiu a incrível marca de 65,6 milhões de pessoas no ano de 2016, comparando com o ano de 2015

houve um aumento de 300 mil, tornando a maior crise humanitária já registrada desde a criação da ONU no ano de 1945 (UNHCR, 2016, p.2)

Segundo dados apresentados neste relatório os países que possui o maior número de refugiados são Síria, Afeganistão, Sudão do Sul e Somália.

Fonte: GloboNews (SOUSA, 2017)

Conforme o gráfico, podemos perceber que a Síria lidera o ranking com 5,5 milhões de refugiados, devido a sua guerra que já dura seis anos, seguida por Afeganistão com 2,5 milhões, Sudão do Sul com 1,4 milhões e Somália com 1 milhão conforme relatório apresentado pela ACNUR.

Já os países que mais acolheu essas pessoas são Turquia, Paquistão, Líbano, Irã, Uganda, Etiópia e Jordânia, países que não são desenvolvidos.

Fonte: GloboNews (SOUSA, 2017)

Os números mostram que os países menos desenvolvidos são os que mais ajudam na prestação de auxílio aos refugiados, o que deixa evidente que não obstante aos problemas econômicos enfrentados pelos países menos desenvolvidos, são estes que demonstram a maior preocupação em dar refúgio aos necessitados.

Durante todo o período de 2016, 10,3 milhões de pessoas foram deslocadas por força dos conflitos ou devido às perseguições, desse total 6,9 milhões de pessoas se deslocaram dentro das fronteiras de seus próprios países e 3,4 milhões são de novos refugiados ou requerentes de asilo (UNHCR,2016, p.2).

O relatório aponta ainda uma surpreendente estatística no ano de 2016, a cada minuto foi registrado 20 novas deslocações, 10 milhões de pessoas eram apátridas ou corriam o risco de se tornar apátridas, 51% eram crianças com idade inferior a 18 anos, 84% dos refugiados foram recepcionados por regiões que estão em desenvolvimento, 552.200 pessoas retornaram aos países de origem, o Líbano manteve o maior

número de refugiados em sua guarda, cerca de 1 em cada 6 habitantes era refugiado, seguido por Jordânia 1 em cada 11 habitantes e Turquia 1 em cada 28 habitantes. Mais da metade dos refugiados, cerca de 55% deles saíram de 3 países Síria 5,5 milhões, Afeganistão 2,5 milhões e Sul do Sudão 1,4 milhões de pessoas. (UNHCR,2016, p.2 e 3).

Devido o grande aumento e as crises eminentes podemos destacar que a solução do problema está longe de se resolver.

– NÚMERO DE REFUGIADOS RECONHECIDOS NO BRASIL EM 2016

O Brasil sempre foi comprometido com as relações que tange aos direitos de proteção aos refugiados, desde a origem deste instituto na década de 50 do século XX, tendo ratificado e recepcionado em seu ordenamento a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, além de fazer parte do Conselho Executivo do ACNUR desde 1958. (JUBILUT, 2007, p.171).

Mesmo com todos os esforços aplicados pelo Brasil no ano de 2016 em resolver a questão dos refugiados em nosso território o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), do Ministério da Justiça e Segurança Pública, afirmou com base em dados por ele apresentados onde ficou constatado que tivemos um aumento de 12% no número total de refugiados reconhecidos em nosso país (ACNUR,2017).

Os dados apresentados pelo CONARE demonstra que o Brasil recebeu no ano de 2016 um total de 9.552 refugiados de 82 nacionalidades, sendo que desse total 8.522 foram reconhecidos através dos mecanismos tradicionais de elegibilidade, 713 entraram no Brasil por meio de reassentamento e 317 receberam os efeitos da condição de refugiado de algum familiar (ACNUR,2017).

Fonte: Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE (ACNUR, 2017)

Podemos perceber nos dados tabulados no gráfico que os países que mais teve refugiados reconhecidos no Brasil no ano de 2016 foi a Síria com 326 pessoas, República Democrática do Congo com 189 pessoas, Paquistão com 98 pessoas, Palestina 57 pessoas e Angola com 26 pessoas (ACNUR, 2017). No mesmo ano os números de solicitações de refúgio caíram 64% comparado com o ano de 2015 em decorrência da diminuição nas solicitações de refúgio dos Haitianos.

Fonte: Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE (ACNUR, 2017)

No ano de 2016 mesmo com a diminuição das solicitações de refúgio, podemos notar que o número de pessoas que busca ajuda no Brasil é muito alto, percebemos nesta tabulação dos países com a maior quantidade de solicitantes em nosso território, destaque para Venezuela com 3.375, Cuba com 1.370, Angola com 1.353, Haiti com 646 e Síria com 391 solicitações.

No caso dos Venezuelanos esse número é recorde comparado ao ano de 2015 que atingiu a marca de 829 solicitações, tendo uma proporção de 307% a mais, sendo equivalente a 33% das solicitações no ano de 2016, isso se da pelas crises política e econômica enfrentadas decorrente dos 4 anos de governo de Nicolás Maduro (ACNUR, 2017).

Para uma melhor noção do crescimento dos refugiados no Brasil a Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça e Segurança Pública, divulgou em 2017 um levantamento chamado Refúgio em Números que traz a quantidade de solicitação de refúgio de 2010 à 2016.

Fonte: Departamento de Polícia Federal (Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017, p.5).

Os números de solicitações teve um crescimento de 2010 à 2015 de uma forma extraordinária mas no ano de 2016 teve uma queda significativa.

Já o número de refugiados que teve seu reconhecimento no Brasil no período de 2010 à 2016 teve um elevado crescimento, como se vê no gráfico abaixo.

Fonte: Comitê Nacional para os Refugiados (Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017, p.6).

Podemos destacar que o crescimento em números de reconhecidos comparado a solicitação tem demonstrado um índice de crescimento constante, isso se concretiza em virtude das políticas internas de apoio aos emigrantes e refugiados que buscam ajuda em nosso território.

3 – A POLÍTICA BRASILEIRA PARA OS REFUGIADOS

O movimento no Brasil de proteção aos refugiados se deu em virtude da preocupação, com o impacto que esses deslocamentos refletiriam na vida das pessoas que saíam em virtude dos diversos problemas enfrentados em seus países.

Em 1977 o ACNUR firmou um acordo com o Brasil com o intuito de estabelecer um escritório ad hoc^[6] no Rio de Janeiro, tendo em vista a ruptura da democracia na América Latina que deu origem a uma perseguição as pessoas que se opunha aos novos regimes. (SILVA, 2012, p.63)

O escritório da ACNUR atuava principalmente no assentamento dos refugiados que chegavam procurando ajuda, respeitando o acordo da limitação geográfica da Convenção de 51, recebendo no seu território somente os refugiados decorrentes da Europa. (JUBILUT, 2007, p.172)

No Brasil a ACNUR atua com apoio de órgãos ligados aos Direitos Humanos com a finalidade de proteger os refugiados, entre esses órgãos pode-se destacar Cáritas^[7] Arquidiocesana do Rio de Janeiro, a Comissão Pontifícia Justiça e Paz^[8](comumente denominada Comissão Justiça e Paz) e a Cáritas Arquidiocesana de São Paulo. (BARRETO, 2010, p.17)

Em 1988 com o fim da ditadura e a redemocratização do Brasil, com a promulgação da Constituição Federal, e o constante interesse na

proteção dos direitos do refugiado, através das resoluções ministeriais de 1991 e 1994, que deu maior amplitude aos direitos dos refugiados e estabeleceu procedimentos mais específicos envolvendo a ACNUR como ente que analisa os casos e o governo como detentor da decisão final. (SILVA, 2012, p.64)

Com a redemocratização do Brasil, a *Constituição Federal* de 1988 e o crescente interesse pelos refugiados e pelos direitos humanos em geral, foi elaborada a Portaria Interministerial 394, de 1991, que amplia o elenco de direitos dos refugiados e estabelece procedimento específico para a concessão de refúgio envolvendo tanto o ACNUR – que analisa os casos individuais – quanto o governo brasileiro, que dá a decisão final. (JUBILUT, 2007, p.175)

Com o intuito de ampliar e fortalecer a proteção dos refugiados além de estabelecer convênios com a CASP e a CARJ com a ACNUR foi assinado convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, nas seções de São Paulo e do Rio de Janeiro, com a finalidade de prestar assistência jurídica e entrevista aos refugiados e quem solicitar refúgio. (JUBILUT, 2007, p. 176)

No Brasil a ACNUR era subordinada ao escritório de Buenos Aires, se tornando independente em 2005 tendo em sua composição um representante oficial, passando a gerir as questões de atuação e coordenação, participando diretamente das negociações com o governo brasileiro. Tendo sua atuação até os dias de hoje juntamente com a colaboração efetiva dos órgãos governamentais do Brasil, atuando na constância e com efetivação dos direitos dos refugiados. (JUBILUT, 2007, p. 177)

O Brasil é um dos países signatários dos tratados e das convenções que protegem os direitos dos refugiados. Sendo regulada essa proteção em nosso ordenamento pela Lei 9.474/97, que normatiza os mecanismos para a implantação do Estatuto dos Refugiados no Brasil.

A Lei 9.474/97 concede aos refugiados direitos e deveres específicos, diferenciados dos direitos conferidos e exigidos dos estrangeiros e trata da questão da entrada; do pedido de refúgio; das proibições ao rechaço, à deportação e à expulsão e ainda regula a questão da extradição dos refugiados. (SOARES, 2011, p.2)

A Lei 9.474/97 foi criada para regular internamente as condições e definição do refúgio, no sistema jurídico brasileiro. A sua elaboração se deu com o auxílio de representantes da ACNUR e do governo brasileiro.

A questão do refúgio é de âmbito internacional, tendo os Estados signatários dos tratados de proteção aos refugiados o consentimento da importância dessas garantias e da aplicação dos direitos fundamentais as pessoas que perderam essas proteções em seus países de origem.

Essa concessão se dá através de normativas fundadas nos dispositivos internacionais, que tem força reguladora interna nos ordenamentos de cada Estado parte, essa normatização regula os parâmetros para a qualificação da pessoa que detém o status de refugiado, como será a sua acolhida no país e os casos de perda do direito do refúgio.

Para se qualificar o status de refugiado é preciso se definir a pessoa do refugiado, se posicionando a respeito dessa definição Barbosa, (2011, p.2), diz que refugiado é “uma pessoa que foi obrigada a abandonar o seu local habitual de residência”.

O art. 1º da Lei 9.474/97 traz a definição atual de refugiados; *in verbis*:

Art. 1.º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de

nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III – devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Tendo ainda o art. 2º desta mesma lei que prevê a extensão do *status* de refugiados ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que dependam economicamente do refugiado, desde que se encontre em território nacional.

Tendo em vista a definição trazida pela Lei 9.474/97 podemos dar o status de refugiados somente as pessoas que se enquadrarem no rol definido no artigo 1º, estendendo ao artigo 2º que trata extensão do status as pessoas que estejam vinculados ao solicitante do refugio.

Ao contrario como dispõe o artigo 3º da mesma Lei; *in verbis*:

Art. 3.º Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que:

I – já desfrutem de proteção ou assistência por parte de organismos ou instituição das Nações Unidas que não o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – ACNUR;

II – sejam residentes no território nacional e tenham direitos e obrigações relacionadas com a condição de nacional brasileiro;

III – tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime

hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas;

IV – sejam considerados culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.

Nestas condições as pessoas que se enquadrarem neste rol não poderão se valer dos direitos, não tendo assim o status de refugiado.

Sendo reconhecido o status de refugiado ao indivíduo que o solicitou a este será assegurado todos os direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico brasileiro e no Estatuto do Refugiado, mas esse status não se perdurará ad infinitum, não sendo mantido pra sempre.

Tanto a perda como a cessação da condição de refugiado é regulado pela lei brasileira, sendo definido por meio dessa as condições que o indivíduo perde ou cesse o status a ele imposto como refugiado.

O artigo 38 da lei 9.474/97 traz as condições que fazem cessar o status de refugiados; *in verbis*:

Art. 38. Cessará a condição de refugiado nas hipóteses em que o estrangeiro:

I – voltar a valer-se da proteção do país de que é nacional;

II – recuperar voluntariamente a nacionalidade outrora perdida;

III – adquirir nova nacionalidade e gozar de proteção do país cuja nacionalidade adquiriu;

IV – estabelecer-se novamente, de maneira voluntária, no país que abandonou ou fora do qual permaneceu por meio de perseguição;

V – não puder mais continuar a recusar a proteção do país de que é nacional por terem negado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi reconhecido como refugiado;

VI – sendo apátrida, estiver em condições de voltar ao país no qual tinha sua residência habitual, uma vez que tenham deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi reconhecido como refugiado.

Nestes casos definidos o sujeito se valia da condição de refugiado, mas ocorrendo alguma dessas condições estabelecidas o seu direito se cessa, sendo observada a condição da necessidade do refúgio, não havendo mais essa necessidade se afasta a condição de refugiado.

Essas hipóteses de cessação da condição de refugiado decorrem do fato de o reconhecimento da condição de refugiado ocorrer em virtude de situação objetiva do país de origem ou em que este mantinha residência habitual. Havendo alteração, como no caso de melhora da situação que implique no término das causas que fundamentaram a concessão do refúgio, não mais subsiste razão para haver a proteção por um terceiro Estado, pois esta não mais é necessária. (BARBOSA, 2011, P. 3)

Já as causas da perda da condição de refugiado estão no art. 39; *in verbis*:

Art. 39. Implicará perda da condição de refugiado:

I – a renúncia;

II – a prova de falsidade dos fundamentos invocados para o reconhecimento da condição de refugiado ou a existência de fatos que, se forem conhecidos quando do reconhecimento, teriam ensejado uma decisão negativa;

III – o exercício de atividades contrárias à segurança nacional ou à ordem pública;

IV – a saída do território nacional sem prévia autorização do Governo brasileiro.

A condição da perda do status de refugiado não tem caráter de necessidade, mas de punição por decorrer o detentor do refúgio em uma das condições impostas pelo art. 39, sendo uma das formas de punição a perda do status de refugiado.

[...] perda da condição de refugiado, diferentemente das hipóteses de cessação, não ocorrem em virtude de não mais ser necessária a proteção por parte de um terceiro Estado; a perda da condição de refugiado, em possuindo caráter punitivo, tem cabimento quando o refugiado pratica algum dos atos previstos nos incisos do artigo 39 da lei 9.474 e, em razão da prática deste ato reprovável, o Brasil não mais deseja oferecer proteção a este indivíduo por meio da concessão de refúgio. (BARBOSA, 2011, p.3)

Uma vez perdido o status de refugiado a pessoa não mais poderá solicitar refúgio no Brasil, essa aplicação se dá na forma prevista no ordenamento brasileiro com a aplicação das medidas compulsórias regulamentada na Lei 6.815/80, sendo estas a deportação, expulsão e a extradição.

O Brasil conseguiu atingir um grande avanço com a criação da Lei 13.445/2017, também conhecida como a Nova Lei de Imigração que em 24 de Maio de 2017 foi sancionada e entrou em vigor em Novembro deste ano, com o intuito de substituir o Estatuto dos Refugiados que atualmente é aplicado nos casos dos Refugiados no Brasil. (WELTER et al., 2017, p.19)

Esse avanço se dá com a participação acadêmica e da sociedade civil que escreveram propostas de composição a nova lei, sendo um grande passo, pois o Estatuto que está em vigor foi criado na época da ditadura levando em conta somente o interesse nacional e não a opinião da sociedade. (WELTER et al., 2017, p.19)

A Nova Lei de Imigração procura garantir ao imigrante uma condição de plena igualdade com os nacionais, respeitando a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Está

amparado nestas garantias o visto temporário para a acolhida humanitária, sendo concedido ao apátrida e ao nacional que encontre em seu país grave e generalizada violação dos direitos humanos. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2017, p.4)

Veja que no Art. 4º traz uma serie de garantias; *in verbis*:

Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados:

I - direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos;

II - direito à liberdade de circulação em território nacional;

III - direito à reunião familiar do migrante com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes;

IV - medidas de proteção a vítimas e testemunhas de crimes e de violações de direitos;

V - direito de transferir recursos decorrentes de sua renda e economias pessoais a outro país, observada a legislação aplicável;

VI - direito de reunião para fins pacíficos;

VII - direito de associação, inclusive sindical, para fins lícitos;

VIII - acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;

IX - amplo acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

X - direito à educação pública, vedada a discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;

XI - garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;

XII - isenção das taxas de que trata esta Lei, mediante declaração de hipossuficiência econômica, na forma de regulamento;

XIII - direito de acesso à informação e garantia de confidencialidade quanto aos dados pessoais do migrante, nos termos da [Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011](#);

XIV - direito a abertura de conta bancária;

XV - direito de sair, de permanecer e de reingressar em território nacional, mesmo enquanto pendente pedido de autorização de residência, de prorrogação de estada ou de transformação de visto em autorização de residência; e

XVI - direito do imigrante de ser informado sobre as garantias que lhe são asseguradas para fins de regularização migratória.

Além de trazer uma série de benefícios, a nova lei traz uma novidade sobre definição de vários status como podemos ver no artigo 1º; *in verbis*:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre os direitos e os deveres do imigrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante.

§ 1º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - (VETADO);

II - imigrante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil;

III - emigrante: brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior;

IV - residente fronteiriço: pessoa nacional de país limítrofe ou apátrida que conserva a sua residência habitual em município fronteiriço de país vizinho;

V - visitante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que vem ao Brasil para estadas de curta duração, sem pretensão de se estabelecer temporária ou definitivamente no território nacional;

VI - apátrida: pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo [Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002](#), ou assim reconhecida pelo Estado brasileiro.

Essa novidade traz para o nosso ordenamento um melhor entendimento sobre como aplicar as prerrogativas humanitárias presente no nosso país para cada caso na conformidade do conceito estabelecido pelos parâmetros do artigo 1º da lei 13.445/17.

Mesmo com o grande avanço o Brasil não conseguiu mudar o cenário já instalado de imediato tendo como precursor a questão da burocracia interna do sistema de concessão, com a nova lei a proposta inicial seria retirar essa bagagem de condições que na maioria das vezes só serve para atrasar e dificultar a garantia da condição de refugiado. Devido um grupo resistente a nova lei e outros fatores de cunho político o Presidente da Republica se viu obrigado a vetar vários trechos da lei como, por exemplo, o direito de ocupação de cargos públicos por imigrantes. (WELTER et al., 2017, p.19)

Nestas condições podemos perceber que o avanço está se realizando, mas precisa ser revisto atos que vão além da vontade política como fator predominante a proteção humanitária, condições essas que não são vistas aos olhos do governo que visa a sua vontade nos dias de hoje, tendo como base a questão de se tratar de pessoas que estão sem as mínimas condições de vida em seu país, neste caso é o que leva a buscar esse deslocamento em territórios que na sua maioria são hostis.

O Brasil está buscando essa mudança e está próximo de conseguir, basta um posicionamento mais incisivo com o intuito de garantir a aplicabilidade do nosso ordenamento visando não somente a questão interna mais a internacional.

CONCLUSÃO

A questão que envolve os refugiados em sua totalidade se baseia na forma de observar a necessidade que os indivíduos têm de buscar uma oportunidade de viver melhor, tendo em vista que os direitos que outrora eram preservados e assim usurpados pelos conflitos em suas mais diversas formas, ferem a dignidade e os direitos que tanto se busca preservar na esfera internacional.

Como se pode observar, pouco se sabe sobre uma solução que envolva esta problemática mundial, os deslocamentos em constante crescimento, os direitos e garantias sendo feridos e os grandes países com potencial econômico que poderia fazer mais por essas pessoas são os que menos se mobilizam para ajudar, países como Turquia, Paquistão, Líbano, Irã, Uganda, Etiópia e Jordânia que não são desenvolvidos possuem o maior índice de acolhimento registrado no ano 2016.

O Brasil por sua vez está enfrentando esta questão com uma visão diferente, buscando entender como se pode melhorar ou até mesmo resolver com base nas garantias que o nosso ordenamento disponibiliza. Mesmo que os esforços sejam constantes, existe uma barreira que devemos enfrentar que se chama crise econômica.

O Estatuto dos Refugiados criado pela Lei 9.474/97 teve um marco fundamental na questão da proteção dos indivíduos que se sucumbia à necessidade de se deslocar para o nosso território, isso se deu pela constante aproximação do Brasil na questão humanitária, se responsabilizando em receber e proteger essas pessoas.

Com a criação da Nova Lei de Imigração, Lei 13.445/17, tivemos um enorme avanço na busca da proteção às minorias com base nos estudos de universitários, estudiosos sobre o tema e a participação da população

civil, tendo em vista que tais esforços se baseiam na melhoria do nosso ordenamento.

Não podendo deixar de lado um ponto importante a ser destacado tendo em virtude da proteção ao refugiado à nova lei aborda a concessão do visto humanitário tendo sido observado à questão processual na formalização e na admissão dos casos em que pode ser concedida a permissão, mas somente a aquelas que se enquadrem na condição humanitária, não sendo, portanto tratado casos específicos de refugiados propriamente ditos.

Portanto pode se concluir que o Brasil está buscando uma forma de melhorar o sistema de concessão de refúgio no nosso ordenamento jurídico, mantendo esforços para atingir bons resultados, mas isso não será o suficiente, não adianta melhorar o sistema se na prática não tivermos o compromisso de fazer acontecer, uma vez que se mantermos a cultura da burocracia o esforço desempenhado será em vão.

Não acontecerá do dia para noite essa revolução na defesa dos direitos dos imigrantes e refugiados, tendo em vista o cenário atual muito se precisa mudar para atingir os propósitos traçados nesta nova lei, como flexibilizar a concessão do refúgio bem como manter procedimentos que permita a participação de empresas privadas na criação de empregos para aqueles que estão solicitando o refúgio desta forma se permite o melhor acompanhamento dando a essas pessoas a dignidade de ser um ser humano.

Precisamos ter em nossa mente que qualquer pessoa está sujeita a se deslocar de seu lugar de origem em busca de uma condição de vida melhor e infelizmente em nosso meio temos uma crise chamada preconceito que fere a sociedade e nos torna desprezíveis, devemos ajudar o próximo, pois não sabemos o que será do amanhã.

REFERENCIAS

ACNUR. Agência da ONU para Refugiados. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/>> Acesso em 19 Out. 2017.

ANDRADE, José H. Fischel de, **Artigo O Brasil e a organização internacional para os refugiados (1946-1952)**, *Rev. Bras. Polít. Int.* 48 (1): 60-96 [2005]

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira, organizador. **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas** – 1. ed. – Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

BARBOSA, Fernanda Pereira. O refúgio no Brasil: definição e requisitos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9836&revista_caderno=16. Acesso em 15 Out 2017.

_____. **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997**. Estatuto do refugiado, Brasília, DF, 22 de Julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm > Acesso em: 20 Out. 2017

_____. **Lei nº13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração, Brasília, DF, 24 de maio de 2017. Disponível em: Acesso em: 21 Out. 2017

Caminhos do Refúgio. **Declaração de Cartagena**. Disponível em: Acesso em 21 Out. 2017

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no**

orçamento jurídico brasileiro. São Paulo : Método, 2007.

MINISTERIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA – Secretaria de Justiça. **Refúgio em Números**, Brasil, 2017.

Portal Brasil. **Governo prorroga visto humanitário para haitianos** <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/09/governo-prorroga-visto-humanitario-p-ara-haitianos> > Acesso em 21 Out. 2017.

PEREIRA, Ana Paula Silva. **A Crítica de Hannah Arendt aos Direitos Humanos e o Direito a ter Direitos**, Perspectiva Filosófica, Vol. 42, n.1, 2015.

Senado Notícias. **Nova Lei de Migrações é sancionada com vetos**. Disponível em:
<<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/05/25/nova-lei-de-migracao-e-sancionad-a-com-vetos>> Acesso em 21 Out. 2017

SILVA, César Augusto S. da, **Direitos Humanos e Refugiados**, Dourados – MT, Editora UFGD, 2012.

SOUSA, Viviane, GloboNews, **Nº de refugiados e deslocados cresce em 2016 e é o maior já registrado, diz relatório 65,6 milhões de pessoas passaram por deslocamento devido a conflitos, guerra e/ou fome, segundo Acnur. Países em desenvolvimento acolhem 84% dos refugiados e deslocados, e metade é criança**, 19/06/2017, 02h00, Atualizado em 19/06/2017 09h24. Visualizado em 05 de Out. de 2017, localizado em: < <https://g1.globo.com/mundo/noticia/numero-de-refugiados-e-deslocados-cresce-em-2016-e-e-o-maior-ja-registrado-diz-relatorio.ghtml>> Acesso em 05 Out. 2017.

UNHCR, ACNUR, Agencia da ONU para Refugiados, **Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação de Condição de Refugiado**, De acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 Relativos ao Estatuto dos Refugiados, Genebra, 2011.

UNHCR, The UN Refugee Agency. **Global Trends Forced Displacement in 2016**, Geneva, 2017. Tradução Automática do Google Tradutor. Disponível em :
< http://www.unhcr.org/5943e8a34#_ga=2.30041727.1745043324.1508779824-133582448.1506970026> Acesso em 05 de Out. 2017.

WELTER, Isabela Weingärtner et al. **Leis Protetivas e a Integração dos Refugiados em Porto Alegre**, Porto Alegre: PUCRS, 2017.

NOTAS:

[1] Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, Especialista em Ciências Criminais e Direito Administrativo, Graduado em Direito e em Comunicação Social, todos pela UFT. E-mail: ewalcacer@gmail.com

[2] Marcou o início do Holocausto, que causou a morte de seis milhões de judeus na Europa até o final da Segunda Guerra Mundial. Milhares foram torturados, mortos ou deportados para campos de concentração. A justificativa usada pelos nazistas foi o assassinato do então diplomata alemão em Paris, Ernst von Rath, pelo jovem Herschel Grynszpan, de 17 anos, dois dias antes. Dados retirados do site *DW Made for minds*, disponível em: < <http://www.dw.com/pt-br/1938-o-pogrom-da-noite-dos-cristais/a-672173>>

[3] O **anti-semitismo** é uma forma de hostilizar judeus e árabes, sem nenhum motivo a não ser o ódio, principalmente contra os judeus, cujo termo **semita** foi criado especialmente para se referir a eles.

[4] A Carta das Nações Unidas foi assinada em São Francisco, a 26 de Junho de 1945, após o encerramento da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, entrando em vigor a 24 de Outubro daquele mesmo ano.

[5] SOUSA, Viviane, GloboNews, Nº de refugiados e deslocados cresce em 2016 e é o maior já registrado, diz relatório 65,6 milhões de pessoas passaram por deslocamento devido a conflitos, guerra e/ou fome, segundo Acnur. Países em desenvolvimento acolhem 84% dos refugiados e deslocados, e metade é criança, 19/06/2017, 02h00, Atualizado em 19/06/2017 09h24. Visualizado em 05 de Out. de 2017, localizado em: < <https://g1.globo.com/mundo/noticia/numero-de-refugiados-e-deslocados-cresce-em-2016-e-e-o-maior-ja-registrado-diz-relatorio.ghtml>>

[6] **Ad hoc** é uma expressão **latina** cuja tradução literal é "para isto" ou "para esta finalidade".

[7] A Cáritas é uma organização sem fins lucrativos da Igreja Católica com atuação mundial em diversos projetos sociais. Foi estabelecida oficialmente em 1950, apesar de ter atuado embrionariamente auxiliando as vítimas da Segunda Guerra Mundial e de um terremoto no Japão em 1948. (JUBILUT, 2007, p. 172).

[8] Comissão Pontifícia Justiça e Paz existia para legalizar o tratamento humanitário que a Igreja Católica dava aos refugiados, bem como a todos os temas de direitos humanos.

O SOFTWARE VIA DOWNLOAD E O IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS)

LEONARDO DE SALES DIAS:

Advogado, especialista em direito e processo penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Definição de Software. 3. O software e o Direito Autoral. 4. Software por encomenda e software de prateleira e a tributação. 5. Software via download e frente ao ICMS. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Com o avanço da tecnologia alguns produtos e suas formas de comercialização foram consideravelmente alterados, sendo certo que, em alguns casos, o meio físico em que o produto era disponibilizado ao mercado deixou de ser imprescindível ou, até mesmo, deixou de existir. Acrescenta-se que a internet trouxe uma facilidade na comercialização de bens intangíveis, os quais podem ser adquiridos com comodidade, inclusive sem considerar as barreiras de fronteiras nacionais.

Podemos citar como exemplo de ramos de comércio diretamente afetados pelo avanço da tecnologia, a venda de livros, filmes, músicas e licença de softwares. Apenas a fim de ilustrar o avanço tecnológico vivido, temos que a distribuição das produções fonográficas, desde os anos 80/90 até o presente momento, passou dos vinis e fitas K7, aos CDs e DVDs, chegando, atualmente, a ser disponibilizado digitalmente via internet, por meio de download ou outras formas de utilização, como o *streaming*. E é por meio digital que cerca de 77% do mercado fonográfico brasileiro opera atualmente.^[1] Outro grande exemplo, é a venda de softwares que há anos também deixou a necessidade de um suporte físico e passou a ser disponibilizado aos interessados por meio da internet, via download ou até mesmo como serviço (SaaS).

Assim, uma celeuma tributária foi instaurada entre o fisco, doutrinadores e demais operadores de direito: no caso de venda de licença de software via download, haveria a incidência de ICMS?

2. DEFINIÇÃO DE SOFTWARE

A Lei dos Softwares, Lei nº 9.609/98, define software como “a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados”.

De uma maneira mais prática, o professor Vanderlei Bonato, da Universidade de São Paulo, define software como sendo “instruções que controlam o hardware de modo a realizar tarefas determinadas por um algoritmo. O conjunto dessas instruções implementado numa linguagem computacional é denominado programa”. [2]

Tem-se, assim, que o software mantém uma intrínseca relação com seu autor, uma vez que esse é fruto da expressão humana de seu autor, ou seja, por ser fruto de um ato que resultou em um objeto, resta amparado pelo direito autoral.

3. O SOFTWARE O DIREITO AUTORAL

A proteção legal estabelecida pelo direito do autor visa resguardar o fruto da exteriorização do pensamento humano, quando esse resulta em uma obra inédita, tangível ou intangível, expressada por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte.

A Constituição Federal arrolou o direito à propriedade intelectual como direito fundamental ao estabelecer, em seu artigo 5º, XXVII, que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. Acrescenta-se, ainda, que o inciso XXVIII, do citado artigo, assevera que são assegurados, nos termos da lei, as participações

individuais em obras coletivas e o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores.

Nesse diapasão, vale citar que o artigo 7º, XII, da Lei nº 9.610/98, denominada Lei do Direito Autoral, dispõe que os programas de computadores são obras intelectuais protegidas pelas disposições da referida norma legal, estabelecendo, ainda, em seu artigo 11, que autor é toda pessoa física criadora da obra da obra intelectual.

Sobre o ineditismo da obra, temos que a ausência de tal requisito infere na impossibilidade de proteção legal. Portanto, o aspecto de originalidade pode ser considerado como a soma da criatividade intelectual, a qual é expressada pelo aporte de uma expressão de individualidade, e a autoria. Cabe observar também que alguns doutrinadores preferem fazer distinção entre os conceitos de originalidade, o qual seria a distinção da obra considerando o seu conjunto de elementos que a tornam única, e de criatividade, que, por sua vez, seria a engenhosidade da elaboração. [3] Sobre o tema Professor Denis Borges Barbosa esclarece que:

(...) o objeto de proteção no programa de computador não é uma ideia, mas a expressão de uma solução para um problema técnico. Assim como o engenheiro, lendo uma patente, prescreve um conjunto de instruções, seja a uma equipe de operários, seja a uma máquina qualquer, assim também o programa incorpora (ou expressa) este conjunto de instruções, mas destinado e legível apenas por uma determinada máquina de tratamento de informação. O valor econômico do programa deriva assim não da sua novidade enquanto ideia, mas da realização desta ideia enquanto conjunto de instruções a uma máquina. Diferentes programas podem representar a mesma ideia, ou mais frequentemente, incorporam dezenas ou centenas de soluções técnicas, novas ou ressabidas, mas de um modo específico.

Em complemento, a Lei nº 9.609/98, a Lei de Softwares, dispõe em seu art. 9º, que o uso de softwares no país será objeto de licença, isso significa que o adquirente, em regra, não será proprietário do software, esse apenas obterá a licença para sua utilização, sem poder transferi-la a terceiros.

Para Manoel J. Pereira dos Santos o contrato de licença de uso de *software* “é uma modalidade de negócio jurídico através do qual alguém, denominado Licenciante, concede a outrem, denominado Licenciado, o direito de exploração econômica e/ou utilização do programa de computador”^[4], ou seja, a utilização de um programa de computador cujo direito patrimonial é de terceiro depende de prévio licenciamento, o qual pode ser a título gratuito ou oneroso. A gratuidade no licenciamento do software, em regra, não afasta a necessidade de um contrato de licença, pelo qual as partes poderão definir, dentre outras coisas, o prazo do licenciamento, as condições de uso, a limitação ou não de usuários, a política de utilização e as condições de suporte técnico e de atualização.

4. SOFTWARE POR ENCOMENDA E SOFTWARE DE PRATELEIRA E A TRIBUTAÇÃO

A utilização de software cujo direito patrimonial pertence a um terceiro, em regra, enseja no direito de remuneração a ser paga pelo usuário ao titular do direito, em decorrência da cessão de uso. Contudo, nos casos em que o autor realize o desenvolvimento do programa de computador visando atender as necessidades de um contratante, seja em uma relação de prestação de serviço ou fundado em uma relação trabalhista ou estatutária, como nos casos de servidores públicos, verifica-se que caberá ao contratante a titularidade sobre o programa de computador, salvo disposição em sentido contrário. É nesse sentido que dispõe o art. 4º, da Lei nº 9.609/98, abaixo expresso:

Art. 4º Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de

vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos.

§ 1º Ressalvado ajuste em contrário, a compensação do trabalho ou serviço prestado limitar-se-á à remuneração ou ao salário convencionado.

§ 2º Pertencerão, com exclusividade, ao empregado, contratado de serviço ou servidor os direitos concernentes a programa de computador gerado sem relação com o contrato de trabalho, prestação de serviços ou vínculo estatutário, e sem a utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, da empresa ou entidade com a qual o empregador mantenha contrato de prestação de serviços ou assemelhados, do contratante de serviços ou órgão público.

§ 3º O tratamento previsto neste artigo será aplicado nos casos em que o programa de computador for desenvolvido por bolsistas, estagiários e assemelhados.

Assim, podemos afirmar que o desenvolvedor de programa de computador que presta um serviço de desenvolvimento a um terceiro, salvo disposição em sentido contrário, não terá direito patrimonial sobre o fruto de seu trabalho, não podendo, assim, explorá-lo no mercado.

Não obstante, cabe esclarecer que o desenvolvedor não perde sua condição de autor, conforme demonstra o art. 3º, §1º, I, da norma legal acima citada. Isso porque a legislação estabelece que no momento do pedido de registro do programa de computador, deverão ser designados, dentre outras coisas, “os dados referentes ao autor do programa de computador e ao titular, se distinto do autor, sejam pessoas físicas ou jurídicas”.

Enfim, no caso em que programa de computador for desenvolvido a fim de atender uma relação de prestação de serviço, a qual tem como primazia a própria prestação de serviço realizado pelo desenvolvedor em detrimento do resultado do serviço, tal fato será tributado pelo imposto de serviços de qualquer natureza, de competência municipal, conforme dispõe o item 1.4, da Lista Anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Ressalta-se que o imposto sobre serviço não incide nas relações de serviço fundadas na legislação trabalhista e estatutária.

Porém, quando o programa de computador é desenvolvido pelo autor sem considerar a relação de prestação de serviço com outrem, a exploração desse software perante o mercado não será tributado da forma acima descrita. Trata-se, portanto, de um programa de computador concebido para um determinado propósito, que será colocado no mercado a fim de ser utilizado por qualquer interessado. Nessa hipótese, temos o denominado “software de prateleira”. Nesse diapasão, a celeuma que se instaurou no meio jurídico é a seguinte: o software de prateleira seria um produto?

Como dito anteriormente, o programa de computador é considerado, para fins legais, como fruto do intelecto humano e sobre isso o escritor português Rui Saavedra leciona que:

Nas relações com seus clientes, a empresa produtora de software surge como proprietária do software que ela cria e comercializa, que se trate de software standard, comercializado em massa, quer de software concebido especificamente em função das necessidades de um utilizador em particular. Com efeito, mesmo neste último caso, a propriedade do software permanece, habitualmente, na titularidade da empresa que o realizou; mas nada impede que as partes estipulem o contrário, no caso de o cliente querer proteger o seu investimento solicitando que lhe cedida a propriedade do software, se ele tiver financiado totalmente os custos de desenvolvimento.

Diferentemente sucede nas relações com o utilizador de um software standard, porque este vocaciona-se a ser comercializado junto de uma clientela potencialmente vasta: a propriedade do software em si, normalmente, nunca é cedida ao cliente, apenas um direito de uso não exclusivo. Isso não obsta a que se considere que o cliente adquire as "manifestações físicas" do software, com todas as prerrogativas ligadas a esta propriedade, se a licença de uso lhas tiver concedido a título definitivo e por um preço.

Os contratos de licenciamento e cessão são ajustes concernentes ao direito de autor, firmados pelo titular desses direitos - que não é necessariamente, o vendedor do exemplar do programa - e o usuário do software.

No caso do software-produto, esses ajustes assumem, geralmente, a forma de contratos de adesão, aos quais o usuário se vincula tacitamente ao utilizar o programa em seu computador. As cláusulas desses contratos - voltadas à garantia dos direitos do autor, e não à disciplina das condições do negócio realizado com o exemplar - limitam a liberdade do adquirente da cópia quanto ao uso do programa, estabelecendo, por exemplo, a proibição de uso simultâneo do software em mais de um computador, a proibição de aluguel, de reprodução, de decomposição, de separação dos seus componentes e assim por diante. [5]

Em um parecer elaborado pelo renomado jurista Ives Gandra Martins, pertinente ao tema em discussão, o mesmo lembra que o ICMS não incide sobre a mercadoria em si, mas sim, sobre a movimentação ficta, física ou econômica de bens identificados como mercadorias, da fonte de produção até o consumidor. [6]

O ilustre jurista acrescenta que, em casos de aparente conflito de competência tributária, deve-se considerar a teoria da preponderância, ou seja, o item de maior densidade econômica deve prevalecer sobre o item de menor densidade. Portanto, no caso dos programas de computadores o que deve prevalecer é o mesmo que deve prevalecer perante as demais características ou suporte, uma vez que o programa de computador é fruto do intelecto humano. Por fim, Ives Gandra Martins define que:

Ora, pela teoria da preponderância, que defendi para a própria fazenda do estado de São Paulo, em parecer pela procuradoria solicitado, não se pode considerar que o conjunto denominado “logiciário” seja fornecimento de mercadoria, posto que o que se transfere é o patrimônio intelectual. A densidade econômica da mercadoria (caderno de anotações, programa de computador e descrição do programa) é incomensuravelmente menor do que o programa em si exteriorizados pelos três bens lá mencionados, com o que de longe, afastaria qualquer incidência tributária, que conformasse o software como mercadoria sujeita ao IPI, ICMS e II.(...)

Acresce-se que os contratos juridicamente conformados pelo direito privado, à luz da legislação existente, fazem menção a licenciamentos de programas estrangeiros ou nacionais, o que caracteriza efetivamente um não fornecimento de mercadoria (a densidade econômica do material utilizado é ínfima em relação ao custo do programa).^[7]

Não obstante tal posicionamento, o Poder Judiciário mantinha o seguinte posicionamento sobre as operações comerciais de softwares: quando considerados desenvolvidos de forma personalizada em favor de um cliente específico, haveria a incidência de ISS; já no caso de software de prateleira, em decorrência de o programa estar gravado em um suporte

físico, o que lhe confere a condição de produto tangível, haveria a incidência do ICMS. Seguem abaixo decisões nesse sentido.

STF - AG.REG.NO RECURSO

EXTRAORDINÁRIO RE 285870 SP (STF)

Data de publicação: 31/07/2008

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. PRODUTOS DE INFORMÁTICA. PROGRAMAS [SOFTWARE]. CD-ROM. COMERCIALIZAÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 176.626, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 11.12.98, fixou jurisprudência no sentido de que "ão tendo por objeto uma mercado[n]ria, mas um bem incorpóreo, sobre as operações de 'licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador' - matéria exclusiva da lide -, efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo - como a do chamado 'software de prateleira' (off the shelf) - os quais, materializando o corpus mechanicum da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio". Precedentes. 2. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento.

TJ-PE - Agravo de Instrumento AI 9900614352

PE 0003058-95.2002.8.17.0000 (TJ-PE)

Data de publicação: 02/12/2010

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. ATIVIDADES EMPRESARIAIS COM PROGRAMAS DE COMPUTADOR (SOFTWARES). ISS OU ICMS. AVALIAÇÃO DEPENDENTE DO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA. AGRAVO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1.A controvérsia posta cinge-se à definição da competência para a cobrança de créditos tributários decorrentes de atividades empresariais envolvendo softwares. 2. Sobre o tema, tem sido iterativa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de delimitar a competência tributária em hipóteses que tais: reconhece-se a incidência do ISS sobre as operações que envolvam o fornecimento personalizado de programas de computador desenvolvidos para clientes determinados; por outro lado, encontra-se sujeita ao ICMS a circulação de softwares postos à venda de modo impessoal, é dizer, passíveis de serem adquiridos por qualquer consumidor. (...)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ESTADO DE SÃO PAULO. ICMS. PROGRAMAS DE COMPUTADOR (SOFTWARE). COMERCIALIZAÇÃO. No julgamento do RE 176.626, Min. Sepúlveda Pertence, assentou a Primeira Turma do STF a distinção, para efeitos tributários, entre um exemplar standard de programa de computador, também chamado "de prateleira", e o licenciamento ou cessão do direito de uso de software. A produção em massa para comercialização e a revenda de exemplares do corpus mechanicum

da obra intelectual que nele se materializa não caracterizam licenciamento ou cessão de direitos de uso da obra, mas genuínas operações de circulação de mercadorias, sujeitas ao ICMS. Recurso conhecido e provido.

(RE 199464, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 02/03/1999, DJ 30-04-1999 PP-00023 EMENT VOL-01948-02 PP-00307)

5. SOFTWARE VIA DOWNLOAD E SUA TRIBUTAÇÃO PELO ICMS

Não obstante a condição de o assunto sobre a tributação de softwares estar aparentemente pacificado no âmbito dos tribunais, com relação aos softwares por encomenda e o de prateleira, o desenvolvimento tecnológico trouxe a possibilidade de haver acesso ao software, pelo usuário, sem a necessidade da mídia de suporte.

Assim, as licenças de programas de computador passaram a ser comercializadas via internet e o acesso ao programa passou a se dar por meio de download, também via internet. Tal condição seria, em tese, o suficiente para afastar a principal, se não única, característica que o colocava o software de prateleira na condição de produto. Restava ausente, portanto, o *corpus mechanicum*, citado pelo Ministro Sepúlveda Pertence na análise do RE 176626, que definiu o software de prateleira contido em um suporte físico como produto, assim, seria lógico afirmar que a hipótese fática não estaria abrangida pela incidência do ICMS.

Dessa forma, a discussão sobre a incidência ou não de ICMS sobre a comercialização de software de prateleira foi reaberta, especificamente quando o programa de computador é distribuído via download.

Nesse momento é oportuno lembrar que o art. 110, do Código Tributário Nacional estabelece que “a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências

tributárias”. Ou seja, em tese, deveria ser considerado que o programa de computador é uma manifestação do intelecto humano, que é a proteção do programa de computadores é regida pelas normas de direitos autorais e que, mediante a disponibilização do programa de computador via download, prescindindo o suporte físico, teria que ser afastada a sua condição de mercadoria, o que, nesse cenário, afastaria claramente a hipótese de tributação pelo ICMS.

Contudo, não foi esse o posicionamento do STF sobre o tema, uma vez que na análise de medida cautelar pertinente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.945, que questiona a Lei estadual nº 7.098/98, do Estado do Mato Grosso, em especial sobre a cobrança de ICMS na comercialização de programas de computador, foi decidido que a ausência de suporte físico, quando da cessão de uso de programa de computador denominado standard ou de prateleira, não afasta a sua condição de produto, incidindo, dessa forma, o ICMS. Segue abaixo um extrato da decisão:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Tributário. ICMS. 2. Lei Estadual 7.098, de 30 de dezembro de 1998, do Estado de Mato Grosso. (...) 8. ICMS. Incidência sobre softwares adquiridos por meio de transferência eletrônica de dados (art. 2º, § 1º, item 6, e art. 6º, § 6º, ambos da Lei impugnada). Possibilidade. Inexistência de bem corpóreo ou mercadoria em sentido estrito. Irrelevância. O Tribunal não pode se furtar a abarcar situações novas, consequências concretas do mundo real, com base em premissas jurídicas que não são mais totalmente corretas. O apego a tais diretrizes jurídicas acaba por enfraquecer o texto constitucional, pois não permite que a abertura dos dispositivos da Constituição possa se adaptar aos novos tempos, antes imprevisíveis. 9. Medida liminar parcialmente deferida, para suspender a expressão “observados os demais critérios determinados pelo regulamento”, presente no parágrafo 4º do art. 13, assim como o

inteiro teor do parágrafo único do art. 22, ambos da Lei 7.098/98, do Estado de Mato Grosso.

(ADI 1945 MC, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2010, DJe-047 DIVULG 11-03-2011 PUBLIC 14-03-2011 EMENT VOL-02480-01 PP-00008 RTJ VOL-00220-01 PP-00050)

Sobre a decisão proferida pelo STF, conforme se verifica abaixo, a advogada Daniela Floriano faz duras críticas à possibilidade de incidência de ICMS na hipótese em que a cessão de uso do software ocorra por meio de download, via internet. Vejamos:

(...) o STF, ao reanalisar a matéria dos softwares agora sob a ótica das transferências eletrônicas – downloads – especificamente no julgamento da liminar pleiteada nos autos da ADI 1.945-MT, equivocadamente retorna aos conceitos explorados na decisão de 1998 (RE nº 176.676-3) deixando de se atentar para dois pontos fundamentais aqui apontados. São eles: (i) a inexistência do suporte físico e (ii) a natureza jurídica das operações praticadas. Ora, se os efeitos disciplinados pela própria lei encerram a cessão do direito de uso, e não a transferência de titularidade, definitivamente não se pode falar em circulação do bem comercializado e, por consequência, não há como sustentar a subsunção do fato – aquisição onerosa de software por meio de download – à norma jurídica de incidência do ICMS.

Assim, resta evidente a impossibilidade formal e técnica de criação de uma nova hipótese de incidência do ICMS sobre as operações de aquisição onerosa de programas de computador por transferência eletrônica quando não confirmada a

efetiva transferência de titularidade destes programas, como pretende o Decreto Estadual nº 61.522/15, sob pena de violação, dentre outros dispositivos, à norma constitucional de repartição das competências tributárias. **[8]**

Por se tratar de uma decisão proferida cautelarmente, tem-se que, apesar do indicativo de interpretação estabelecido pela própria decisão cautelar, a celeuma ainda não resta pacificada e, por ser um tema enorme relevância e impacto socioeconômico, vários órgãos e entidades requisitaram o seu ingresso na demanda, na condição de *amicus curiae*, tais como: o Governo do Distrito Federal, a Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras, Confederação Nacional de Serviços (CNS), Sindicato das Empresas de Processamento de Dados e Serviços de Informática do Estado de São Paulo (SERPOSP) e a Associação Brasileira das empresas de software (ABES).

Tratando do tema conexo, temos ainda a ADI 5659 proposta, em 15/02/2017, pela Confederação Nacional dos Serviços (CNS) em face do Decreto nº 46.877/2015 de Minas Gerais, com objetivo de excluir a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre as operações com programas de computador.

6. CONCLUSÃO

Diante do acima exposto, verifica-se a relevância do tema e o possível impacto da decisão na sociedade brasileira, seja no aspecto do possível aumento das receitas públicas ou, também, no impacto financeiro nas relações entre os detentores do direito patrimonial do programa de computador e seus usuários.

Porém, o que se esquece é o impacto que tal decisão pode causar sobre o já atrasado processo de desenvolvimento tecnológico e de inovação do país. Isso porque, o Brasil ocupa apenas a 69ª posição no ranking de inovação mundial, que analisa ao todo 127 países.

Essa posição essa é, no mínimo, inadequada para um país que possui uma das maiores economias do mundo. Apenas a título de

exemplo, esse ranking organizado pela Universidade Cornell, a escola de negócios Insead e a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), aponta que o Brasil ocupa apenas a 7ª posição, quando considerados somente os 16 países da América Latina e Caribe. [9]

Conclui-se que, não obstante o resultado da decisão a ser proferida pelo STF, do qual se espera a observância dos princípios da legislação tributária, em especial o respeito às definições, os conteúdos e o alcance de institutos e demais conceitos e formas de direito privado, colocando, assim, um freio no anseio tributário das autoridades fiscais, deve-se observar também que cabe ao Estado a adoção de medidas e outras políticas públicas necessárias ao desenvolvimento tecnológico nacional, ramo no qual os programas de computador são de extrema importância.

BIBLIOGRAFIA

BONATO, Vanderlei: Introdução à Ciência da Computação. Acesso em: https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwiki.icmc.usp.br%2Fimages%2F4%2F41%2FSSC0800_Aula1.pdf&embedded=true&chrome=false&dov=1.

SANTOS, Manuel J. Pereira dos. Direito autoral. Editora Saraiva. 2013.

SANTOS, Manuel J. Pereira dos. *A Nova Lei do Software: Aspectos Controvertidos da Proteção Autoral*. Apud. AMAD, Emir Iscandor. *Contratos de software "shrinkwrap licences" e "clickwrap licences"*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.

SAAVEDRA, Rui. Apud. RIBEIRO, Guilherme Felipe Silva. Software: mercadoria ou serviço? Aspectos tributários controvertidos. Disponível em: http://www.fiscosoft.com.br/main_online_frame.php?page=/index.php?PID=200322&key=4073227ç. Acesso em: 31/07/2017.

MARTINS, Ives Gandra. O licenciamento e o sublicenciamento de programa de software não se confundem com circulação de mercadorias – impossibilidade de incidirem sobre as respectivas operações ICMS, IPI e II, parecer. Disponível

em: <https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.gandramartins.adv.br%2Fproject%2Fives-gandra%2Fpublic%2Fuploads%2F2014%2F10%2F27%2F17d0448008789p.doc&embedded=true&chrome=false&dov=1.m>. Acesso em: 31/07/2017.

FLORIANO, Daniela. A propriedade do software adquirido via download. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-propriedade-do-software-adquirido-por-download/>. Acesso em: 31/07/2017.

NOTAS:

[1] Disponível em: <http://www.abpd.org.br/home/numeros-do-mercado/>. Acesso em: 11/06/2017.

[2] BONATO, Vanderlei: Introdução à Ciência da Computação. Acesso em: https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwiki.icmc.usp.br%2Fimages%2F4%2F41%2FSSC0800_Aula1.pdf&embedded=true&chrome=false&dov=1.

[3] SANTOS, Manuel J. Pereira dos. Direito autoral. Editora Saraiva. 2013

[4] SANTOS, Manuel J. Pereira dos. *A Nova Lei do Software: Aspectos Controvertidos da Proteção Autoral*. Apud. AMAD, Emir Iscandor. *Contratos de software "shrinkwrap licences" e "clickwrap licences"*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.

[5] SAAVEDRA, Rui. Apud. RIBEIRO, Guilherme Felipe Silva. Software: mercadoria ou serviço? Aspectos tributários controvertidos. Disponível em: http://www.fiscosoft.com.br/main_online_frame.php?page=/index.php?PID=200322&key=4073227ç. Acesso em: 31/07/2017.

[6] MARTINS, Ives Gandra. O licenciamento e o sublicenciamento de programa de software não se confundem com circulação de mercadorias – impossibilidade de incidirem sobre as respectivas operações ICMS, IPI e II, parecer. Disponível em: <https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.gandramartins.adv.br%2Fproject%2Fives-gandra%2Fpublic%2Fuploads%2F2014%2F10%2F27%2F17d0448008789p.doc&embedded=true&chrome=false&dov=1.m>. Acesso em: 31/07/2017.

[7] MARTINS, Ives Gandra. Ob cit.

[8] FLORIANO, Daniela. A propriedade do software adquirido via download. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-propriedade-do-software-adquirido-por-download/>. Acesso em: 31/07/2017.

[9] Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/agenciacni/noticias/2017/06/brasil-fica-estagnado-no-indice-global-de-inovacao/>. Acesso em: 31/07/2017.

DIREITO ADMINISTRATIVO

PAULO BYRON OLIVEIRA SOARES NETO: Professor Efetivo do Governo do Estado de São Paulo; Licenciado e Bacharel em Matemática pela Universidade Ibirapuera; especialista em Gestão Escolar e Coordenação Pedagógica pela Uniasselvi; graduando em Direito (UNIP); Graduando em Engenharia de Produção (UNIVESP); Pós graduando em Ensino de Filosofia (UNIFESP); pós graduado em Direito Tributário e mestrando em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade del Atlântico - Espanha.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo a familiarização do estudante de Direito à Disciplina de Direito Administrativo, através de análise bibliográfica, relatando um breve histórico, organização, princípios, Administração Pública Direta e Indireta, Servidores Públicos e Poderes.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Administração Pública Direta e Indireta; Servidores Públicos.

Abstract: This work aims to familiarize students of Law with Administrative Law Discipline, through bibliographical analysis, reporting a brief history, organization, principles, Direct and Indirect Public Administration, Public Servants and Powers.

Keywords: Administrative law; Direct and Indirect Public Administration; Public Servers.

Introdução

O Direito administrativo no Brasil tem em sua origem a partir da criação das disciplinas nos cursos de Direito na época imperial, localizados no Rio de Janeiro e Recife.

Cristalino que o Direito Administrativo tem seu surgimento com o Estado de Direito, a fim de organizar a estrutura do Estado e regular a

relação entre os cidadãos e a Administração Pública, visando a garantia de direitos.

Em determinado momento histórico, a concepção do Direito Administrativo sofre influências ideológicas evolutivas em que se apresenta o Estado.

Como consequência do liberalismo, o que nos remete a Revolução Francesa, o Estado limita-se a três funções básicas para a proteção da sociedade, quais são: segurança interna, segurança externa e da justiça. Esta última pela administração adequada de serviços essenciais, em sua grande maioria de total desinteresse dos particulares.

Na metade do século XX, o Estado Social começa a ser moldado. O estado, por consequência, passa a exercer funções inovadoras, responsabilizando-se pela garantia a saúde, educação, assistência social, previdência, entre demais atividades.

Diante das desigualdades geradas pela Revolução Industrial e pelo modo de produção capitalista, coube ao Estado a intervenção com o intuito de reduzir as desigualdades geradas. Com isto, o Estado passa a ser um agente ativo na ordem econômica e social.

Perante a influência do Estado Social, com brilhantismo nos ensina a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha: “[...] a *Administração Pública possibilita o atingimento do objetivo que a opção pelo modelo de Estado deixa traçado em seus fundamentos*”.

A partir do Estado Social, por consequência, há uma maior intensidade na atuação da Administração Pública e obviamente cabendo ao Poder Judiciário exercer um controle mais efetivo sobre o poder do Estado. Respectivo controle desempenhado pelo Judiciário no que tange a Administração Pública, acaba por influenciar as relações desta com seus administrados.

Devido a este controle jurisdicional a Administração Pública encaminha sua conduta através de diversos princípios norteadores, como

o da legalidade, moralidade, eficiência e da prevalência do interesse público sobre o interesse particular.

Em meados da década de 90, sobre influência de um cenário mundial em crise, o Brasil introduz elementos a fim de reconfigurar a Administração Pública gerencial. Através da EC nº 19/98 é inserido o princípio da eficiência na Administração Pública. Neste mesmo período há a privatização de setores da economia, reformas da previdência social, processos de avaliação periódica dos servidores públicos, criação de agências reguladoras (órgãos reguladores), entre outros.

Na lição de Alexandre massa, no que se refere aos objetivos da Administração Pública gerencial, temos: “objetiva atribuir maior agilidade e eficiência na atuação administrativa, enfatizando a obtenção de resultados, em detrimento de processos e ritos, e estimulando a participação popular na gestão pública”[\[1\]](#)

O Direito Administrativo, conforme considerado pelos principais autores da matéria, trata de um conjunto de normas garantistas do cidadão, pelo fato de serem limitadoras do poder estatal frente aos direitos fundamentais.

De acordo com alguns doutrinadores podemos conceituar o Direito Administrativo, das seguintes maneiras:

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello: “o Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que disciplina o exercício da função administrativa, e os órgãos que a desempenham”[\[2\]](#).

Conforme Alexandre Mazza: “Direito Administrativo é o ramo do direito público que estuda os princípios e normas reguladoras do exercício da função administrativa”[\[3\]](#).

Podemos reconhecer, portanto, que existem dois objetos principais de estudo do Direito Administrativo, a Administração Pública e o desempenho da função administrativa do Estado.

De acordo com o Ministro Alexandre de Moraes:

O Direito Administrativo, no Brasil, tem como objeto o estudo do estatuto dos órgãos públicos administrativos do Estado, bem como de toda a estruturação de suas atividades e serviços públicos, e a análise dos procedimentos tendentes ao cumprimento das tarefas do Poder Público. [4]

O Direito Administrativo brasileiro apresenta as seguintes características técnicas: ramo recente do Direito; não codificado, na medida em que sua base normativa decorre de legislação esparsa; adoção do modelo inglês de jurisdição uma como forma de controle da administração; parcialmente influenciado pela jurisprudência, visto que, as manifestações dos tribunais exercem influência indicativa.

1. Relações do Direito Administrativo com outros ramos do Direito

Ramo didaticamente autônomo do Direito, o Direito Administrativo, pertence ao ramo do Direito Público. Apesar de sua autonomia possui relação com diversos ramos do direito, como podemos citar: Direito Constitucional; Direito Tributário e Financeiro; Direito Penal; Direito da Seguridade Social; Direito Econômico; Direito Ambiental; Direito do Trabalho; Direito Civil e Empresarial; Direito Processual; dentre outros ramos do Direito.

Para fins de exemplificação, temos o lançamento, instituto típico do Direito Tributário. O lançamento tem sua conceituação dada como procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência de determinado fator gerador.

2. Princípios constitucionais do Direito Administrativo

Os princípios possuem natureza de normas jurídicas, com elevada carga valorativa. Destarte, atribuindo-se normatividade aos princípios, p.ex., utilização do princípio da moralidade administrativa no julgamento de questões de nepotismo cruzado.

Desta feita, cabe evidenciar que a norma jurídica é gênero e os princípios e regras são suas respectivas espécies.

De acordo com citação de Alexandre Mazza quanta a brilhante definição exposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é por definição:

[...]mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhes a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Não há consenso, da doutrina especializada, quanto a enumeração dos princípios do Direito Administrativo. Alguns destes princípios estão expressos na Constituição Federal de 1988 e em legislação esparsa. Todavia, existem princípios que, a partir da análise do regime jurídico administrativo, são enumerados e, portanto, considerados implícitos.

Podemos agrupar os princípios explícitos em dois grupos: princípios constitucionais gerais e princípios legais setoriais. Os princípios constitucionais gerais estão previstos no art. 37, caput, CF/88 e se aplicam ao direito administrativo. Por seu turno, os princípios legais setoriais estão previstos na legislação infraconstitucional, referindo-se a determinado setor do direito administrativo, p.ex., caso dos princípios que regem os serviços públicos.

A Administração Pública, de qualquer esfera ou Poder dos entes federativos, deve se atentar aos cinco princípios constitucionais que são: legalidade; impessoalidade; moralidade; publicidade e eficiência.

O princípio da legalidade acarreta que a administração ao atuar deve ser vinculada aos limites estabelecidos na legislação vigente. Cabendo na atuação do administrador a observância da moralidade e

finalidade. Sendo assim, o administrador deve se vincular aos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Vale ressaltar, que a Administração está sujeita a seus próprios atos normativos, expedidos a fim de cumprir as leis de forma fidedigna. Portanto, o agente público deve observar não só as leis, mas, também os atos administrativos para cada caso concreto.

O princípio da impessoalidade se relaciona ao princípio da isonomia que deve ser dado a Administração Pública aos seus administrados. Deve ocorrer em dois aspectos: atendimento do interesse público e imputação do ato administrativo praticado à Administração Pública e não ao agente que o praticou.

Moralidade, este princípio refere-se a atuação da administração pública pautada pela ética e respeito aos valores morais e jurídicos. Fundamental na atuação da Administração Pública que deve atuar tanto de acordo com a lei, mas, também, com legitimidade e segundo padrões de eticidade. Um ato contrário a moral administrativa é passível de anulação ou invalidação. A moral administrativa tem como um dos meios de controle judicial a ação popular, prevista no art. 5, LXXIII, CF/88. A atuação com moralidade abrange tanto o agente público, quanto os particulares que mantêm relação com o Poder Público.

O princípio da publicidade corresponde com o dever de transparência da Administração Pública, tornando as informações acessíveis a sociedade. Toda publicidade veiculada pelo Poder Público deve ter caráter informativo, educativo, e de orientação social. Não podendo nesta publicidade conter nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridade ou servidores públicos, caso contrário violaria o princípio da impessoalidade.

A Lei de Acesso a Informação – LAI assegura o direito fundamental de acesso à informação, os quais deverão ser executados de acordo com os princípios da administração pública, respeitando as seguintes diretrizes: observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; divulgação de informações de interesse público, independente de solicitações; utilização de meios de comunicação

viabilizados pela tecnologia da informação; fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; desenvolvimento do controle social da administração pública.

Subordinam-se a LAI os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, legislativo incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público; as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Aplica-se, também, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações do interesse público, recursos públicos.

Eficiência, este princípio direciona que a Administração Pública deve buscar a melhor e mais adequada solução para os problemas administrativos, tendo como parâmetro ao interesse público e a legalidade. Está estritamente ligado ao gerenciamento de recursos e atividades financeiras.

3. Regime jurídico administrativo

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello: “o regime jurídico administrativo se baseia em dois princípios magnos (ou supra princípios): supremacia do interesse público sobre o interesse privado; indisponibilidades, pela Administração, do interesse público”^[5]

O conceito de interesse público envolve duas concepções: interesse público primário e interesse público secundário. O primeiro refere-se ao interesse da coletividade, já o segundo, por seu turno, é o interesse do Estado, enquanto sujeito de direitos.

Estas duas concepções são explicadas brilhantemente por Irene Patrício Nohara, como segue:

Interesses públicos primários são aqueles que a Administração deve perseguir no desempenho genuíno da função administrativa, uma vez que abarcam os interesses da coletividade como um todo

(o bem-estar geral ou comum); os interesses secundários são os interesses imediatos do aparato administrativo, independentemente dos interesses da coletividade; geralmente são interesses fazendários, relacionados com o incremento do erário^[6]

Como exposto anteriormente, a Administração Pública deve observar outros princípios positivados em determinadas leis que versam sobre a atuação do Estado, p.ex., Lei nº 9.784/99 que estabelece como princípios a serem observados, dentre outros, os da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Por seu turno, existem princípios expressos na Lei nº 8.666/93 que regula as licitações e contratos administrativos, bem como, a Lei nº 8.987/95 que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos, além destes, existem outros diplomas legais.

Devemos ressaltar que a Administração Pública ostenta de alguns privilégios diante dos particulares, como exemplo, nos prazos dilatados dos processos judiciais em que é ré (quádruplo para contestar e em dobro para recorrer).

4. Fontes do Direito Administrativo

As fontes podem ser classificadas em fontes de conhecimento e fontes materiais (de produção). As primeiras são as formas pelas quais o direito se manifesta, as segundas são os fatos sociais que influenciam na produção normativa.

As fontes de conhecimento (fontes formais) são bipartidas em fonte imediata (leis) e fonte mediata (costumes, jurisprudência e a doutrina).

A fonte primária do Direito Administrativo é a lei. O Direito Administrativo não se apresenta codificado, inexistente um Código organizado estruturalmente, desta forma, as leis administrativas são esparsas, não codificadas em um único instrumento.

A jurisprudência ocupa lugar de fonte secundária, porém de conforme art. 103-A da CF/88 as sumulas, aprovadas mediante dois terços dos membros do STF, terão força vinculante se equiparando as leis, sendo assim, tornando-se fonte formal primária.

5. Interpretação do Direito Administrativo

No que tange a interpretação do Direito Administrativo são utilizados os métodos clássicos de interpretação: gramatical, lógica, histórica, sistemática, teleológica.

Na interpretação do Direito Administrativo deve se considerar três pressupostos: a desigualdade jurídica entre a Administração Pública e administrados; a presunção de legitimidade dos atos da Administração; e a necessidade de poderes discricionários para atender ao interesse público.

6. Administração Pública

A Administração pública pode ser vista de dois aspectos: subjetivo, formal ou orgânico; e objetivo, material ou funcional.

Aspecto subjetivo, formal ou orgânico: conjunto de entidades jurídicas (de direito público ou privado), de órgãos públicos e de agentes públicos, que formam a estrutura orgânica formal da Administração.

O aspecto objetivo, material ou funcional: é o conjunto de funções ou atividades de caráter essencial administrativo, no sentido de realização concreta, direta e indiretamente os fins constitucionalmente atribuídos ao Estado.

7. Função administrativa do Estado

Pela tripartição dos poderes (Poder Executivo, Legislativo e Judiciário), temos como função típica do Poder Executivo a função administrativa. Todavia existem funções atípicas ou secundárias nos três poderes: Poder Executivo - Legislar (Medida Provisória) e julgar (Processo Administrativo); Poder Legislativo – Administrar e Julgar; Poder Judiciário – (Administrar e Legislar “sumula vinculante”).

8. Organização administrativa brasileira

O Direito brasileiro adotou a Teoria do órgão, atribuída ao jurista alemão Otto Gierke, que comparou o Estado ao corpo humano. Sendo que cada repartição funciona como uma parte do corpo, como os órgãos humanos, provindo daí a origem da nomenclatura “órgão público”.

Os órgãos podem ser classificados da seguinte forma: quanto a sua posição estatal ou quanto a hierarquia; quanto à estrutura do órgão; quanto à esfera de atuação dos órgãos públicos; quanto à composição ou atuação funcional dos órgãos.

Quanto a sua posição estatal ou quanto a hierarquia: podem ser independentes, localizando-se no topo da organização política administrativa, p.ex., Casa do Congresso Nacional; Presidência da República; Tribunais Superiores, entres outros. Também podem ser órgãos autônomos localizando-se logo abaixo dos órgãos independentes, p.ex., Ministérios; Advocacia Geral da União, entre outros. Existem os órgãos superiores que são órgãos de direção, sem autonomia administrativa e financeira, sujeitando-se a outros órgãos, p.ex., gabinetes de Ministros; Secretarias Gerais; entre outros. Os órgãos subalternos localizados na base da estrutura orgânica da Administração Pública, exercem atividades materiais ou de execução, p.ex., setor de protocolo; almoxarifado; entre outros.

Quanto a estrutura do órgão, estes podem ser simples ou unitários, ou seja, caracterizados por um único centro de competência, sem subdivisão interna, p.ex., delegacia de polícia; escolas públicas; entre outros. Já os órgãos compostos são integrados por diversos centros de competência, p.ex., Secretaria da Educação; Secretaria da Saúde, entre outros.

Em relação à esfera de atuação dos órgãos públicos, podem ser centrais que coincidem com o domínio político da entidade estatal, p.ex., Ministério dos Transportes; Secretaria Municipal de Saúde de Praia Grade; entre outros. Ocorre também a possibilidade de serem locais, com atuação somente em parte do território da entidade federativa, p.ex., Delegacia da

Polícia Civil de Mongaguá, Aduana localizada no Porto de Santos; entre outros.

Quanto à composição ou atuação funcional dos órgãos, leva em consideração a quantidade de agentes públicos responsáveis pela formação da vontade do órgão, podem ser singulares ou unipessoais, ou seja, um único agente público responsável, p.ex., Presidência da República; Prefeituras Municipais; entre outros. Podem ser também colegiados ou pluripessoais onde há mais de uma agente responsável pela formação da vontade do órgão, p.ex., Mesa da Câmara de Vereadores; Órgão Administrativo do Tribunal de Justiça; entre outros.

9. Desconcentração e descentralização

Desconcentração e descentralização referem-se a técnicas empregadas pelo Estado com o intuito de racionalizar o desenvolvimento e a prestação das atividades que lhe são atribuídas, procurando, desta forma, atender com maior eficiência o interesse público.

A desconcentração se caracteriza na distribuição de competências da estrutura da Administração Direta, pressupondo hierarquia e subordinação entre os órgãos, de acordo com a posição ocupada na estrutura organizacional.

A desconcentração pode ocorrer em razão da matéria, com a criação de órgãos para tratar de determinados assuntos, p.ex., Ministério da Saúde, Ministério da Defesa; entre outros. Também pode ser realizada em razão do grau, ou seja, do nível de responsabilidade decisória nos referidos escalões correspondentes nos diversos patamares de autoridades, p.ex., Ministro do Trabalho; Secretaria de Fiscalização do Trabalho; Departamento de Fiscalização do Trabalho; e Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo. Por seu turno, há a divisão em razão do critério territorial, ou seja, a divisão das respectivas atividades de acordo com a localização da repartição, p.ex., Superintendência Regional do Trabalho em São Paulo; Gerência Regional do Trabalho em Santos; Subprefeituras do Município de São Paulo.

Em contrapartida, a descentralização ocorre quando a função administrativa ocorre não diretamente, ou seja, indiretamente através de entidades administrativas criadas para este fim específico, p.ex., autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista. Desta forma estamos tratando da Administração Pública Indireta.

Para explicitar de maneira ainda mais cristalina os conceitos de descentralização e desconcentração, cabe apresentar o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

a descentralização pressupõe pessoas jurídicas diversas: aquela que originariamente tem ou teria a titulação sobre certa atividade e aquela outra ou aquelas outras às quais foi atribuído o desempenho das atividades em causa. A desconcentração está sempre referida a uma só pessoa, pois se cogita da distribuição de competências na intimidade dela, mantendo-se, pois, o liame unificador da hierarquia. Pela descentralização rompe-se uma unidade personalizada e não há vínculo entre a Administração Central e a pessoa estatal descentralizada. Assim, a segunda é 'subordinada' à primeira. O que passa a existir, na relação entre ambas, é um poder chamado controle.^[7]

10. Administração direta e indireta

A Administração Pública, através do Decreto-lei nº 200, de 1967, foi dividida em Administração Direta e Indireta.

Em relação a Administração Direta é a que compreende a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e os órgãos que integram estes por desconcentração. Os Entes Federativos, por possuírem personalidade jurídica de direito público, a lei os confere o exercício de funções administrativas.

No que tange a Administração Indireta, esta é formada pelas entidades criadas por lei, ou autorizadas a criação por lei, possuindo

personalidade jurídica própria. A criação dessas pessoas jurídicas se dá pela descentralização, como visto no tópico anterior.

11. Integrantes da administração direta e entidades paralelas

Conforme exposto anteriormente quanto a Administração Indireta, temos que esta compreende as seguintes categorias de entidades, as quais são dotadas de personalidade jurídica própria: autarquias; fundações públicas; empresas públicas e sociedades de economia mista. Complemento as entidades apontadas, cabe destacar a Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005, que dispôs sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, prescrevendo deste modo que: “[...]o consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados”.

Apontaremos as informações características das autarquias, que é o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receitas próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira (descentralizada). Possuem prerrogativas idênticas as dos entes estatais, com exceção da autonomia política. Incluindo, também, as prerrogativas processuais. Os bens das autarquias possuem natureza de bens públicos, portanto são inalienáveis, impenhoráveis e imprescritíveis. São exemplos de autarquias: INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social); BACEN (Banco Central do Brasil); entre outros.

Espécies de autarquias em regime especial são as agências reguladoras. Criadas e extintas por lei possuem a função de regular a prestação de determinados serviços públicos, que geralmente, foram transferidos à iniciativa privada por autorização, concessão ou permissão. São exemplos de agências reguladoras: ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações); ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil); entre outras.

Fundação pública, por alguns doutrinadores denominadas também de fundações autárquicas, são dotadas de personalidade jurídica

de direito público ou privado, sem fins lucrativos. Criadas em virtude de autorização legislativa, com o fim de desenvolverem atividades que não exijam execução por entidades ou órgãos do direito público, possuem autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos órgãos de direção, e seu funcionamento é custeado por recursos da União e outras fontes.

Cabe atenção que a fundação pública de direito público ou privado, é um patrimônio público personalizado e afetado a um determinado fim (sempre público). Gozam das mesmas prerrogativas das autarquias. São exemplos de fundações públicas o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística); FUNAI (Fundação Nacional do Índio); entre outras.

Por sua vez, a Empresa Pública é uma entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com capital próprio e capital exclusivo público, criado mediante autorização legal para a prestação de serviço público ou a exploração de atividade econômica, podendo se revestir de qualquer forma de organização empresarial admitida em direito. A partir da Lei nº 13.303/2016 passou a ser definida como entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios. Exemplos de empresas públicas: CEF (Caixa Econômica Federal); EBCT (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos); entre outras.

Sociedade de Economia Mista é a entidade com personalidade jurídica de direito privado, com capital parcialmente público e parcialmente privado. É criada mediante autorização legal a fim de explorar determinada atividade econômica ou para prestar serviços públicos. Organizada sob a forma de sociedade anônima, sendo o Poder Público detentor da maioria do capital volante. Exemplos de sociedade de economia mista: Banco do Brasil; Petrobrás; entre outras.

Consórcios Públicos possuem personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, instituída pelas entidades da Federação, através de contrato celebrado se houver prévia subscrição de protocolo de

intenções devidamente ratificado por lei de cada uma das entidades federadas instituidoras, para a gestão associada de serviços públicos de interesse comum.

12. Entes de cooperação ou entidades paraestatais

Pessoas jurídicas, que apesar de não integrarem a Administração Indireta, cooperam com o Estado na prestação de serviços de utilidade pública, sujeitos ao controle direto e indireto do Poder Público.

Segundo a doutrina os entes de cooperação são classificados em três grupos distintos: serviços sociais autônomos; entidades de apoio; e terceiro setor.

Os Serviços Sociais Autônomos são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, criadas por autorização da lei, que prestam atividades de interesse público em favor de certas categorias sociais ou profissionais. Recebem fomento do Estado, podendo ser mantidas por recursos orçamentários, bem como serem destinatárias de recursos oriundos de contribuições pagas, compulsoriamente, pelos contribuintes. Integram o denominado “Sistema S”, p. ex., Sesi (Serviço Social da Indústria); Senac (Serviço nacional de aprendizagem comercial); entre outros.

Entidades de apoio é a pessoa jurídica de natureza privada que exerce, sem fins lucrativos, atividade social, serviços sociais não exclusivos do Estado, relacionados à ciência, pesquisa, saúde e educação. Criadas com a finalidade de apoiarem projetos de pesquisa, ensino de extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições contratantes. São exemplos de entidades de apoio: Fundação de Desenvolvimento da Unicamp e a Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo.

Terceiro Setor integrado por organizações de origem privada, autônomas e altruístas, sem finalidade lucrativa e com o objetivo de

promover o bem-estar coletivo. São exemplos: ONG's; Entidades beneficentes; entre outras.

13. Servidores públicos e agentes públicos

Servidor público, em sentido estrito, é toda pessoa física que mantém vínculo de caráter profissional com o Estado.

Todavia tal conceituação se demonstra muito restrita, visto que, a conceituação de agente público se dá pelas pessoas físicas que exercem função pública, quer permanente ou transitória, quer remunerada ou não remunerada. Dessa forma, temos que os servidores públicos são uma espécie de agentes públicos.

Desta feita, podemos classificar os agentes públicos em três espécies distintas: agente político; servidores públicos; particulares em colaboração com o poder público.

Os agentes políticos são agentes públicos responsáveis pela formação da vontade política do Estado, ou seja, são os titulares de mandato eletivo (Presidente da República, Vice-Presidente da República, Governador de Estado, entre outros), além destes se enquadram nesta tipificação os integrantes de primeiro escalão do governo (Ministros de Estado, Secretários Estaduais e Municipais). Em relevância a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (SRF), enquadram-se como agentes políticos os Membros da Magistratura e do Ministério Público. Se ampliarmos nossa visão, conforme jurisprudência, enquadraríamos como agentes políticos, também, os Membros dos Tribunais de Contas e os agentes diplomáticos.

Servidores Públicos são as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Pública Indireta, através de vínculos profissionais, sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico da entidade estatal à qual está vinculado. Os servidores públicos podem ser divididos em quatro classes distintas: servidores estatutários; empregados públicos; servidores temporários; e militares.

Os servidores estatutários são servidores ocupantes de cargos públicos providos por concurso público e que são regidos por um estatuto, estabelecido em lei, definidor de direitos e obrigações.

Empregados públicos: ocupantes de emprego público provido por concurso público, contratados sob o regime da CLT.

Servidores temporários: exercem função pública, porém não há vinculação a cargo ou emprego público, contratados por tempo determinado a fim de atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art.37, IX, CF/88).

Os militares são pessoas físicas que prestam serviços as Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) e às Polícias Militares aos Corpos de Bombeiros Militares. São regidos pelo estatuto próprio da corporação militar que integram.

Particulares em colaboração com o Poder Público são as pessoas físicas que prestam serviço ao Estado, sem vínculo de trabalho profissional, com ou sem remuneração. Embora particulares, exercem função pública. Podem ser divididos em três grupos distintos:

- a) Particulares em colaboração com o Poder Público por delegação: desempenham função pública em nome próprio, submetidos a fiscalização do Poder Público delegante, são remunerados pelos usuários dos serviços, p.ex., notários e tabeliães;
- b) Particulares em colaboração com o Poder Público por requisição, nomeação ou designação: desempenham função pública de forma transitória e, via de regra, sem remuneração, p.ex., jurados, mesários;
- c) Particulares em colaboração com o Poder Público como gestores de negócios: pessoa que assume, de forma espontânea, o desempenho de funções públicas em situações de emergência, tais como, inundações, incêndios, entre outros.

14. Cargo, emprego e função

Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas ao servidor. Os cargos públicos são criados por lei, com denominação própria e remuneração oriunda do erário público.

Os titulares de cargo público são submetidos a um regime especificamente estabelecido a fim de reger a relação da sua categoria frente a entidade para qual exercem suas funções, o qual denomina-se estatuto. Desta forma, o regime ao qual se vinculam é institucional ou estatutário, de natureza não contratual.

Os cargos públicos são divididos em três categorias: cargos efetivos; cargos em comissão; e cargos vitalícios.

Em relação aos cargos vitalícios são atribuídos pela Constituição Federal para determinada categoria de agentes públicos, como é o caso dos magistrados e membros do Ministério Público.

Cargos efetivos, os servidores nomeados para cargo efetivo são estáveis após três anos de efetivo exercício (art. 41, CF/88), além desta condição, há também, para a aquisição de estabilidade, a obrigatoriedade de avaliação especial de desempenho por comissão constituída para essa finalidade.

Função Pública é a atribuição ou o conjunto de atribuições conferidas aos cargos isolados ou organizados em carreira ou, ainda, aos que desempenham função pública em caráter excepcional e transitório (funções temporárias).

Funções de confiança são exercidas apenas e exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo. Não podendo ser exercidas por pessoas que não tenham sido aprovadas em concurso público.

Cargos de comissão podem ser ocupados por pessoas que não integram os quadros da Administração Pública. Não se adquire estabilidade nos cargos de comissão, sendo estes livres de nomeação e exoneração.

Tanto as funções de confiança quanto os cargos em comissão, se destinam apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

15. Direitos e deveres

Os direitos e deveres dos servidores públicos encontram-se dispostos em diversas fontes: Constituição Federal de 1988, estatutos (para servidores estatutários e militares), nas leis trabalhistas para os servidores sob o regime CLT e na Consolidação das Leis Temporárias (para os empregados públicos).

Os seguintes deveres do servidor público são apontados pelos doutrinadores: lealdade (para o ente estatal e o usuário do serviço público); obediência (acatar ordens superiores e as prescrições estabelecidas na legislação); conduta ética (honestidade, moralidade, decoro, zelo, eficiência e eficácia).

Para os servidores públicos civis federais, os deveres encontram-se estabelecidos nos art. 116 da Lei nº 8.112/92.

16. Responsabilidade civil, penal e administrativa

Os servidores públicos, no desempenho das suas funções, submetem-se a três esferas de responsabilidade: civil; penal e administrativa. Sendo assim, podem praticar ilícitos civis, causando prejuízos aos administrados e à própria Administração Pública, ilícitos penais e ilícitos administrativos.

A responsabilidade civil imposta ao servidor público, impõe a obrigação de reparar dano causado a Administração Pública ou ao particular, em decorrência de conduta tanto culposa quanto dolosa, praticada de forma omissiva ou comissiva.

Desta feita, temos que a responsabilidade do servidor público é subjetiva, não se confundindo com a responsabilidade da própria Administração Pública que é objetiva.

A responsabilidade penal decorre da conduta ilícita praticada pelo servidor público que a lei penal tipifica como infração penal. Os principais crimes contra a Administração Pública encontram-se tipificados nos artigos 312 a 326 do CP.

Por encerramento, a responsabilidade administrativa ocorre quando o servidor comete um ilícito administrativo ou deixa de cumprir com seus deveres funcionais. Tais condutas ensejar o reconhecimento da responsabilidade administrativa do servidor público e, portanto, ser apurada através de processo administrativo disciplinar, ou sindicância, de acordo com a penalidade prevista no estatuto.

17. Poderes da administração pública

Os poderes da Administração Pública devem ser exercidos dentro dos ditames estabelecidos no ordenamento jurídico e sempre com a finalidade de atender ao interesse público, sob pena de haver abuso de poder.

De acordo com o ensinamento de Fernando Baltazar e Ronny Charles Torres:

abuso de poder é gênero do qual são espécies o desvio de poder e o excesso de poder. O desvio de poder ocorre quando o agente público, embora agindo dentro de sua competência, desvia-se dos fins previstos pelo legislador, enquanto o excesso de poder ocorrerá quando o agente público agir fora dos limites de sua competência.^[8]

São poderes da Administração Pública: poder vinculado e discricionário; poder normativo ou regulamentar; poder disciplinar; poder hierárquico; poder de polícia.

Poder vinculado é o poder conferido pela lei à Administração para a prática dos atos administrativos de sua competência, determinando elementos e requisitos para sua formalização.

Por seu turno, o poder discricionário é revelado pela liberdade de escolha da conveniência, conteúdo e oportunidade do ato administrativo. Todavia, não deve extrapolar a lei, pois seria tido como arbitrário.

O poder regulamentar é privativo do chefe do Poder Executivo que se manifesta através dos decretos expedidos quando a lei deixa aspectos a serem disciplinados pela Administração (art.84, IV, CF/88).

Conferido a Administração Pública o poder disciplinar é exercido para apurar as infrações dos agentes públicos e das demais pessoas que estão sujeitas à disciplina administrativa (como é o caso de alunos de uma universidade pública).

Em relação ao poder hierárquico é aquele que se manifesta pela distribuição e escalonamento das funções de seus órgãos, na ordenação e revisão da atuação de seus agentes, estabelecendo assim uma relação de subordinação entre seus servidores.

O poder de polícia tem conceito legal especificado no art. 78 do Código Tributário Nacional. Todavia, para fins acadêmicos utilizaremos o conceito postulado pelo Dr. Alexandre Mazza, que conceitua o poder de polícia como:

atividade da Administração Pública, baseada em lei e na supremacia geral, consistente no estabelecimento de limitações à liberdade e propriedade dos particulares, regulando a prática de ato ou a abstenção de fato, manifestando-se por meio de atos normativos ou concretos, em benefício do detrimento público.^[9]

Destarte, a polícia administrativa tem como finalidade a adequação dos interesses individuais com o interesse coletivo. Neste sentido, de polícia administrativa, cabe citar a polícia sanitária, das construções, das águas, entre outras.

Cristalino que o exercício do poder de polícia limita-se aos direitos individuais, devendo respeitá-los e observar certos parâmetros: necessidade da medida; proporcionalidade; e eficácia (adequação).

As características do poder de polícia são: discricionariedade; autoexecutoriedade; e coercibilidade.

A discricionariedade significa que a atuação da Administração Pública possui determinado parâmetro de opção a fim de decidir o melhor momento de agir, o meio mais adequado de atuação e a sanção que mais se adequa ao caso concreto.

Em relação a autoexecutoriedade são as prerrogativas que a Administração Pública possui para praticar os atos administrativos e de executar, através de seus meios, as suas decisões. Desta forma, sem a necessidade de buscar prévia autorização do Poder Judiciário.

Por fim, a imposição coativa das manifestações do poder de polícia, com o emprego da força pública, caso haja resistência infundada do administrado é definida como coercibilidade. Como exemplo a lacração de um imóvel, com a construção de uma parede na entrada do estabelecimento.

18. Referências bibliográficas

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Direito Administrativo*. Coleção Sinopses para Concursos volume 9. Salvador:

JusPodium, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Editora JusPodium, 2010.

DIAS, Eduardo Rocha e MACEDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: Método, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GERMANO, Luiz Paulo Rosek. *Programa de Direito Administrativo 1*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2010.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor Público na Atualidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. Niterói: Impetus, 2011.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAZZA, Alexandre e ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. *Prática de Direito Administrativo*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRAGEM, Bruno. *Direito Administrativo Aplicado. A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo Perfil da Regulação Estatal. Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica. Princípios e Fundamentação Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA Gustavo Scatolino e CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Manual de Direito Administrativo*. Salvador: JusPodium, 2012.

SPITZCOVSKY, Celso. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Método, 2008

NOTAS:

[1] MAZZA, Alexandre, *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 39-40.

[2] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.27.

[3] MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.38.

[4] MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 87.

[5] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.27

[6] NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 5-6.

[7] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.141

[8] BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de, *Op. cit.*, p 180.

[9] MAZZA, Alexandre, *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 269

PRAZO PRESCRICIONAL PARA REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL PARA SÓCIOS

ROMERO SOLANO DE OLIVEIRA MAGALHAES:
Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Pós Graduando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

RESUMO: Este trabalho abordará o prazo para redirecionamento da execução fiscal para sócios-gerentes. São três as diferentes visões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto, de forma que há quem acredite inexistir prazo para redirecionamento, quem pense que o termo a *quo* do prazo deve ser o momento da citação da pessoa jurídica executada e quem defenda, acertadamente, que o início da fluência do prazo prescricional deve ficar condicionado ao conhecimento da violação ou lesão ao direito subjetivo da Fazenda, aplicando-se a Teoria da *actio nata*.

PALAVRAS-CHAVE: Prazo prescricional. Redirecionamento. Execução Fiscal. Teoria da *actio nata*.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Cômputo de prazo prescricional intercorrente a partir da citação da pessoa jurídica devedora; 2. Inexistência de prescrição para redirecionamento: prazo prescricional uno; 3. Cômputo de prazo prescricional intercorrente a partir do conhecimento da causa autorizadora do redirecionamento; Conclusão; Referências.

Introdução

Sendo bastante comum, nas ações de execução de dívida fiscal, a cobrança de determinado crédito tributário de terceiro que não realizou o fato gerador do tributo, isto é, haver o redirecionamento da execução fiscal, é importante analisar se há prazo para tal redirecionamento.

O objetivo central deste trabalho é analisar o prazo para redirecionar os processos de execução fiscal, seu termo *a quo* e a consequente possibilidade de decretação de prescrição intercorrente. Para tanto, serão estudadas decisões judiciais sobre os assuntos abordados, buscadas principalmente no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça. A essas decisões, serão associadas opiniões diversas de vários autores, já que são três as diferentes visões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto: uma primeira corrente pensa que o termo *a quo* do prazo deve ser o momento da citação da pessoa jurídica executada; para outra, inexistente prazo para redirecionamento; enquanto que uma terceira, corretamente, defende que o início da fluência do prazo prescricional deve ficar condicionado ao conhecimento da violação ou lesão ao direito subjetivo da Fazenda.

1. Cômputo de prazo prescricional intercorrente a partir da citação da pessoa jurídica devedora

Verificando a ocorrência de alguma das hipóteses do artigo 135, III, do CTN ou dissolução irregular da pessoa jurídica, cabe ao Fisco viabilizar a cobrança do crédito do novo sujeito passivo, redirecionando a execução para o sócio-gerente da empresa executada. Discute-se, então, qual o prazo, e seu termo *a quo*, no qual a credora pode requerer o redirecionamento, sabendo-se que a não inclusão do terceiro no polo passivo ensejará inércia e, portanto, possibilidade de extinção do crédito por prescrição intercorrente.

É de se observar que inexistente previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro de prazo para redirecionamento do feito executivo. Dispondo sobre prescrição intercorrente, o artigo 40 da Lei nº 6830/80, nos termos de Araújo,

“não especifica qual o prazo prescricional que enseja a declaração da prescrição intercorrente, porque este é o previsto no artigo 174, que se encontra, porém, interrompido por

força que determina o seu parágrafo único, mas cuja retomada é autorizada, quando caracterizada a necessidade de o credor demandar o andamento da ação executiva”[1].

Dessa mesma forma, é possível dizer que o prazo de cinco anos se aplica também ao redirecionamento do feito executivo nas hipóteses de responsabilidade de um terceiro. Esse é o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, para quem o prazo deve ser contado da data da citação da sociedade devedora. Nesse sentido, a Segunda Turma do STJ editou o Informativo de Jurisprudência nº 243, do período de 18 a 22 de abril de 2005, cujo teor é o seguinte:

PRESCRIÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO. SÓCIO. A Fazenda Pública tem o prazo de cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica devedora, para promover o redirecionamento da execução fiscal contra os responsáveis tributários relacionados no art. 135, III, do CTN. Precedentes citados: REsp 41.958-SP, DJ 28/8/2000, e REsp 142.397-SP, DJ 6/10/1997. REsp 205.887-RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 19/4/2005.

Supondo que houve ajuizamento do feito executivo fiscal dentro do prazo prescricional e que a citação da empresa devedora sobreveio, por exemplo, em 01/07/2015, tem-se que, segundo o entendimento majoritário do STJ, o prazo de cinco anos para o pedido de redirecionamento por parte da Fazenda começa a correr na mencionada data, podendo ela, portanto, até 30/06/2020, pleitear que a execução se volte para a pessoa do sócio-gerente. Para isso, cabe ao Fisco comprovar a atuação do sócio-gerente com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto.

No tocante ao entendimento exposto, prevalecente do STJ, importante atentar que, segundo ele, a interrupção da prescrição na execução fiscal contra a pessoa jurídica devedora executada também interrompe a prescrição para fins de redirecionamento contra os sócios,

iniciando-se, a partir de então, novo prazo quinquenal para eventual redirecionamento. Como alhures explanado, antes da Lei Complementar nº 118/2005, o artigo 174 do CTN previa, em seu artigo I, a citação válida do devedor como causa de interrupção da prescrição do crédito tributário, de modo que, a partir desse momento, citação da pessoa jurídica, começaria a ser contado o prazo prescricional para responsabilização pessoal do sócio. Nesse sentido, tem-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. 1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por suas duas Turmas de Direito Público, consolidou o entendimento de que, não obstante a citação válida da pessoa jurídica interrompa a prescrição em relação aos responsáveis solidários, **no caso de redirecionamento da execução fiscal, há prescrição intercorrente se decorridos mais de cinco anos entre a citação da empresa e a citação pessoal dos sócios, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal.** 2. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg nos Embargos de Divergência em REsp nº 761.488/SC, Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Julgamento: 25/11/2009, PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 07/12/2009).

O fundamento jurídico no qual se baseia a tese apresentada é o de que são devedores solidários a empresa executada e o sócio-gerente para quem há o redirecionamento. Leva-se em conta, assim, o efeito da solidariedade previsto no artigo 125, III, do CTN, qual seja o de que “a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica aos demais”.

Nota-se que a tese predominante do STJ foi elaborada sob a sistemática da redação antiga do artigo 174, I, do CTN. Isso porque a Lei Complementar nº 118/2005 o alterou, passando a prever que a interrupção da prescrição ocorre com o despacho ordenando a citação da pessoa jurídica executada. Vale registrar que o artigo 8º, §2º, da Lei de Execução Fiscal já continha tal previsão, mas não prevalecia em relação ao referido artigo 174, I, vez que a lei nº 6830/80 é ordinária, ao passo que o Código Tributário Nacional possui status de lei complementar, em decorrência do artigo 146, III, b, da Constituição Federal.

Veja-se o seguinte julgado:

Tributário. Execução Fiscal. Redirecionamento contra Sócio. Cinco anos da citação da Pessoa Jurídica. Ocorrência da prescrição. O redirecionamento da execução aos sócios gerentes deve dar-se no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica, de modo a afastar a imprescritibilidade da pretensão de cobrança do débito fiscal. Agravo regimental improvido. (STJ. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 200802441915, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento 19/08/2009, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2009).

Como é de se perceber, não obstante a alteração promovida pela Lei Complementar nº 118/2005, fazendo com que o artigo 174, I, do CTN e o artigo 8º, §2º, da lei nº 6830/80, possuam o mesmo teor, o entendimento do STJ manteve-se intacto, isto é, continuou fixando a citação da pessoa jurídica devedora como termo inicial do prazo prescricional intercorrente para redirecionamento da execução para os sócios-gerentes. Nesse sentido, observam-se vários julgados do STJ^[2], como por exemplo:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO
REGIMENTAL NO AGRAVO DE
INSTRUMENTO. **EXECUÇÃO FISCAL.**

REDIRECIONAMENTO AOS SÓCIOS. NECESSIDADE DE OBSERVAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS QUE SE INICIA COM A CITAÇÃO DA SOCIEDADE PARA A EXECUÇÃO. ENTENDIMENTO FIRMADO COM O ESCOPO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA A SER TUTELADO NO PROCESSO, EVITANDO-SE A IMPRESCRITIBILIDADE DAS DÍVIDAS FISCAIS. (...)

1. Permitir que a pretensão de redirecionamento dependa de situações casuísticas conduziria, na prática, a uma quase imprescritibilidade da dívida tributária. Essa solução repugna ao ordenamento pátrio, pois traz, a reboque, a indesejável insegurança jurídica, já que o prazo prescricional dependeria de incontáveis fatos, nem sempre claros e, no mais das vezes, da apreciação subjetiva desses acontecimentos pelo Julgador. 2. O Superior Tribunal de Justiça possui o firme entendimento de que a citação da sociedade executada interrompe a prescrição em relação aos seus sócios-gerentes para fins de redirecionamento da execução fiscal, que deverá ser promovida no prazo de cinco anos, prazo esse estipulado como medida de pacificação social e segurança jurídica, com a finalidade de evitar a imprescritibilidade das dívidas fiscais. (...) (STJ. AgRg no Ag 1.297.255/SP 2010/0061824-5, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 19/03/2015, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/03/2015).

Consoante se percebe, a posição trazida do Superior Tribunal de Justiça desconsidera a multirreferida alteração legislativa promovida pela Lei Complementar nº 118/2005, o que constitui clara infringência ao princípio da legalidade.

Outra importante mácula à concepção dominante do STJ é o fato de ela desconsiderar os casos nos quais a causa autorizadora do redirecionamento ocorre durante o curso do feito executivo fiscal. Abordaremos adiante tal problema, fundamento da tese de que a contagem do prazo prescricional deve ser feita a partir do conhecimento da irregularidade que enseja a inclusão do sócio-gerente no processo.

2. Inexistência de prescrição para redirecionamento: prazo prescricional uno

Em que pese a teoria majoritária do STJ, o Parecer nº 55/2009 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), Coordenação-Geral da Representação Judicial da *Fazenda Nacional* (CRJ) e Coordenadoria da Administração Tributária (CAT) considera não existir prazo para a Fazenda pleitear o redirecionamento do feito executivo fiscal. *In verbis*:

“103. Da característica de relação jurídica de garantia também decorre que a prescrição da pretensão para com o responsável ocorre no mesmo momento em que prescreve a pretensão para com o contribuinte, nem antes, nem depois. Eis o porquê de admitir a jurisprudência o ‘redirecionamento da execução fiscal’ quando já se passaram mais de cinco anos da ocorrência do ato ilícito que ensejou a responsabilização do administrador”.

Ferragut contribui para o entendimento da teoria apresentada:

“prescrição é norma jurídica que prevê, em seu antecedente, o decurso de tempo qualificado pela inércia do titular de um direito e, em seu consequente, a perda do direito de ação. Nesse sentido, não cabe cogitar-se em prescrição no curso do processo, pois, se há processo, é porque o direito de ação já foi exercido”^[3].

Como se percebe, a ideia exposta nega não só a existência de prazo prescricional autônomo referente ao direito da Fazenda Pública de incluir o responsável tributário no polo passivo da execução fiscal em curso, mas também a própria existência de prescrição intercorrente. Santi pontifica:

“A relação jurídica processual em face do sócio decorre do processo de execução original, iniciado com o respectivo exercício do direito de ação, no momento da propositura da demanda, e no bojo do qual o despacho que ordenou a citação reconheceu o termo consumativo da prescrição que até então corria. Entendemos, portanto, que, após o exercício da ação que instaurou o processo, descabe falar-se em prescrição”^[4].

Pelo exposto, tendo sido proposta tempestivamente a ação de execução fiscal por parte da Fazenda, não existiria prazo prescricional intercorrente para o ente público pleitear o redirecionamento do feito para o sócio da pessoa devedora de crédito fiscal. Correia explica:

“Por essa doutrina as situações de responsabilidade superveniente ao início do processo executivo não geram a contagem de novo prazo prescricional para o redirecionamento do feito. Isso porque ao ajuizar a Execução Fiscal dentro do prazo de cinco anos estabelecido pelo CTN, o Estado exequente estaria demonstrando interesse em perseguir o crédito tributário, não importando contra quem estaria litigando, além disso, o redirecionamento seria apenas andamento da Execução Fiscal, e não hipótese de nova cobrança. Nesse sentido, o despacho que ordena a citação, que consiste em causa de interrupção do prazo prescricional, apenas põe fim ao decurso do prazo iniciado com a constituição definitiva do crédito tributário, pois o sujeito ativo já teria exercido seu

direito de ação, restando descaracterizada a sua inércia”[5].

Segundo o entendimento apresentado, a inércia do exequente não deve ser considerada em função do sujeito passivo, mas do crédito tributário em si. A prescrição, por sua vez, atinge um dos atributos do crédito, qual seja a exigibilidade/preensão, e não a sujeição passiva de um obrigado ou outro. De tal modo, a cobrança do devedor principal e dos demais responsáveis tributários é uma só, inexistindo prazos diferenciados ou regra no Ordenamento Jurídico pátrio que estabeleça aplicação especial da prescrição aos casos de responsabilidade tributária pessoal.

O seguinte trecho de julgado do STJ traz importantes bases para a tese em análise:

(...) É importante consignar que a prescrição não corre em prazos separados, conforme se trate de cobrança do devedor principal ou dos demais responsáveis. Assim, se estiver configurada a prescrição (na modalidade original ou intercorrente), o crédito tributário é inexigível tanto da pessoa jurídica como do sócio-gerente. Em contrapartida, se não ocorrida a prescrição, será ilegítimo entender prescrito o prazo para redirecionamento, sob pena de criar a aberrante construção jurídica segundo a qual o crédito tributário estará, simultaneamente, prescrito (para redirecionamento contra o sócio-gerente) e não prescrito (para cobrança do devedor principal, em virtude da pendência de quitação no parcelamento ou de julgamento dos Embargos do Devedor). (STJ. REsp 1.095.687/SP, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Relator para o acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 15/12/2009, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/10/2010).

Para defensores das ideias apresentadas, se houve prescrição, intercorrente ou não, para a cobrança do crédito tributário do devedor principal, estará fulminada a pretensão de redirecionar a execução fiscal para os demais responsáveis tributários. Por outro lado, enquanto o crédito tributário não estiver prescrito, não será legítimo entender que houve prescrição para o redirecionamento do feito executivo, afinal, o crédito tributário, que é o mesmo, não pode estar simultaneamente prescrito e não prescrito. Dito de outro modo, o crédito não pode permanecer hígido em relação a apenas alguns coobrigados.

Não obstante tal argumentação, não merece acolhida a ideia de inexistência de prazo para redirecionamento. Admitir a possibilidade de incluir um terceiro no polo passivo da ação executiva em curso a qualquer tempo significa desconsiderar o que foi exposto acerca do instituto da prescrição, que preza pela segurança jurídica, consagrada pelo Ordenamento Jurídico pátrio.

A relação jurídica entre o exequente e o responsável tributário, para quem o feito será redirecionado, não pode permanecer para sempre sem definição e instável, sob pena de afronta aos princípios do sistema tributário, como bem resume o STJ no seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL EXECUÇÃO FISCAL (...) 1. O conflito caracterizador da lide deve estabilizar-se após o decurso de determinado tempo sem promoção da parte interessada pela via da prescrição, impondo segurança jurídica aos litigantes, uma vez que a prescrição indefinida afronta os princípios informadores do sistema tributário. 2. A perda da pretensão executiva tributária pelo decurso de tempo é consequência da inércia do credor (...) (STJ. REsp 1.102.431/RJ, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 09/12/2009, PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 01/02/2010).

3.3 Cômputo de prazo prescricional intercorrente a partir do conhecimento da causa autorizadora do redirecionamento

A tese majoritária do STJ, de que o cômputo de prazo prescricional intercorrente deve se dar a partir da citação da pessoa jurídica devedora, e a de que não existe prazo prescricional para redirecionamento, como visto, apresentam falhas e, portanto, merecem críticas. Ao passo que desconsiderar a existência de prazo para redirecionar a execução fiscal afronta o princípio da segurança jurídica, a corrente mais difundida no STJ não atenta à alteração promovida pela Lei Complementar nº 118/2005, é contraditória, e não considera os casos nos quais a causa autorizadora do redirecionamento ocorre durante o curso do feito executivo fiscal.

Melo Filho comenta:

“Partindo-se do meio de interrupção, o despacho que ordena a citação da pessoa jurídica, há duas situações: a primeira ocorre quando o ato irregular do sócio ocorre antes da interrupção da prescrição contra a sociedade. Neste caso, interrompida a citação contra a pessoa jurídica, a Fazenda teria cinco anos, no caso de débitos tributários, a partir da interrupção, para incluir o sócio no polo passivo da execução. Por outro lado, quando o ato irregular autorizador da responsabilização pessoal do sócio ocorre depois da interrupção contra a pessoa jurídica, a situação é distinta. O prazo prescricional para o redirecionamento da execução aos sócios, nessa situação, só pode ser iniciado depois da ocorrência do evento autorizador do redirecionamento”^[6].

Como é de se inferir, antes do acontecimento autorizador do redirecionamento da execução, a Fazenda Pública não tem a possibilidade de exigir seu crédito do sócio-gerente. Inexiste pretensão e, portanto, não deve haver fluência de prazo prescricional, ante a natureza do instituto da

prescrição, que supõe inércia. Por conseguinte, é um equívoco falar-se em prazo de redirecionamento contado desde a citação da pessoa jurídica, se ainda não aconteceu o motivo pelo qual os sócios-gerentes serão chamados pessoalmente a responder pela dívida.

Assim, não havendo possibilidade de exigir certa conduta do sócio (não existindo pretensão), Melo Filho alerta que, pensando-se em prescrição, poder-se-ia chegar à “conclusão, juridicamente absurda, que a prescrição pode ser consumada antes da lesão, antes, pois, de ser iniciada. Tal tese é insustentável, porque não há como se entender que um prazo ainda ao nascido possa estar consumado”.^[7]

De modo bastante coerente e com lucidez, Melo Filho entende não ser possível se falar em início da contagem do prazo prescricional intercorrente para redirecionamento com a citação da pessoa jurídica devedora porque configuraria verdadeiro equívoco “estender uma conclusão que somente poderia ser válida, em tese, nos casos em que o sócio tivesse praticado o ato irregular antes do fato gerador, aos casos nos quais o fato autorizador do redirecionamento é realizado durante a tramitação da execução fiscal”^[8].

A dissolução irregular da sociedade após a citação da executada nos autos do processo é perfeito exemplo de fator superveniente que autoriza a responsabilização de terceiro. Aliás, dissolução irregular tem sido o principal motivo que enseja o redirecionamento. Nesse caso, em atenção ao princípio da segurança jurídica e à natureza da prescrição, torna-se descabida a contagem de prazo prescricional de redirecionamento a começar da citação da empresa devedora, só sendo possível falar-se em responsabilização pessoal do sócio pelas obrigações da sociedade a partir do ato irregular, isto é, da dissolução.

Atenta-se, ainda, para o fato de a aplicação da tese historicamente majoritária no STJ poder levar à incongruente conclusão de que, depois de cinco anos do despacho que interrompeu a prescrição contra a sociedade, os sócios podem cometer qualquer irregularidade na gerência da pessoa jurídica, vez que operada a prescrição a favor deles e, conseqüentemente, dizimado o risco de responsabilização pessoal.

Surge, pois, nova tese acerca do cômputo de prazo prescricional intercorrente em execuções fiscais para o redirecionamento delas. Presente alguma hipótese autorizadora do redirecionamento, cabe ao Fisco diligenciar no sentido de incluir o sócio no polo passivo da execução fiscal. Tais diligências se iniciam quando do conhecimento da causa autorizadora, de maneira que corrente doutrinária e jurisprudencial defende que é nesse momento que se inicia novamente a contagem do prazo prescricional que estava interrompido. A não inclusão do terceiro no feito ensejará inércia e a consequente possibilidade de extinção do crédito por prescrição intercorrente.

De tal modo, o credor deve buscar meios para viabilizar a cobrança do seu crédito, afastando, assim, a inércia. A existência desta, não obstante a inexistência de prazo legal para redirecionar a execução fiscal conforme alhures explanado, significa retomada da contagem do prazo quinquenal previsto no artigo 174 do CTN.

Portanto, apenas com a dissolução irregular da pessoa jurídica devedora ou ocorrência de algumas das hipóteses do artigo 135, III, do CTN, é que deve começar a correr o lapso temporal para se requerer o redirecionamento da execução fiscal em face do sócio-gerente, sendo o termo inicial para tal contagem a data da configuração da ilicitude traduzida pela linguagem das provas, isto é, a data em que a Fazenda Pública toma ciência da causa de responsabilidade pessoal, e não a data de citação da sociedade.

No que tange ao termo final, ressalta-se que, pleiteado o redirecionamento, não há mais o que se falar em fluência de prazo prescricional intercorrente para inclusão do sócio-gerente no feito. Isso porque o requerimento demonstra fim da inércia, fundamento da prescrição. Admitir como termo final a citação do sócio significa incluir no prazo prescricional tempo durante o qual o Fisco apenas aguarda providências do Poder Judiciário, nada podendo fazer.

Baseando-se na tese defendida, interessante questão pode surgir. Isso porque, como visto, cabe ao Fisco juntar aos autos provas suficientes que indiquem o cometimento de infração à lei, contrato ou estatuto social

por parte do sócio-gerente. Assim, poder-se-ia pensar que o início da contagem do prazo prescricional estaria a critério da Fazenda, condicionado, pois, a quando esta decidisse carrear aos autos provas da responsabilização do terceiro.

Não obstante tal ideia, sendo certo que cabe ao Fisco produzir prova da responsabilização do sócio-gerente, é de se perceber que o direito fazendário não é ilimitado no tempo. O redirecionamento só será autorizado, nesse sentido, se não for o caso de se aplicar ao feito executivo o artigo 40 da lei nº 6830/80, alhures comentado, segundo o qual o juiz suspenderá a execução enquanto não localizado o devedor ou bens sobre os quais possa recair a penhora; depois arquivará os autos caso decorrido um ano da suspensão; e, posteriormente, tendo decorrido prazo prescricional quinquenal, decretará a prescrição intercorrente.

Nos casos de redirecionamento graças à dissolução irregular, o conhecimento de tal causa normalmente ocorre com certificação pelo Oficial de Justiça de que a empresa não mais funciona em seu endereço fiscal. Dessa forma, o prazo prescricional para inclusão do sócio-gerente no feito executivo somente se inicia quando de tal certificação, considerando que o evento dissolução não foi sido anteriormente comunicado à Fazenda através de outro meio.

A teoria defendida respeita a boa fé processual e consagra a aplicação do princípio da actio nata em matéria de redirecionamento de execução fiscal. Segundo tal princípio, a prescrição inicia-se com o nascimento da pretensão ou ação, dito de outro modo, “o curso do prazo prescricional do direito de reclamar inicia-se somente quando o titular do direito subjetivo violado passa a conhecer o fato e a extensão de suas consequências”^[9]. Ora, enquanto não ocorrida a causa autorizadora do redirecionamento (art. 135, III, do CTN), o Estado não tinha a pretensão de redirecionar, não havendo o que se falar em inércia, logo, em prescrição, no que tange à inclusão do sócio-gerente no feito.

Não obstante a teoria dominante no STJ, Araújo identifica “indícios de alteração da jurisprudência”^[10] do referido Tribunal, o qual analisa, aliás, sob a sistemática dos recursos repetitivos, desde setembro de 2011,

o REsp 1201993/SP para decidir qual o marco inicial do prazo que o Fisco tem para redirecionar aos sócios as cobranças de dívidas de empresas. O julgado a seguir, brilhantemente, promove uma “revisão da jurisprudência”, como ele mesmo informa. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. (...). EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO CONTRA O SÓCIO-GERENTE EM PERÍODO SUPERIOR A CINCO ANOS, CONTADOS DA CITAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. PRESCRIÇÃO. **REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.** 1. (...) 3. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que o redirecionamento não pode ser feito após ultrapassado período superior a cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica. 4. A inclusão do sócio-gerente no pólo passivo da Execução Fiscal deve ser indeferida se houver prescrição do crédito tributário. 5. Note-se, porém, que o simples transcurso do prazo quinquenal, contado na forma acima (citação da pessoa jurídica), não constitui, por si só, hipótese idônea a inviabilizar o redirecionamento da demanda executiva. 6. De fato, inúmeros foram os casos em que as Execuções Fiscais eram arquivadas nos termos do art. 40 da Lei nº 6.830/1980, em sua redação original, e assim permaneciam indefinidamente. A Fazenda Pública, com base na referida norma, afirmava que não corria o prazo prescricional durante a fase de arquivamento. A tese foi rejeitada, diante da necessidade de interpretação do art. 40 da LEF à luz do art. 174 do CTN. 7. A despeito da origem acima explicitada, os precedentes passaram a ser aplicados de modo generalizado, sem atentar para a natureza jurídica do instituto da prescrição, qual seja medida punitiva para o titular de pretensão que se mantém inerte por determinado período de tempo (...). (STJ. REsp

1.095.687-SP (2008/0214589-2), Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Relator p/ Acórdão: Min. HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 15/12/2009, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/10/2010).

A leitura da parte colacionada da ementa permite perceber que a tese majoritária do STJ (contagem do prazo prescricional para o redirecionamento a partir da citação da pessoa jurídica) foi estabelecida em momento anterior ao surgimento da ideia de prescrição intercorrente, conforme percebe Araújo[11]. Buscava-se unicamente, com a referida tese, que os créditos fiscais não se tornassem imprescritíveis, o que é comprovado verificando-se as justificativas dos julgados do STJ anteriormente trazidos que aplicam a teoria dominante: “há prescrição intercorrente se decorridos mais de cinco anos entre a citação da empresa e a citação pessoal dos sócios, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal”[12]; “prazo esse estipulado como medida de pacificação social e segurança jurídica, com a finalidade de evitar a imprescritibilidade das dívidas fiscais”[13]; “de modo a afastar a imprescritibilidade da pretensão de cobrança do débito fiscal”[14].

Prevista legalmente a prescrição intercorrente, pelo artigo 40 e parágrafos da lei nº 6830/80, e, por conseguinte, sedimentada a ideia de que os créditos fiscais são prescritíveis mesmo havendo ajuizamento tempestivo da ação execução fiscal, torna-se ultrapassado e sem consistência o entendimento dominante no STJ. Assim estabelece outro trecho da ementa apresentada:

(...) 8. Carece de consistência o raciocínio de que a citação da pessoa jurídica constitui o termo *a quo* para o redirecionamento, tendo em vista que eleger situação desvinculada da inércia que implacavelmente deva ser atribuída à parte credora. Dito de outro modo, a citação da pessoa jurídica não constitui “fato gerador” do direito de requerer o redirecionamento. (...) 13. Trata-se, em última análise, de prestigiar o princípio da boa-fé processual (...) (STJ. REsp 1.095.687-SP (2008/0214589-2), Relator:

Ministro CASTRO MEIRA, Relator p/ Acórdão: Min. HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 15/12/2009, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/10/2010).

Percebe-se, ainda, que a teoria prevalecente no STJ retrata a época em que se autorizava o redirecionamento da cobrança do crédito tributário em face do mero inadimplemento, uma vez que, com o ajuizamento da execução fiscal e citação do devedor originário, estaria interrompido o prazo prescricional para citação do responsável, ante a solidariedade, começando a correr prazo para citação dos sócios. Ocorre que o mero inadimplemento, por si só, como visto, não mais é causa apta a autorizar o redirecionamento com base no artigo 135 do CTN, sendo necessária a prática de ato com excesso de poder, infração à lei, contrato social ou estatuto e despontando a dissolução irregular do devedor originário como principal causa de responsabilização pessoal dos sócios-gerentes. Assim, verificada a evolução da jurisprudência do STJ, que resultou, inclusive, na edição da alhures comentada Súmula 430, confirma-se ultrapassada a tese de que o termo inicial para contagem de prazo prescricional intercorrente é a citação da pessoa jurídica.

Atentando-se, agora, à natureza jurídica do instituto da prescrição, o prazo para redirecionamento somente pode ter seu cômputo iniciado quando estiverem presentes circunstâncias materiais necessárias que permitem a inclusão de um terceiro no polo passivo do feito executivo. Antes disso, não sendo possível falar na própria responsabilidade, não se deve contar prazo prescricional relativo a ela.

Conclusão

Em vista desta relevante pesquisa, conclui-se que o prazo para redirecionamento deve ser contado apenas a partir do momento em que estiverem presentes e devidamente provadas as circunstâncias materiais necessárias que permitem a inclusão de um terceiro no polo passivo do feito executivo, com base na teoria da actio nata. Conforme visto, é a partir desse momento que a desídia do exequente poderá implicar a perda de direito de cobrar o crédito tributário. Antes disso, é impossível tal perda,

uma vez que quando se fala em fluência de prazo prescricional, presume-se o descaso com o exercício do direito, o que não se configura na hipótese já que o direito não existe.

A teoria historicamente dominante no STJ conta o prazo prescricional intercorrente a partir da citação da empresa devedora, merecendo, portanto, ser revista. Daí a importância deste estudo: o redirecionamento somente pode ocorrer caso estejam configuradas todos os requisitos para fins de aplicação da norma de responsabilidade, de forma que a aplicação da tese majoritária do STJ possibilita início da contagem do prazo prescricional sem que o próprio direito a redirecionar o feito executivo exista.

O entendimento aqui defendido não compromete o direito do Fisco de buscar a satisfação do seu crédito e, ao mesmo tempo, resguarda segurança jurídica aos devedores. Contar o prazo prescricional intercorrente para redirecionamento de outra forma significa impor obstáculos para a arrecadação do crédito tributário. Compatibilizando os princípios da legalidade, da *actio nata* e da segurança jurídica, trata-se, pois, da solução que melhor se amolda ao sistema jurídico tributário pátrio.

Referências

ARAUJO, Juliana Furtado Costa. **O prazo para redirecionamento da ação de execução fiscal em face de terceiros responsáveis**. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/juliana.pdf>> Acesso em: 03 dez. 2017.

CORREIA, Rebecca Pereira Greenhalgh Santos. **Prazo prescricional para o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio gerente por dissolução irregular da sociedade devedora**. 59 f. 2014. TCC (Direito) – Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2014.

FERRAGUT, Maria Rita. Reflexões de Natureza Material e Processual sobre aspectos Controvertidos da Responsabilidade Tributária. In: **Responsabilidade Tributária**. Coord. Maria Rita Ferragut e Marcos Vinicius Neder. São Paulo: Dialética, 2007.

MELO FILHO, João Aurino. Modificações no polo passivo da execução fiscal: consequências da falência, da morte, da dissolução irregular da pessoa jurídica e da sucessão empresarial no processo executivo. In: **Execução Fiscal Aplicada**. Coord. João Aurino de Melo Filho. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. apud CORREIA, Rebecca Pereira Greenhalgh Santos. **Prazo prescricional para o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio gerente por dissolução irregular da sociedade devedora**. 59 f. 2014. TCC (Direito) – Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2014.

NOTAS:

[1] ARAUJO, Juliana Furtado Costa. **O prazo para redirecionamento da ação de execução fiscal em face de terceiros responsáveis**. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/juliana.pdf>> Acesso em: 03 dez. 2017.

[2] Como exemplos de julgados considerando que o redirecionamento em face do corresponsável deve observar o prazo prescricional de cinco anos contados da data da citação da sociedade devedora, tem-se: STJ. AgRg no AgRg nos EDcl no [REsp 967.613/RS](#), Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 18/09/2009, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/09/2009; STJ. REsp 790.034/SP, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 17/12/2009, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2010; STJ. AgRg nos EDcl nos EDcl no [Ag 902.817/SP](#), Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 16/12/2008, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/02/2009; STJ. *REsp 1.163.220/MG*, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 17/08/2010, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/8/2010; STJ. REsp 1100777/RS, Relatora: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 02/04/2009, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/05/2009.

[3] FERRAGUT, Maria Rita. Reflexões de Natureza Material e Processual sobre aspectos Controvertidos da Responsabilidade Tributária. In: **Responsabilidade Tributária**. Coord. Maria Rita Ferragut e Marcos Vinicius Neder. São Paulo: Dialética, 2007, p. 232.

[4] SANTI, Eurico Marcos Diniz de. apud CORREIA, Rebecca Pereira Greenhalgh Santos. **Prazo prescricional para o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio gerente por dissolução irregular da**

sociedade devedora. 59 f. 2014. TCC (Direito) – Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2014.

[5] CORREIA, Rebecca Pereira Greenhalgh Santos. **Prazo prescricional para o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio gerente por dissolução irregular da sociedade devedora.** 59 f. 2014. TCC (Direito) – Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2014.

[6] MELO FILHO, João Aurino. Modificações no polo passivo da execução fiscal: consequências da falência, da morte, da dissolução irregular da pessoa jurídica e da sucessão empresarial no processo executivo. In: **Execução Fiscal Aplicada.** Coord. João Aurino de Melo Filho. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 351.

[7] MELO FILHO, João Aurino. Modificações no polo passivo da execução fiscal: consequências da falência, da morte, da dissolução irregular da pessoa jurídica e da sucessão empresarial no processo executivo. In: **Execução Fiscal Aplicada.** Coord. João Aurino de Melo Filho. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 353.

[8] MELO FILHO, João Aurino. Modificações no polo passivo da execução fiscal: consequências da falência, da morte, da dissolução irregular da pessoa jurídica e da sucessão empresarial no processo executivo. In: **Execução Fiscal Aplicada.** Coord. João Aurino de Melo Filho. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 351.

[9] STJ. REsp 1.257.387/RS, Relatora: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 05/09/2013, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/09/2013.

[10] ARAUJO, Juliana Furtado Costa. **O prazo para redirecionamento da ação de execução fiscal em face de terceiros responsáveis.** Disponível em: < <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/juliana.pdf> > Acesso em: 03 dez. 2017.

[11] ARAUJO, Juliana Furtado Costa. **O prazo para redirecionamento da ação de execução fiscal em face de terceiros responsáveis.** Disponível em: < <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/juliana.pdf> > Acesso em: 03 dez. 2017.

[12] STJ, AgRg nos Embargos de Divergência em REsp nº 761.488/SC, Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Julgamento: 25/11/2009, PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 07/12/2009.

[\[13\]](#) STJ. AgRg no Ag 1297255/SP 2010/0061824-5, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 19/03/2015, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/03/2015.

[\[14\]](#) STJ. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 200802441915, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento 19/08/2009, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2009.

PARTE SETE: A DEMOCRACIA

ANTONIO DE JESUS TROVÃO: Pós graduado em Direito Material e Processual do Trabalho pela UNIFMU/TRTSP.

Pretendendo iniciar essa digressão em um clima mais ameno, ouso uma simplória definição sobre Democracia; pode-se dizer que democracia consiste em aceitar que na sua televisão a cabo, quase metade dos canais sejam dedicados ao futebol, mesmo que você deteste tal esporte e jamais pretenda assistir uma partida televisionada ..., a democracia, ainda de modo simples, é o governo do povo, ou melhor, da vontade da maioria.

Deixando de lado todos os aspectos históricos que servem de contexto para a democracia, procuraremos nos aprofundar nela enquanto um conceito que, muitas vezes, pode assegurar e evolução constitucional, como também pode significar um retrocesso, na medida em que aflige o mundo moderno com um sistema onde a maioria pode não ser a melhor solução para problemas.

Sendo um regime político em que a soberania é exercida pelo povo, vemos que esta soberania é exercida, de fato, por uma maioria e não por uma totalidade, o que podemos conceituar como sendo um dos efeitos indesejáveis de tal regime. E quando olhamos para a soberania do ponto de vista das liberdades individuais, vemos ainda mais que o regime da maioria também se refere aos assuntos privados de cada um.

Todavia, nos dias atuais, observa-se que a democracia, enquanto regime, encontra-se limitada por um componente essencial para seu funcionamento: o componente econômico que torna cova rasa qualquer discussão política que não a leve em consideração, vez que, é através dela que poder-se-á reduzir as desigualdades sociais. E esse torna-se um fundamento essencial para que a democracia caminhe ao lado da economia, privilegiando interesses que, algumas vezes, podem redundar em desatendimento à vontade da maioria.

E esse quadro torna-se ainda mais crítico na chamada “democracia representativa”, na qual elegemos pessoas que nos representarão, decidindo em nosso nome. E porque isso tornar-se crítico? Porque, na maioria das vezes, este representante deixará de expressar a vontade dos representados, seja por interesses de ordem corporativista, seja ainda mais, por questões de interesse pessoal, colocando à margem os interesses coletivos. E quanto mais longo for o mandato e mais fraca for a opinião pública, ocorrerá uma permissão tácita para que o representante se afaste, mais e mais, de suas próprias convicções ..., as mesmas convicções que comprometeu-se em defender e representar.

Este cenário, a princípio desolador, não melhora; pelo contrário, ele tende a agravar-se quase como uma patologia crônica; explica-se: no momento em que o representante opta por apoiar medidas com as quais seus representados não concordariam, acaba agindo em desacordo com a própria representação, e, conseqüentemente, com os princípios orientadores do regime chamado democrático.

Essa patologia denota uma discrepância irremediavelmente associada ao cerne da democracia; diz respeito ao fato de que o representante eleito, pertencendo a um grupo cuja potência majoritária faz-se apenas o suficiente para manter-se no poder, precisa negociar com a chamada “oposição” para obter resultados que lhe sejam favoráveis. Isso deságua em um universo de coalizões, tráfico de influência e transações políticas que, aos olhos dos representados jamais serão vistas como dignas e corretas.

Vincula-se, portanto, os representados ao representante que vale-se de todo o tipo de transação política que lhe confira benefícios, e que, ainda de acordo com seu raciocínio, são os melhores resultados, se vistos em consonância com os anseios dos representados, mesmo que isso não seja o que a realidade mostre.

Neste contexto, temos como elemento fundamental para exercer controle sobre a democracia, um instrumento indispensável: O Estado de Direito, que consiste na limitação do poder político, submetido ao

Estado e ao Direito, através do texto constitucional. Somente desse modo, pode-se, efetivamente, delimitar o campo de ação do representante político, evitando excessos e abusos.

Todavia, como é possível exercer controle pelo Estado de Direito sobre a atividade do representante político, que também é o responsável pela propositura de legislação atinente ao controle social, posto que cabe a ele, mediante concessão nascida do voto popular da maioria a elaboração de leis que integrarão o ordenamento jurídico? E essa resposta não é tão fácil quanto parece, já que, muitas vezes, o representante político parece ser mais poderoso que seus representados, agindo como se sua vontade fosse mais relevante que a vontade coletiva.

Inicialmente, e sem o temor de errar, cremos que apenas pelo Estado de Direito é que a Democracia pode fluir da maneira mais harmônica possível, já que é pela via dos direitos que se exprime a pressão popular sobre o poder. E há de se destacar que esse conceito abrange, ainda, muito mais os direitos civis que os direitos sociais ..., fato que a recente reforma da Consolidação das Leis do Trabalho comprova em texto e verbo.

Veja-se o seguinte exemplo: é notório que os chamados “crimes do colarinho branco” sejam aqueles que podem ser classificados como piores, pois, tiram da sociedade e de seus integrantes direitos básicos para, unicamente, saciar o desejo alheio pelo supérfluo, razão pela qual, como afirma Renato Janine Ribeiro em sua obra “Democracia”: “Não cabe associar miséria ao crime”, e completamos: enfatizar o que desemprego aumenta a criminalidade é desviar o foco do verdadeiro mal que aflige a sociedade moderna, que são os crimes contra a Administração Pública que, ao desviar recursos para bolsos individuais, retira da maioria direitos básicos e essenciais, gerando miséria e, até mesmo, morte!

E nosso cenário abre-se de uma maneira triste, e até mesmo, cruel; percebemos em nossa democracia moderna que é permissivo condenar a diferença, sem no entanto, buscar compreendê-la e respeitá-

la, o que deságua no funesto caminho de se castigar o divergente como se fosse imoral, indecente. Mais uma vez vemos o triunfo da irracionalidade fundada na moralidade, ou na sua falsa visão de que, essa condenação prévia às diferenças opera resultados que são frutíferos para a maioria, quando não o são.

Na recentíssima discussão sobre a previsão contida no edital do ENEM acerca de “zerar” a redação que contenha comentários ofensivos, classificados conforme constante do verbete editalício, viu-se uma celeuma instalada a partir de um erro técnico de elaboração, associado ao descontentamento de um grupo sobre a previsão de zerar a nota da redação, já que deve ser constitucionalmente protegida a liberdade de expressão. Eis aqui o exemplo mais que cristalino do exercício da democracia e a conformação estabelecida pelo Estado de Direito.

Vê-se que a interveniência da Suprema Corte operou-se sob o aspecto do controle de constitucionalidade, deixando livre e assegurado o direito de cada um, tanto dos insatisfeitos como também dos satisfeitos.

Algumas perguntas que ficam: porque tal evento não foi precedido de amplo debate? Porque os tecnocratas agiram ao alvedrio da vontade da lei maior? E ainda: Porque a entidade que impetrou a medida judicial não buscou canais mais adequados e imediatos para resolver a questão, esperando apenas a manifestação do Judiciário, através da Suprema Corte. Esse evento comprova a ideia de que a democracia é um jogo, e que por essa razão é mais eficaz na aceitação da derrota.

Vemos que, cabe à democracia promover o engajamento dos eleitores, tolerando diferenças e estimulando o debate contínuo, deixando que a população aclame a necessidade de regulamentação legislativa de qualquer aspecto relevante tanto para seu bem-estar como também para maior envolvimento social. E este engajamento permite uma conscientização, posto que aqueles que “perderam” em um pleito sintam-se mais conformados ao perceberem que o jogo foi limpo, aceitando melhor o resultado do que engolir algo que pareceu

desonesto ou fraudulento. O jogo democrático é sempre melhor jogado quando as regras são claras e os objetivos, mesmo em confronto evidenciam a prevalência do interesse público acima do interesse particular. Vale dizer ainda que a democratização do Estado inicia-se pela democratização da sociedade, o que, nas palavras de Renato Janine Ribeiro significa que “a política não se dá apenas no momento da eleição, mas ao longo do tempo”.

Ainda na análise da obra do pensador Renato Janine Ribeiro, a democracia é “por definição, é o sistema onde todos mandam e todos obedecem”, exigindo que se abra mão dos desejos para melhor realizar-se uma obra de cunho amplo e geral. E, neste cenário, a proteção aos direitos humanos, somados aos direitos civis, carecem de representantes que compreendam a importância e a relevância de sua tarefa; uma tarefa árdua e cuja recompensa não se mede em valores físicos, mas de valores sentimentais.

Melhor explicando: se eu, cidadão, que não votou no atual Chefe do Executivo Municipal vejo que, ao longo de seu governo, ele tem dado relevância aos aspectos sociais que promovam a melhoria contínua da sociedade (saúde, educação, segurança, moradia, entre outros), eu não apenas me conformo com a derrota, como também passo a crer ser ele uma pessoa digna que espalha dignidade para o meio social.

Assim é que a democracia é o princípio legitimador da constituição, integrando-a como princípio encartado no ordenamento jurídico. É através da democracia que se criam as condições determinantes para a elaboração do texto constitucional, nele reunindo todos os estamentos políticos organizados de modo a atender às expectativas de grupos, partidos e outras organizações envolvidas tanto no processo criativo, como também no procedimento de aplicação. E temos ainda que democracia como princípio constitucional informa e forma a compreensão, produção e aplicação do Direito Positivo – como princípio normativo diferenciado da ordem jurídica globalmente considerada.

Inarredável a ideia de que o texto constitucional é um arcabouço estratégico e tático para todo aquele que ocupar cargo executivo junto ao poder, dele se exigindo e também esperando que haja uma atuação consciente e concisa no sentido de fiel observância.

Aliás, é o que se deduz do seguinte excerto:

“... função programadora da atividade futura do Estado e da sociedade; é acompanhada pela ideia de programação conformadora da ação estatal e social. Assim, a normatividade constitucional não se endereça somente aos órgãos do Estado, exigindo-lhe abstenções, inações e não-interferências; ela também vincula os órgãos estatais a ações positivas, à produção de políticas públicas tendentes a realizar os fins constitucionais plasmados na ordem jurídica. Políticas públicas realizáveis por meio de atos, processos e medidas administrativas; de leis e sentenças, através do Judiciário, do Legislativo e do Executivo”.^[1]

Não restam dúvidas acerca do vínculo entre direito constitucional e democracia, razão esta que nos permite afirmar que em uma democracia onde os valores insculpidos na Carta Magna deixam de ser fielmente observados, seguidos e, principalmente, respeitados, não há campo fértil para que essa democracia frutifique em favor da maioria de seus integrantes.

Lamentavelmente, o cenário atual descreve uma situação de penúria tanto do respeito ao texto constitucional, como também ao princípio democrático, uma vez que, nossos representantes, em todas as esferas de poder, fazem alarmante preponderância de interesses que não conferem resultados para o povo; antes disso, conferem apenas a satisfação de interesses pessoais, inclusive com valoração de interesses escusos.

Tal permissividade em nada contribui para que o texto constitucional encontre eco na sociedade, que, por sua vez, vê-se alijada de todos os interesses que lhe dizem respeito, criando uma atmosfera indesejável de insatisfação, descontentamento e, como consequência, descrença, ou mesmo revolta. Não é nosso intuito estimular tais comportamentos, inclusive porque eles nada contribuirão para melhoria das relações entre Estado/Poder/Povo. O que se almeja é enfatizar a importância da valorização do voto popular, remodelação dos partidos políticos, não apenas em aspectos estéticos ou de propaganda e uma imediata renovação de candidaturas que tenham por pressuposto seriedade, dignidade e respeito.

A plenitude da democracia consiste no seu exercício consciente, não apenas por parte do cidadão/eleitor, como também, senão principalmente, dos mandatários eleitos com a finalidade de representar uma vontade popular. E esse exercício consciente pode ser descrito como o exercício das liberdades constitucionalmente instituídas, inscritas em uma esfera de responsabilidade; ou seja, exerço meus direitos e liberdades, como também observo meus deveres na órbita social como uma dignidade a ser valorizada continuamente.

Vemos, portanto, que os princípios constitucionais tornam-se reféns de uma democracia exercida com consciência, enfatizando que não é suficiente denominar-se de modo comum democracia com liberalismo, impondo-se que a primeira seja vista como o direito à diferença, do mesmo modo que os direitos assumem uma nuance de reivindicação que se exprime pela pressão popular sobre o poder, que, de seu lado, deve ouvir esse clamor, respeitando-o e dando-lhe o verdadeiro valor de motor da aplicação de constantes melhorias sociais.

Se não nos detivermos sobre esse aspecto, relegando-o a um plano inferior ao interesse particular, estaremos, via de regra, denegrindo e conspurcando a própria democracia, o que pode desaguar em um clamor que, crescendo no seio social, encontre meios para ecoar junto aos extremismos, intolerâncias e radicalismos que já foram observados historicamente, e cujos resultados, além de nefastos são absolutamente indesejáveis.

Bibliografia essencial:

Ribeiro, Renato Janine – A Democracia – 3ª edição – São Paulo – Publifolha – obtido no seguinte endereço eletrônico: http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impresas/integra/2012/06/democracia-constituicao-e-principios-constitucionais-notas-de-reflexao-critica-no-ambito-do-direito-constitucional-brasileiro/indexc692.html?no_cache=1&cHash=b7bf79b129bc42f148fe4b5e477aa8bf

NOTAS:

[1] Democracia, Constituição e princípios constitucionais: notas de reflexão crítica no âmbito do direito constitucional brasileiro, de Por: Ruy Samuel Espíndola. Disponível em http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impresas/integra/2012/06/democracia-constituicao-e-principios-constitucionais-notas-de-reflexao-critica-no-ambito-do-direito-constitucional-brasileiro/indexc692.html?no_cache=1&cHash=b7bf79b129bc42f148fe4b5e477aa8bf

PERFIL CRIMINOLÓGICO DOS ASSASSINOS EM SÉRIE E AS IMPLICAÇÕES JURÍDICO-PENAIIS

EDILIA GAMA PIMENTEL:
Bacharelanda do Curso de Direito daUNIRG.

LEONARDO NAVARRO AQUILINO
(Orientador)^[1]

RESUMO: A alta criminalidade e os requintes de crueldade utilizados pelos sujeitos no cometimento de delitos que atentam contra a vida de suas vítimas é algo que tem assustado a população, fazendo com que os juristas se preocupassem em analisar e traçar o perfil desses indivíduos. Os assassinos em série, assim denominados os indivíduos que matam uma porção de indivíduos seguindo uma lógica ou sequência em cada um deles, são objeto de estudo dessa pesquisa, haja vista que apresentam comportamento psicológico diverso dos demais, suscitando a curiosidade dos operadores do direito acerca do cometimento dos crimes por eles. A criminologia é a ciência que estuda o comportamento dos criminosos em busca da criação de seus perfis criminais, que compreende desde seus elementos psíquicos, como também os meios em que executam seus crimes, deixando rastros e um certo padrão de execução. Esta pesquisa jurídica aponta a definição do serial killer, bem como a conceituação do perfil criminológico, sua origem e formas de concretização, pontuando principalmente as características psíquicas, comportamentais e criminais dos assassinos em série, para, enfim, concluir acerca da imputabilidade penal dos assassinos em série, que poderão ser psicopatas ou psicóticos, a depender da situação. O método utilizado é a verificação da elaboração do aspecto criminal através do perfil dedutivo e indutivo. A pesquisa consubstancia-se em vasto material bibliográfico sobre o tema.

Palavras-chave: Assassino em série. Perfil Criminal. Punibilidade.

ABSTRACT:The high crime rate and the cruelty requirements used by the subjects in committing crimes that attempt against a life of their victims is something that has frightened the population, causing the jurists to worry about analyzing and outlining the profile of this people. The serial killers, are known by a logic or sequence in each one of them, are an object of

study of this research, since they evolve psychologically diverse from the others, raising a curiosity of the operators of the commitment of the crimes for them. Criminology is a science that studies the behavior of criminals in pursuit of the creation of their criminal profiles, which includes psychic elements as well as the means in which they execute their crimes, leaving traces and a certain pattern of execution. This juridical research points to the definition of the serial killer, as well as a conceptualization of the criminological profile, its origin and forms of concretization, punctuating mainly as psychic, behavioral and criminal characteristics of the murderers in series, to finally conclude on the criminal imputability of the serial assassins, who are psychopaths or psychotic, depending on the situation. The method used is a verification of the elaboration of the criminal aspect through the deductive and inductive profile. The research consists in vast bibliographical material on the subject.

Keywords: Serial killer. Profile Criminal. Punishment.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. Assassino em Série. 2.1. Conceito. 3. PERFIL CRIMINAL. 3.1 Noções introdutórias. 3.2. Perfil dedutivo vs perfil indutivo. 3.2.1. Características psíquicas e comportamentais. 3.2.2. Características criminais: modo de execução dos delitos. 3.3. Da diferença entre o psicopata e o psicótico (esquizofrênico). 4. ASPECTOS DA PUNIBILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO. 4.1. Imputabilidade, semi- imputabilidade e inimputabilidade penal. 4.2. Das penas e medidas de segurança. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

É notório o crescimento da criminalidade nos últimos anos, principalmente a prática reiterada de homicídios análogos em determinado contexto social. Os efeitos negativos da prática de crimes realizados por assassinos em séries atingem toda sociedade, colocando em risco a vida de diversos brasileiros.

Nesses tempos, tem sido corriqueira a vinculação de notícias acerca da prática de delitos praticados contra a vida, através de métodos dotados de especial crueldade, fazendo surgir um questionamento social e jurídico acerca da motivação dos criminosos em série, principalmente em relação à saúde mental dos mesmos.

Em decorrência dessas práticas delituosas é importante avaliar e traçar um perfil criminológico dos assassinos em série para que seja mais fácil identifica-lo e impedi-lo de cometer novos delitos, bem como analisar como se definirá a punibilidade destes frente ao ordenamento penal brasileiro, razão que, após exames psicológicos ficará definido se esses sujeitos são psicopatas ou psicóticos, influenciando diretamente na aplicação de uma penal ou medida de segurança.

Certo é que sua análise é necessária também em relação aos graus de punibilidade do indivíduo analisado, podendo o sujeito se enquadrar dentre os inimputáveis, totalmente incapazes, ou imputáveis, os quais compreendem o caráter de ilicitude de sua conduta.

2. ASSASSINO EM SÉRIE

2.1 CONCEITO

Os assassinos em série, também denominados serial killers, são assim caracterizados quando um indivíduo criminoso “reincide em seus crimes com um mínimo de três ocasiões e com um certo intervalo de tempo entre cada um” (MARTA, 2009, p. 23)

Renan Arnaldo Freire, escudado pelas lições de Lélío Braga Calhau, leciona:

O assassino serial é, regra geral, um delinquente inteligente e que, aproveitando-se disso, tenta manipular a ação das pessoas para obter a sua impunidade. É um psicopata, não tem sentimento de compaixão por ninguém, pois lhe interessam unicamente os seus objetivos. Para esse assassino, chega a ser um desafio prazeroso cometer o crime e ludibriar a ação do Estado, com vistas a obter a total impunidade. (CALHAU *apud* FREIRE, 2012)

Ilana Casoy defende existirem quatro espécies de assassinos em série, são eles:

a. VISIONÁRIO: é um indivíduo completamente insano, psicótico. Ouve vozes dentro de sua cabeça e as obedece. Pode também sofrer alucinações ou ter visões. b. MISSIONÁRIO: socialmente não demonstra ser um psicótico, mas internamente tem a necessidade de “livrar” o mundo do que julga imoral ou indigno. Este tipo escolhe um certo grupo para matar, como prostitutas, homossexuais, etc. c. EMOTIVOS: matam por pura diversão. Dos quatro tipos estabelecidos, é o que realmente tem prazer de matar e utiliza requintes sádicos e cruéis. d. LIBERTINOS: são os assassinos sexuais. Matam por “tesão”. Seu prazer será diretamente proporcional ao sofrimento da vítima sob tortura e a ação de torturar, mutilar e matar lhe traz prazer sexual. Canibais e necrófilos fazem parte deste grupo. (CASOY, p. 12-13)

Apesar de as nomenclaturas darem a entender que se trata da mesma situação, os assassinos em série não se confundem com os assassinos em massa, tal como bem menciona Taís Nader Marta:

A diferença do assassino em massa, que mata várias pessoas de uma só vez e sem se preocupar pela identidade destas, e o assassino em série é que este elege cuidadosamente suas vítimas, selecionando, na maioria das vezes, pessoas do mesmo tipo e com características semelhantes. Aliás, o ponto mais importante para o diagnóstico de um assassino em série é um padrão geralmente bem definido no modo como ele lida com seu crime. Com frequência, eles matam seguindo um determinado padrão, seja através de uma determinada seleção da vítima, seja de um grupo social. (MARTA, 2009, p. 23 e 24)

Sendo assim, é importante estudar como é delineado o perfil criminal dos assassinos em série, bem como as características psíquicas e comportamentais que os definem, daí decorrendo a sanção a eles aplicável.

3. PERFIL CRIMINAL

3.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Muito se fala a respeito do perfil dos criminosos como forma de valorar a sua condenação, contudo não é fácil deduzir em que consiste esse perfil, o qual é conceituado por Marina Joana Ribeiro Rodrigues, como sendo a “técnica que analisa padrões de comportamento de um crime ou série de crimes, sobretudo para traçar um modelo descritivo do possível ofensor.” (RODRIGUES, 2010, p. 02)

Sobre como é traçado o perfil criminal, leciona Paul Roland:

A técnica de traçar perfis vai muito além de entender as bases da psicologia criminal. Mesmo o mais proeminente psicólogo pode desencaminhar inadvertidamente uma investigação, se não tiver suficiente experiência na aplicação da lei para colocar as evidências no contexto. (...) Há muito mais em traçar um perfil criminal do que fornecer a polícia um esboço da personalidade do perpetrador. Além disso, mesmo o perfil mais apurado tem suas limitações, particularmente quando há vários suspeitos que se encaixariam no perfil. Em tais casos – quando o fio da meada está longe de ser encontrado -, a criação de perfis tem sido utilizada para delinear estratégias para fazer com que o criminoso seja conhecido. É o que a investigação criminal chama de “proativo”. (ROLAND, 2008, p. 135-137)

Evidente que, quando da sua origem, os perfis criminais feitos na fase investigativa eram diferentes do que se tem hoje, seja pela capacidade de se analisar os indivíduos, seja pela pouca disposição de instrumentos investigativos.

Desta feita, diante da importância da evolução histórica desse instituto da criminologia, passa-se à análise dessa temática.

3.2. PERFIL DEDUTIVO VS PERFIL INDUTIVO

A elaboração de um perfil criminal pode ocorrer por dois métodos de raciocínio essencialmente, quais sejam o dedutivo e o indutivo, cujas distinções são feitas a seguir.

Acerca do método dedutivo, importante colacionar a lição trazida por Turvey, que propõe a sua utilização quando do momento de elaboração do perfil criminal:

Na perspectiva de Turvey, o Perfil Dedutivo reporta-se a “um método forense baseado em evidências, [...] assenta no estudo exaustivo da cena do crime e das evidências físicas (recolhidas pelos técnicos forenses) e psicológicas (comportamentos dos agressores) (GIROD apud RODRIGUES, 2010, p. 41)

Quanto ao indutivo, mais uma vez, cita-se a lição do mesmo estudioso:

De acordo com Turvey, o Perfil Indutivo reporta-se a “um processo comparativo, correlacional e/ou estatístico assente na experiência subjectiva que é mais parecido com o desenvolvimento de síndromes psicológicas”(TURVEY apud RODRIGUES, 2010, p. 31-32)

“A distinção entre perfis dedutivos e indutivos é baseada meramente em conceitos filosóficos que não compreendem a complexidade, acima e além da dedução e indução, da mente humana, que não funciona da mesma maneira.” (KOCSIS e PALERMO apud RODRIGUES, 2010, p. 29)

É possível concluir que ambas as modalidades são uteis para elaboração do perfil criminal, sendo que a sua utilização é uma opção do indivíduo responsável pela elaboração do mesmo, visando sempre alcançar o resultado passível de identificar o criminoso, de modo a evitar que novos crimes sejam por eles cometidos.

3.2.1. Características Psíquicas e Comportamentais

O estudo dos transtornos que afetam a personalidade é necessário, porque tais fatos influenciam diretamente o indivíduo, determinando a forma como ele vê o mundo e manifesta as suas emoções, ou seja o seu comportamento perante a sociedade. (OLIVEIRA, 2014) Na maioria das vezes, esses transtornos refletem uma vida dotada de grandes traumas.

Cesar Grossmann enumera várias características que chama como sinais de alerta, quais sejam: abuso de álcool e drogas, consistente na exposição a tais elementos desde a infância e nos ambientes familiares; abuso psicológico na infância; exposição à eventos sexuais estressantes, na maioria das vezes relacionados a abusos sexuais quando crianças; crescimento isolado, tanto nas escolas como em suas casas; fantasias, nas quais é sempre o atacante, procurando identificá-las cada vez com maior eficiência; preferência por atividades auto eróticas, já que dificilmente se relacionam com outras pessoas; voyeurismo e fetichismo na idade adulta; e por fim, os ferimentos que carregam na cabeça, oriundos de acidentes ou traumas de abusos sofridos na infância acabam por desencadear num comportamento violento e agressivo. (GROSSMANN, 2013)

Corroborando com essas características, Rafael Pereira Gabardo Guimarães, leciona:

Olhando ao passado dos *serial killers* geralmente se encontram sinais comportamentais comuns entre eles, quais sejam: enurese em idade avançada (urinar na cama), piromania (provocar incêndios) e sadismo precoce (normalmente torturando animais ou crianças, como se fosse um ensaio para o futuro

matador). Isso não significa que se uma criança fizer alguma dessas condutas certamente será uma assassina em série no futuro. É impossível fazer uma leitura prognóstica destes sinais. Contudo, o inverso sempre se mostra ocorrente, ou seja, no passado dos *serial killers* esses comportamentos são frequentes. É a chamada “terrível tríade”, que também é complementada por outras características na infância: masturbação compulsiva, isolamento social, destruição de propriedade, baixa autoestima, acessos de raiva, dores de cabeça constantes, automutilações e convulsões. (GUIMARÃES, 2016, p. 08)

O psiquiatra Antônio Serafim apontou a existência de uma diferença na estrutura cerebral e funcional dos indivíduos psicopatas e os não psicopatas. Após um teste realizado com a exposição de imagens e vídeos de horror, no qual os não psicopatas apresentaram reações de medo, ao passo que os psicopatas sequer tiveram variação nos seus batimentos cardíacos. (EMILIO, 2013, p. 12)

Entretanto, esses estudos não possuem comprovação científica, sendo necessária a realização de novos estudos aprofundados quanto ao tema, demonstrando a relação fisiológica com o transtorno da psicopatia, prevalecendo até então o entendimento de que inexistem deficiências anatômicas nesses indivíduos, sendo uma desordem especificamente comportamental. (GONÇALVES, 2015, p. 12)

3.2.2. Características Criminais: Modo de Execução dos Delitos

Tão importante quanto estudar o perfil psicológico do serial killer é a análise dos elementos criminais que o enquadram nessa categoria de indivíduos, consistente no *modus operandi* do delito.

Desde meados do século XIX, a polícia percebeu que a obra de muitos criminosos reincidentes pode

ser reconhecida a partir do que geralmente se conhece como “modus operandi”, geralmente abreviado como MO. A maneira em que uma porta é arrombada; o modo com o qual um cofre foi aberto, os instrumentos utilizados, o tipo de explosivo empregado – ou, no caso de homicídio, a maneira como a vítima é capturada, assassinada e, talvez, esquartejada – podem ser indicações claras de que uma série de crimes foi cometida pela mesma pessoa. (INNES, 2009, p.11)

A primeira característica consiste no número de crimes praticados por esses criminosos em face de um mesmo perfil de vítimas. Há quem entenda que dois assassinatos já identificam um assassino em série; enquanto que outros afirmam que devem ser ao menos quatro vítimas. Cada qual desses delitos ocorrerá com um intervalo de tempo, que pode ser de dias, meses ou anos. (OLIVEIRA, 2014)

A estudiosa Luma Gomides de Souza esclarece acerca dos modus operandi utilizados pelos assassinos em série, destacando que podem ser de três espécies: nômade, territorial e estacionário, explicando cada delas:

Assassinos nômades são viajantes; mudam-se de forma compulsiva e fazer atrás de si uma verdadeira trilha de sangue. São difíceis de serem capturados. [...] Serial Killers territoriais são aqueles que delimitam uma série específica para atuação, que poderá variar de tamanho, de acordo com cada caso. O Maníaco do Parque, assim como a maioria, era territorial, pois cometia seus crimes sempre no Parque Estadual de São Paulo. [...] Os estacionários são raros, cometendo seus crimes sempre em um mesmo local exato (na própria casa, por exemplo). JOHN GACY era estacionário, por matar em casa, enquanto o grupo “Anjos da Morte” matava no local do trabalho – o Hospital Geral de Lains. (SOUZA, 2010, p. 74)

Além dos pontos comuns entre os serials killers, tem-se ainda os fatores que individualizam cada qual deles, sendo denominados pela doutrina “assinatura do crime”.

A primeira dificuldade é separar entre o modus operandi e a assinatura do crime. Fazer o necessário para dominar e assassinar uma vítima faz parte do modus operandi do criminoso, das ações necessárias para cumprir o seu objetivo, como golpear, amarrar ou fugir. Atitudes supérfluas para a execução do delito, aquelas não necessárias praticamente e sim psicologicamente, fazem parte da assinatura do criminoso, daquilo que era importante apenas para o seu regozijo, sua necessidade emocional. Aqui cabem as torturas, os ferimentos secundários, as mutilações pós-morte. (REVISTA CIENCIA CRIMINAL, 2011, p.01)

A tarefa de criar um perfil dos criminosos assassinos em série é tão relevante que hoje existem os perfis, responsáveis por atuar juntamente com a polícia na identificação dos sujeitos criminosos:

A elaboração de perfis criminais é uma técnica investigativa que infere aspectos psicossociais do criminoso com base em uma análise psicológica, criminalística e forense de seus crimes, orientando, assim, com eficiência a investigação ao diminuir o número de suspeitos, estabelecendo uma estratégia de ação, planejando um método de interrogatório mediante um suspeito e capturando o perpetrador do crime. Além disso, provê a promotoria com um insight da motivação do crime, aumentando as chances de condenação. (REVISTA CIENCIA CRIMINAL, 2011, p. 02)

Certo é que o principal elemento a ser identificado é o transtorno psicológico que o assassino em série é portador, sendo que, pensar de

ser quase unânime o entendimento de que são todos psicopatas, a realidade é que podem ser esquizofrênico.

3.3. DA DIFERENÇA ENTRE O PSICOPATA E O PSICÓTICO (ESQUIZOFRÊNICO)

Logo que acontece um crime de elevado grau de crueldade, automaticamente esse indivíduo criminoso é taxado de psicopata, tal como explica Aline Mendes Favarim:

A barbárie de determinados comportamentos criminosos leva à busca de explicações para tamanha violência, e, neste contexto, é inserida a psicopatia. Quando parece não haver explicação plausível para um crime ou a compreensão dos motivos torna-se impossível, a reação instantânea é afirmar que o agressor só pode se tratar de um psicopata. Há de se salientar que os meios de comunicação contribuem para essa concepção equivocada, conferindo grande destaque a tal tipo de delito e, por vezes, adiantando-se a conclusões precipitadas. (FAVARIM, 2015, p. 173)

O psicopata é definido por Luma Gomides de Souza, como “pessoas cruéis e criminosas, portadoras de uma mente brilhante, mas, definitivamente, não são doentes mentais.” (SOUZA, 2010, p. 47)

Muito comum a crença de que os assassinos em série são sempre psicopatas, contudo, muitas vezes podem ser indivíduos psicóticos, cuja diferenciação merece ser feita, uma vez que isso influenciará diretamente a sanção penal a ele imposta.

Em que pese serem confundidos pelos juristas e pessoas da sociedade, o psicopata e o psicótico não são as mesmas pessoas, pois possuem elementares que os distinguem consideravelmente. Rafael Pereira Gabardo Guimarães traz a definição das duas patologias psicológicas em estudo:

A psicose é uma doença mental que provoca uma alteração na noção da realidade, onde um mundo próprio se forma na mente do psicótico, ou seja, ele vive num delírio e sofre alucinações, ouvindo vozes e tendo visões bizarras. As formas mais conhecidas de psicose são a esquizofrenia e a paranoia. Apenas uma reduzida parcela dos assassinos em série se enquadra no lado dos psicóticos, o que derruba a crença popular de que todo *serial killer* é louco. Por outro lado, a psicopatia afeta a mente do assassino de forma diversa. Não cria nenhum tipo de ilusão na mente, ou seja, o indivíduo vê claramente a realidade e sabe que é proibido matar, porém suas perturbações mentais os fazem ser frios e sem empatia. Basicamente o *serial killer* psicopata vive uma vida dupla, mantendo uma aparência voltada para a sociedade, muitas vezes sendo uma pessoa gentil, racional e que interage com o meio social, porém, sua verdadeira identidade é mostrada somente para suas vítimas: um ser dissimulado e incapaz de sentir pena e de obter satisfação com tortura, estupro e assassinato. (GUIMARÃES, 2016, p. 05)

Complementando a ideia anterior, Geraldo José Ballone diferencia a atuação do serial killer psicótico do psicopata, dizendo:

podemos dizer que o assassino em série psicótico atuaria em consequência de seus delírios e sem crítica do que está fazendo, enquanto o tipo assassino em série psicopata atuaria de acordo com sua crueldade e maldade. O psicopata tem juízo crítico de seus atos e é muito mais perigoso, devido à sua capacidade de fingir emoções e se apresentar extremamente sedutor, consegue sempre enganar suas vítimas. (BALLONE, 2005, p. 02)

O cometimento de crimes por indivíduos psicóticos são na maioria das vezes motivados por impulsos, tal como leciona Luma Gomides de Souza:

Psicóticos são pessoas que cometem seus assassinatos motivados por um impulso, em decorrência de uma forte emoção e, em geral, não se preocupa com as consequências de seus delitos. Estes, sim, sofrem de doença mental. Geralmente apresentam alguma ligação com o misticismo. Acreditam, assim, serem Deus ou estarem a serviço Dele, como operários encarregados de eliminarem pessoas más para o bem da humanidade. (SOUZA, 2010, P. 47-48)

A diferenciação de qual patologia acomete o criminoso influencia diretamente na aplicação de sanção penal pelo crime cometido.

4. ASPECTOS DA PUNIBILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

4.1. IMPUTABILIDADE, SEMI- IMPUTABILIDADE E INIMPUTABILIDADE PENAL

O ordenamento jurídico brasileiro prevê uma série de condutas ilícitas e penas respectivas às suas práticas, contudo estabelece que nem sempre o autor do fato será punido por seus atos, para tanto, é preciso que seja imputável criminalmente.

Via de regra, todos os indivíduos são imputáveis, excetuando-se apenas os elencados no rol artigo 26 do Código Penal: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. (BRASIL, 1940)

Lenoar B. Medeiros explica a imputabilidade:

A imputabilidade é a condição legal para a imposição da sanção penal àquele que praticou um fato típico e antijurídico. Ela existirá quando o autor do fato for capaz, entenda-se mentalmente capaz, de compreender a ilicitude do ato praticado ou se determinar de acordo com tal compreensão. Faltando ao autor a inteira capacidade de compreensão da ilicitude de sua conduta, por uma doença mental ou um desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a ele não poderá ser imposta sanção penal, sendo, então inimputável. (MEDEIROS, 2010, p.01)

O reflexo do reconhecimento da inimputabilidade é notado quanto à aplicação da pena ao indivíduo reconhecidamente criminoso, com diagnóstico de deficiência que impeça a sua compreensão da conduta por ele praticada.

A semi-imputabilidade, por sua vez, está prevista no parágrafo único do artigo 26, consistente na possibilidade de redução da pena de um a dois terços se a incapacidade mental do indivíduo é incompleta, não sendo inteiramente capaz de compreender a ilicitude do fato ou de se determinar diante dele. (BRASIL, 1940)

4.2. DAS PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA

O direito penal prevê as seguintes espécies de sanção penal: as penas privativas de liberdade; penas restritivas de direito; multa e medidas de segurança. (BRASIL, 1940)

Aos indivíduos inimputáveis é cabível uma medida de segurança, conforme determinou o legislador no artigo 97 do Código Penal: “Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.” (BRASIL, 1940)

Duas são as espécies de medida de segurança: internação e tratamento ambulatorial. A imposição de qualquer delas dependerá da

natureza da pena privativa de liberdade, bem como do transtorno mental que acomete o delinquente.

Quanto ao indivíduo psicopata, a doutrina e jurisprudência divergem acerca a sua imputabilidade. Por muito tempo vigorou a ideia de que o psicopata se enquadraria como doente mental sujeito à medida de segurança. Hodiernamente essa ideia não mais se sustenta.

Grande parte dos doutrinadores defendem que aplica-se aos psicopatas a pena comum, considerando que ao tempo de prática do delito possuíam capacidade de compreender a natureza delitiva de sua conduta, sendo a psicopatia um transtorno de comportamento não considerado doença mental. Marcus Vinicius Mariot Pereira destaca que “O fato de o agente exteriorizar comportamento antissocial não implica o necessário comprometimento da sua saúde mental.” (PEREIRA, 2016, p. 04)

Seguindo a mesma corrente, qual seja o da imputabilidade do psicopata Michele O. de Abreu leciona:

A psicopatia não consiste em uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, porque não provoca qualquer alteração na capacidade psíquica do agente. Outrossim, ainda que assim fosse considerada, não teria o condão de retirar do agente a capacidade de conhecer o caráter ilícito dos fatos e de se determinar de acordo com esse entendimento. O psicopata conhece exatamente as normas que regem a sociedade e as suas consequências. Ainda assim, investe no plano premeditado e o pratica até onde lhe parece mais conveniente. Nessas circunstâncias, entendemos que a psicopatia não tem o condão de tornar o agente inimputável. (ABREU, 2013, p. 02)

Todavia, considerando que a psicopatia é um transtorno que afeta a percepção de moralidade do indivíduo, o acusado psicopata é por muitos considerado semi-imputável, qualificação que não determina necessariamente a imposição de medida de segurança, deixando a encargo do julgador aplicá-la ou não. Quando não aplicada, a pena será

reduzida, conforme bem determina o artigo 26 do Código Penal. (ARAUJO, 2014, p. 03)

Justamente por causa da reação diferenciada dos psicopatas, bem como a sua capacidade intelectual de percepção das situações, tratando-se de pessoas centradas, conscientes das suas atitudes, bem como da sua reprovabilidade, é que tem prevalecido o entendimento de aplicação da penalidade comum. Desta feita, via de regra, são imputáveis os psicopatas, a menos que se comprove nos autos a sua semi-imputabilidade, enquadrando-se na hipótese do artigo 26 do Código Penal.

Não são raros os casos brasileiros, destacando-se dois dos mais famosos, José Vicente Matias e Francisco de Assis Pereira, ambos citados por Talita Laércia Gomes Nunes Portela:

José Vicente Matias, o “Corumbá”, artesão, matou 6 (seis) mulheres entre 1999 e 2005, atuando em quatro Estados – Maranhão, Goiás, Bahia e Minas Gerais. Assassina e esquartejava suas vítimas após estuprá-las e, em pelo menos um dos casos, praticou canibalismo ingerindo parte da massa encefálica. De acordo com notícia veiculada pelo Tribunal de Justiça de Goiás (2006), com base em avaliação psiquiátrica e psicológica, especialistas atestaram que “embora portador de transtorno de personalidade antissocial, possui consciência, inteligência, atenção e tenacidade normais e é, portanto, imputável.

[...]

Francisco de Assis Pereira, o motoboy que ganhou notoriedade como o “Maníaco do Parque”, matou 7 (mulheres) entre 2007 e 2008, no Parque do Estado, reserva florestal localizada na zona sul de São Paulo. Suas vítimas eram estupradas e assassinadas, sendo tão violentas as mordidas encontradas em seus corpos que presumiram estar o

assassino evoluindo para o canibalismo. No ano de 2002, Francisco condenado à pena de 121 (cento e vinte e um) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, tendo os jurados afastado, por unanimidade, sua semi-imputabilidade e, portanto, considerado imputável. (PORTELA, 2013, p. 3)

Nas duas situações apontadas a psicopatia não foi considerada distúrbio capaz de afastar a consciência de ilicitude dos criminosos em tela, sendo ambos considerados imputáveis, cumprindo suas penas privativas de liberdade juntamente com os demais apenados.

Em se tratando de psicótico, a jurisprudência caminha em sentido contrário. Considerando que estes possuem percepção equivocada da realidade, sendo atormentados por ilusões e visões irreais, são considerados inimputáveis, sujeitos à medida de segurança, conforme arestos abaixo:

ATO OBSCENO. RECURSO DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. RÉU PORTADOR DE PSICOSE INESPECÍFICA. INIMPUTABILIDADE. ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. MANTIDA. MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO. TRATAMENTO AMBULATORIAL. I - Não há que se falar em absolvição por ausência de materialidade quando as provas carreadas aos autos são harmônicas, coesas e aptas para demonstrar a autoria do delito praticado. II - Afigura-se viável a aplicação da medida de segurança de tratamento ambulatorial em lugar da internação, quando o inimputável não apresenta elevado nível de periculosidade, possui boas chances de reinserção social em observância à ordem jurídica e poderá usufruir de melhores condições para o restabelecimento de sua saúde. III - Recurso conhecido e parcialmente provido. ([TJ-DF -](#)

[20120710318289_0030724-77.2012.8.07.0007 \(TJ-DF\)](#) - Data de publicação: 24/03/2017)

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, §2º, INC. IV, DO CP), ABSOLVIÇÃO IMPRÓRIA. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA CONSISTENTE NA INTERNAÇÃO. RECURSO DA DEFESA. MANUTENÇÃO DA SENTENA RECORRIDA. RÉU PORTADOR DE PSICOSE NÃO ESPECIFICADA. INIMPUTABILIDADE COMPROVADA. ÚNICA TESE APRESENTADA PELA DEFESA. INCIDÊNCIA DA RESSALVA DO ART. 415, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJPR – 1ª C. Criminal – AC – 1504094-9 – Campina Grande do Sul – Rel.: Miguel Kfoury Neto – Unânime – J. 05.05.2016)

Isto posto, evidente que não há uma regra definida acerca da imputabilidade dos psicopatas e psicóticos. Segundo jurisprudência os psicóticos serão sempre considerados inimputáveis, ao passo que, com base em casos concretos, os psicopatas são considerados imputáveis.

CONCLUSÃO

Ao longo da história, muitos serial killers foram identificados no mundo inteiro, fazendo com que a evolução da criminologia ocorresse na mesma velocidade, nesse contexto, a criação dos perfis criminais foram e continuam sendo um importante instrumento de resolução dos assassinatos em série, posto que possibilita a descoberta da autoria dos delitos, evitando que mais crimes de igual crueldade sejam cometidos.

São considerados assassinos em série os criminosos que praticam 3 ou mais delitos com a mesma forma de execução, de forma reincidente e contínua, com um intervalo de tempo entre cada fato.

Não raras vezes, os assassinos em série são identificados, através do perfil criminológico, com alguma perturbação ou doença mental, sendo mais comuns a psicopatia e a psicose. Enquanto o psicopata apresenta requintes de crueldade e alta capacidade intelectual, o psicótico apresenta alteração da realidade e alucinações que o levam ao cometimento do delito.

Em razão disso, a jurisprudência nacional tem se posicionado no sentido de penalizar o psicopata com uma pena comum, por entender que o mesmo é imputável, posto que capaz de compreender a qualidade delitiva de seus atos, ao passo que o psicótico tem sido considerado inimputável, cuja medida de segurança, internação ou tratamento ambulatorial, dependerão da pena do crime imputado e do seu quadro clínico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Michele O. de. *Da Imputabilidade do Psicopata*. Jusbrasil, 2013. Disponível em: <<https://micheleabreu.jusbrasil.com.br/artigos/121944082/da-imputabilidade-do-psicopata>>. Acesso em 22 out. 2017.

ARAUJO, Jáder Melquíades de. Da aplicabilidade da medida de segurança aos psicopatas: um estudo à luz do parágrafo único do artigo 26 do Código Penal Brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 124, maio 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14718>. Acesso em out 2017.

BALLONE, Geraldo José. Criminologia. In: **PsiquWeb**, 2005. Disponível em: <<http://www.psiqweb.med.br//site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=22>>. Acesso em 02 mai. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 20 set. 2017.

BRASIL. [TJ-DF - 20120710318289 0030724-77.2012.8.07.0007 \(TJ-DF\)](#) - Data de publicação: 24/03/2017.

BRASIL. TJPR – 1ª C. Criminal – AC – 1504094-9 – Campina Grande do Sul – Rel.: Miguel Kfourri Neto – Unânime – J. 05.05.2016.

CASOY, Ilana. **Serial Killer louco ou cruel?** WVC Editora. Disponível em: < <http://lelivros.com/book/baixar-livro-serial-killer-ilana-casoy-em-pdf-epub-e-mobi-ou-ler-online/>>. Acesso em 20 out. 2017.

EMILIO, Caroline Souza. **Psicopatas Homicidas e as Sanções Penais a eles Aplicadas na Atual Justiça Brasileira.** PUC-RS, 16 de janeiro de 2013. Disponível em: . Acesso em 23 out. 2017.

FAVARIM, Aline Mendes. Psicopatia e Assassinos em Série: **O Perfil do Criminoso e sua Relação com a Vítima.** Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: 2015. Disponível em: < <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/6114/2/470210%20-%20Texto%20Parcial.pdf>>. Acesso em 145 set. 2017.

FREIRE, Renan Arnaldo. [PLS nº 140/2010: o tratamento penal ao serial killer](#). **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 17, n. 33 66, 1 8 set. 2012](#). Disponível em: . Acesso em: 26 ago. 2017.

GONÇALVES, Luani Gali. *A Eficácia da Sanção Penal Imposta aos Psicopatas No Ordenamento Jurídico Brasileiro.* Centro Universitário Unirg – Gurupi-TO, 2015.

GROSSMANN, Cesar. 10 características comuns aos assassinos seriais potenciais. Hypescience, 13 de janeiro de 2013. Disponível em: <<https://hypescience.com/10-caracteristicas-comuns-aos-assassinos-seriais-potenciais/>>. Acesso em 31 ago. 2017.

GUIMARÃES, Rafael Pereira Gabardo. Cabeça De Matador: O Perfil Psicológico dos *Serial Killers* e a Investigação Forense. **JurisWay**, 26 de junho de 2016. Disponível em: . Acesso em 31 ago. 2017.

MARTA, Taís Nader. *Assassinos em série: uma questão legal ou psicológica?* **Revista USCS** – Direito – ano X - n. 17 – jul./dez. 2009 .Disponível em: . Acesso em 30 abr. 2017.

MEDEIROS, Leonar B. **Art.26 – Inimputáveis.** 23 de junho de 2010. Disponível em: <http://penalemresumo.blogspot.com.br/2010/05/art-26-inimputaveis.html>. Acesso em 16 set. 2017.

OLIVEIRA. Guizela. *Análise Criminológica e a Imputabilidade dos Assassinos em Série.* **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: . Acesso em 10 set. 2017.

OLIVEIRA², Alex Moises de. O psicopata e o direito penal brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 139, ago 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16292>. Acesso em out 2017.

PEREIRA, Marcus Vinicius Mariot et.al. Psicopatia e seus reflexos na imputabilidade penal. Jusbrasil, 2016. Disponível em: . Acesso em 22 out. 2017.

PORTELA, Talita Laércia Gomes Nunes. [A imputabilidade do assassino em série no ordenamento jurídico brasileiro.](#) **Revista Jus**

Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresi na, [ano 18, n. 3725, 12 set. 2013](#). Disponível em: . Acesso em: 26 out. 2017.

INNES, Brian. **Perfil de uma mente criminosa: a psicologia solucionando crimes da vida real**. São Paulo: Editora Escala, 2009.

REVISTA CIENCIA CRIMINAL. Perfil Criminal e Investigação. Serial killer, 14 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://serialkiller.com.br/?p=283>>. Acesso em 18 set. 2017.

RODRIGUES, Marina Joana Ribeiro. **Perfis Criminais: validade de uma técnica forense**. Universidade de Porto, 2010. Disponível em: . Acesso em 03 out. 2017.

ROLAND, Paul. **Por Dentro das mentes Assassinas**. São Paulo: Editora Madras, 2008.

SOUZA, Luma Gomides de. **Serial Killer: discussão sobre a imputabilidade**. São Paulo: Baraúna, 2010.

[1] Prof. Orientador do Curso de Direito. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Especialista pela UNESP)

RESTOS A PAGAR E SUA UTILIZAÇÃO FRENTE A TERMOS ADITIVOS E REAJUSTES NO VALOR CONTRATUAL

DANILLO VILAR PEREIRA: Advogado da União. Graduado em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba.

RESUMO: O presente artigo teve por objetivo analisar a legalidade em utilizar o crédito referente à despesa pública empenhada e inscrita em Restos a Pagar de um contrato administrativo de obra pública previsto no plano plurianual para também atender os pagamentos de eventuais Termos Aditivos e Reajustes Contratual, com aproveitamento do crédito existente. Ao final do artigo, partindo-se dos dados e conceitos apresentados, conclui-se pela ilegalidade na utilização do crédito empenhado e inscrito em Restos a Pagar referente a determinado contrato administrativo para atender os pagamentos de eventuais Termos Aditivos e Reajustes Contratual.

Palavras-chave: Despesa pública. Restos a pagar. Contrato Administrativo. Obra pública. Plano Plurianual. Pagamento. Termos aditivos e reajustes contratual.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO – 2 A INFLUÊNCIA DO PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ORÇAMENTÁRIO NO CICLO DA DESPESA PÚBLICA – 3 CONCLUSÃO – 4 REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O princípio do Equilíbrio Orçamentário concretiza-se no equacionamento das contas públicas, em tentativa a impedir ou minimizar o endividamento público, limitando o gasto da Administração à correspondente previsão de recursos para pagamento.

No ciclo da despesa pública, estuda-se a função do empenho e sua instrumentalidade para permitir o maior controle e gestão da execução orçamentária, com a finalidade de concretizar o equilíbrio nas contas públicas e sistematização da execução orçamentária.

A partir da análise legislativa e ilustração de casos concretos, é possível fazer uma análise das consequências práticas em se aproveitar crédito referente à despesa empenhada e inscrita em restos a pagar para pagamento de despesas previstas em termo aditivo e reajuste do valor contratual.

2 A INFLUÊNCIA DO PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ORÇAMENTÁRIO NO CICLO DA DESPESA PÚBLICA

O ponto nevrálgico deste artigo refere-se à análise da legalidade em utilizar o crédito correspondente à despesa empenhada e inscrita em Restos a Pagar de uma obra pública prevista no plano plurianual para atender os pagamentos de eventuais Termos Aditivos e Reajustes Contratual.

Nesse contexto, a Constituição Federal reservou capítulo específico à normatização do sistema financeiro-orçamentário dispondo sobre regras específicas às receitas e despesa públicas e insculpindo princípios norteadores do tema. Dentre os princípios orçamentários, destaque-se o princípio do Equilíbrio Orçamentário, que não foi previsto expressamente na Constituição Republicana de 1988, contudo, irradia seus efeitos na atuação estatal e dispêndio de recursos públicos.

A respeito do tema, leciona Kiyoshi Harada^[1]:

Fez bem o legislador constituinte em abolir a expressão desse princípio limitando-se a recomendá-lo em alguns de seus dispositivos, como aqueles que limita o endividamento, fixa as despesas, estabelece o mecanismo de controle das despesas, proíbe a abertura de créditos suplementar ou especial sem a indicação de recursos correspondentes etc. que impulsionam a ação dos legisladores no sentido do equilíbrio orçamentário

Em consonância com este princípio, dispõe a Constituição Federal, por meio do art. 167, II, que é vedada "a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais". Busca-se o equilíbrio nas contas públicas, em tentativa a impedir ou minimizar o endividamento público, limitando o

gasto da Administração à correspondente previsão de recursos para pagamento.

Nessa vertente, a Lei de Responsabilidade Fiscal, nos termos do art. 5º, §1º, assevera que "*todas as despesas relativas à dívida pública, mobiliária ou contratual, e as receitas que as atenderão, constarão da lei orçamentária anual*". Frise-se que, seguindo uma gestão orçamentária responsável, teremos que para toda despesa haverá previsão de receita para atendê-la. Em reforço argumentativo, vejamos o art. 3º da Lei n.º 4.320 ao dispor que "*a Lei de Orçamentos compreenderá todas as receitas, inclusive as de operações de crédito autorizadas em lei*".

Note-se que todo o ciclo orçamentário é pautado nesta sistemática, em especial, a Lei Orçamentária Anual que constitucionalmente se destina à previsão da receita e à fixação da despesa, em obediência ao art. 165, §8º, da Constituição Federal. O equilíbrio das contas públicas irradia seus efeitos para execução orçamentária, notadamente ao regulamentar o ciclo da despesa pública subdividida, em síntese, nas fases de empenho, liquidação e pagamento.

Por seu caráter elucidativo, transcreve-se o seguinte excerto:

A realização de despesas, além de observar os princípios constitucionais pertinentes, deve ser presidida pelo princípio da legalidade. Sua realização sem observância de normas legais poderá resultar para o agente público no crime de responsabilidade, na forma da Lei no 1.079/50 e do Decreto-lei no 201/67, que define o crime de responsabilidade do prefeito.

Outrossim, ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento constitui ato de improbidade administrativa, segundo o art. 10, inciso IX, da Lei no 8.429, de 2-7-1992, punível na forma do art. 12 e inciso II da mesma Lei.

(...)

A primeira providência para efetuar uma despesa é seu prévio empenho, que significa o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente de implemento de condição (art. 58). O empenho visa garantir os

diferentes credores do Estado, na medida em que representa reserva de recursos na respectiva dotação inicial ou no saldo existente. É importante lembrar que o empenho, por si só, não cria obrigação de pagar, podendo ser cancelado ou anulado unilateralmente. O empenho limita-se a diminuir do determinado item orçamentário a quantia necessária ao pagamento do débito, o que permitirá à unidade orçamentária (agrupamento de serviços com dotações próprias) o acompanhamento constante da execução orçamentária, não só evitando as anulações por falta de verba, como também possibilitando o reforço oportuno de determinada dotação, antes do vencimento da dívida. Materializa-se pela emissão da “nota de empenho”, na qual constará o nome do credor, a representação e a importância da despesa, bem como a dedução desta do saldo da dotação própria (art. 61). Atualmente, a maioria das unidades orçamentárias se utiliza dos modernos recursos da informática, que substituem com vantagens, em termos de precisão e velocidade, os empenhos manuais.

A segunda etapa na realização de uma despesa é sua liquidação, que consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito (art. 63). Da mesma forma que o empenho, a liquidação nada cria, limitando-se a tornar líquida e certa a obrigação preexistente.

A terceira etapa é a ordem de pagamento, que outra coisa não é senão o despacho da autoridade competente determinando o pagamento da despesa (art. 64)[2]

Do fragmento de texto, sublinhe-se a função precípua do empenho em reservar recursos na respectiva dotação orçamentária ou no saldo existente. Dessa forma, empenho destaca de determinado item orçamentário a quantia necessária ao pagamento da despesa pública,

permitindo o maior controle da execução orçamentária, bem como evitando as anulações por falta de verba e possibilitando o reforço oportuno de determinada dotação antes do vencimento da dívida. Percebe-se claramente que o empenho é instrumento de gestão com a finalidade de concretizar o equilíbrio nas contas públicas e sistematização da execução orçamentária.

Nesse contexto, veda-se realização de despesa sem prévio empenho, dada a importância em se sistematizar as despesas públicas, especialmente por "*deduzir seu valor de dotação adequada à despesa a realizar, por força do compromisso assumido*", nos termos do art. 25 do Decreto n.º 93.872. Com a finalidade de controle da programação financeira, o gestor público deverá estimar o prazo do vencimento da obrigação de pagamento objeto do empenho, levando em consideração o prazo fixado para o fornecimento de bens, execução da obra ou prestação do serviço, e o lapso temporal normalmente utilizado para liquidação da despesa, por força do art. 26, parágrafo único, deste Decreto.

Noutras palavras, deve haver o controle sobre os gastos públicos que ocorrerão em determinado exercício financeiro, por exemplo, vencimento de obrigações de pagamento, para fins de organização dos empenhos a serem realizados. Não é por outra razão que, nos termos do art. 27 do Decreto n.º 93.872, "*as despesas relativas a contratos, convênios, acordos ou ajustes de vigência plurianual, serão empenhadas em cada exercício financeiro pela parte nele a ser executada*".

Destaque-se que as obras públicas cujos prazos de vigência contratual ultrapassem a vigência do respectivo crédito orçamentário deverão se referir a projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, por força do art. 57, I, da Lei n.º 8.666. Cite-se o seguinte texto elucidativo acerca da sistemática das obras públicas que ultrapassam a vigência do respectivo crédito orçamentário:

As obras públicas cuja execução abranja mais de um exercício financeiro devem estar incluídas no plano plurianual e seguir um cronograma físico-financeiro que estabeleça os prazos de execução e a forma de pagamento do executor. O pagamento da obra poderá ser parcelado e efetivado à medida que ela avança. A obra deverá ser empenhada em cada exercício

financeiro no exato montante do que será despendido naquele exercício à conta dos respectivos créditos orçamentários. O pagamento parcelado da obra implica a efetivação de liquidações parciais, proporcionais às medições que periodicamente serão realizadas. Em todos os casos, deverão ser pagas até 31/12/2000 somente as parcelas da obra até esta data concluída, nos termos previstos no cronograma físico-financeiro. Hipoteticamente, suponha-se que o cronograma físico-financeiro estipule pagamentos ao executor a cada 1/5 da obra concluída, ou seja, respectivamente, nas medições de 20, 40, 60, 80 e 100%. Se em 31/12/2000 a obra está 50% construída, por exemplo, o executor terá direito ao pagamento das duas primeiras medições, e este valor terá de ser quitado até 31/12/2000. Se o pagamento da obrigação se der apenas em janeiro/2001, então o dinheiro para pagá-la deverá ser reservado em 31/12/2000, permanecendo em caixa ou banco até a data de efetivo pagamento. As outras parcelas da obra (60, 80 e 100%), embora sejam obrigações de despesa assumidas pelo atual mandatário, serão pagas pelo sucessor, à medida que forem concluídas, e com recursos financeiros também do exercício financeiro subsequente. Desta forma, as parcelas vencidas não precisarão ser antecipadamente pagas até 31/12/2000, o que também não seria conveniente, e nem há que se deixar recursos em caixa para satisfazê-las. Todavia, antes de contratar a obra o atual mandatário deverá assegurar-se de que o seu sucessor terá suficiente disponibilidade de caixa para honrar o pagamento das futuras parcelas. Obviamente não se exige do atual mandatário o poder da clarividência, a faculdade de antecipar com absoluta certeza os acontecimentos do futuro. Entretanto, pode-se perfeitamente fazer previsões do comportamento futuro da receita, com bastante acerto,

de modo à antecipadamente saber se a receita futura comportará o pagamento das parcelas sem ficar totalmente comprometida.^[3]

A sistemática supramencionada revela que o dispêndio de recursos públicos, ainda que previsto no Plano Plurianual, deverá seguir o princípio da anualidade, com a programação das despesas nos limites do respectivo exercício financeiro. De acordo com o princípio da anualidade a *"característica fundamental do orçamento é sua periodicidade. É da tradição brasileira, como também da maioria dos países, que esse período, o exercício financeiro, seja de um ano. Daí o princípio da anualidade orçamentária que decorre de vários dispositivos expressos na Constituição Federal (arts. 48, II, 165, III e § 5º, e 166)".*^[4]

Nessa senda, exige-se, por meio do art. 30, §1º, do Decreto n.º 93.872, que nos contratos, convênios, acordos ou ajustes, cuja duração ultrapasse um exercício financeiro, indicar-se-á o crédito e respectivo empenho para atender à despesa no exercício em curso. Caso venha a ocorrer a redução ou cancelamento, no exercício financeiro, de compromisso que caracterizou o empenho, implicará na anulação parcial ou total do empenho, revertendo a importância correspondente à respectiva dotação, pela qual ficará automaticamente desonerado o limite de saques da unidade gestora, por força do art. 28 deste Decreto.

Dessa forma, suponha-se hipótese abstrata em que determinada obra pública tenha cronograma de execução com previsão de pagamentos referentes a duas parcelas a ser executada durante o respectivo exercício financeiro, contudo, realiza-se supressão de parte da obra a ser executada durante o exercício financeiro, sendo que já havia prévio empenho para este programa de trabalho. Neste caso, incidirá o art. 28 do Decreto n.º 93.872, que resultará na anulação parcial do empenho, revertendo a importância correspondente à respectiva dotação, visto que houve redução do compromisso que caracterizou o empenho.

Há também a possibilidade do contratado simplesmente descumprir com seu compromisso que caracterizou o empenho, postergando o prazo de conclusão da etapa da obra. Adote-se o exemplo hipotético lançado acima: suponha-se que o cronograma físico-financeiro estipule pagamentos ao executor a cada 1/5 da obra concluída, ou seja, respectivamente, nas medições de 20, 40, 60, 80 e 100%. Se em

31/12/2000 a obra se encontra no patamar de 50% concluída, por exemplo, o executor terá direito ao pagamento das duas primeiras medições, e este valor terá de ser quitado até 31/12/2000. Se o pagamento da obrigação se der apenas em janeiro/2001, então o dinheiro para pagá-la deverá ser reservado em 31/12/2000, permanecendo em caixa ou banco até a data de efetivo pagamento.

Não sendo possível a liquidação da despesa no corrente exercício financeiro, o empenho deverá ser inscrito em restos a pagar não processados. De acordo com o art. 36 da Lei n.º 4.320, "*consideram-se Restos a Pagar as despesas empenhadas, mas não pagas até o dia 31 de dezembro distinguindo-se as processadas das não processadas*", compreendendo-se por processadas e não processadas, respectivamente, as despesas liquidadas e as não liquidadas. Desse modo, os restos a pagar devem se preservados com o afincado de garantir o pagamento das despesas originalmente previstas, não sendo possível utilizá-lo para finalidade diversa, inclusive aditivos referentes ao mesmo objeto contratado, sob pena de resultar em déficit.

Ilustre-se a situação em que a Administração Pública dispõe de crédito no montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para execução de parcela da obra referente à fundação. O contratado não cumpre o avençado no prazo pactuado a ponto de ultrapassar o exercício financeiro, resultando na necessidade de inscrever as despesas em restos a pagar. No exercício seguinte, percebe-se a necessidade em pactuar termo aditivo para concluir parcela da obra referente à construção de garagem no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Caso se utilize o crédito inscrito em restos a pagar para garantir o respectivo termo aditivo, haverá um déficit orçamentário para cobrir as despesas referentes à fundação, fazendo com que a unidade gestora tenha que angariar novos recursos para continuar a execução da obra.

Este modelo proposto resulta claramente em afronta a uma gestão orçamentária responsável, visto que não há garantia alguma que este crédito ingressará para reforçar o empenho referente à execução da fundação da obra, podendo resultar na paralisação da obra com o afincado de aguardar novo recurso orçamentário.

Endossando a argumentação, sublinhe-se a previsão normativa do art. 30, §1º, do Decreto n.º 93.872, *in verbis*:

Nos contratos, convênios, acordos ou ajustes, cuja duração ultrapasse um exercício financeiro, indicar-se-á o crédito e respectivo empenho para atender à despesa no exercício em curso, bem assim cada parcela da despesa relativa à parte a ser executada em exercício futuro, com a declaração de que, em termos aditivos, indicar-se-ão os créditos e empenhos para sua cobertura

Consoante o dispositivo supramencionado, previamente à celebração de cada termo aditivo, deverá ser feita a indicação dos créditos e empenhos para sua cobertura, com o manifesto propósito de evitar situações como a exposta neste artigo jurídico, em que há despesa sem a correspondente fonte orçamentária, resultando no endividamento público e provável paralisação da obra por inadimplemento da Administração Pública.

Enfatize-se que este estudo não esgota toda a questão, sendo viável a adequação deste entendimento a situações casuísticas, por exemplo, em princípio, não se vislumbra ilegalidade na utilização de restos a pagar para cobrir despesa referente a termo aditivo quando, simultaneamente, há acréscimo e supressão do valor da obra, cuja compensação resulte em valor igual ou inferior ao já previsto e desde que a especificação já se encontre devidamente prevista na nota de empenho.

Veja a seguinte situação hipotética: há nota de empenho destinada a custear a construção de garagem no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Nesta parcela da obra, verificou-se a necessidade de suprimir o quantitativo de cimento previsto no projeto básico e crescer o quantitativo de tijolo, resultando numa supressão total do valor em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Neste caso, deve ser realizada apenas a anulação parcial do empenho em virtude da redução, no exercício financeiro, de compromisso que caracterizou o empenho, revertendo a importância correspondente à respectiva dotação, por força do art. 28 do Decreto n.º 93.872, sem a necessidade de angariar novos recursos orçamentários para custear este termo aditivo.

Exemplifique-se outra hipótese em que há o aproveitamento da despesa inscrita em restos a pagar para custear despesa diferente da originalmente prevista, por exemplo, especificação do empenho cujo

compromisso se refere à parcela de obra para construção de muro, contudo, em virtude de termo aditivo, o gestor público acrescenta à construção um andar a mais no prédio. Neste caso, ainda que não aumento do valor contratual após a compensação entre acréscimo e supressão, defende-se que não será possível o aproveitamento do empenho já realizado, sob pena de inviabilizar a liquidação da despesa.

Nesse passo, a liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor ou entidade beneficiária, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito ou da habilitação ao benefício e terá por base: a) o contrato, ajuste ou acordo respectivo; b) a Nota de Empenho; c) o documento fiscal pertinente, consoante art. 36, §2º, do Decreto n.º 93.872.

Por sua vez, consoante preconiza o art. 29 deste Decreto, *“para cada empenho será extraído um documento denominado Nota de Empenho que indicará o nome do credor, a especificação e a importância da despesa, bem como os demais dados necessários ao controle da execução orçamentária”*.

Desse modo, ao extrair a nota de empenho, o gestor público deverá especificar o objeto, de acordo com o cronograma de execução da obra e pagamentos, permitindo o controle orçamentário, ao passo que esta especificação será relevante para fins de liquidação da despesa. Noutras palavras, se a nota de empenho é destinada a custear despesa referente à construção de garagem, não é correto que, na liquidação, constate que, na verdade, construiu-se uma fundação com este valor. A possibilidade de aproveitamento do empenho nestas hipóteses em que não há acréscimo contratual deve ser analisada caso a caso, em função da especificação do objeto registrado no empenho.

No que concerne ao reajustamento, veja-se que a previsão para seu pagamento durante o prazo regular do contrato deve estar previsto desde o início da vigência contratual. Esta regra é ínsita ao planejamento da atuação administrativa, de sorte que não há que se cogitar acerca da utilização de restos a pagar para custear essas despesas já previsíveis.

Com relação a reajuste em período referente a termo aditivo que prorrogou o prazo de vigência contratual, entende-se que deve incidir a regra do art. 30, §1º, do Decreto n.º 93.872, segundo o qual se indicarão os créditos e empenhos para cobertura de termos aditivos.

Nessa senda, no momento da pactuação do termo aditivo já deverá ser apresentada declaração de disponibilidade orçamentária para custear as despesas referentes ao reajustamento, sem que se possa utilizar os restos a pagar não processados, sob pena de excluir a fonte orçamentária destinada a custear a despesa especificada na nota de empenho, cuja despesa fora inscrita em restos a pagar. Outrossim, haverá alteração do objeto e problemática referente à liquidação apresentada neste artigo jurídico.

3 CONCLUSÃO

Conclui-se que, em regra, não é possível a utilização de Restos a Pagar destinados a cobrir despesas de contrato de obra pública previsto no plano plurianual para atender os pagamentos de eventuais Termos Aditivos e Reajustes Contratual, aproveitando o crédito referente à despesa já empenhada.

Enfatize-se que este estudo não esgota toda a questão, sendo viável a adequação deste entendimento a situações casuísticas, por exemplo, em princípio, não se vislumbra ilegalidade na utilização de restos a pagar para cobrir despesa referente a termo aditivo quando, simultaneamente, há acréscimo e supressão do valor da obra, cuja compensação resulte em valor igual ou inferior ao já previsto e desde que a especificação já se encontre devidamente prevista na nota de empenho.

4 REFERÊNCIAS

- DI BACCO, Sidnei. Lei de Responsabilidade Fiscal: interpretação do art. 42 (restos a pagar). Disponível em: <http://www.tdbvia.com.br/arquivos/web/LRF%20interpretaca%20do%20artigo%2042%20restos%20a%20pagar.pdf>, acesso em 11/10/2017.
- HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.
- NOTAS:

- [1] HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 67.
- [2] HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 19. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2010, p. 25.
- [3] DI BACCO, Sidnei. **Lei de Responsabilidade Fiscal: interpretação do art. 42 (restos a pagar)**. Disponível em: <http://www.tdbvia.com.br/arquivos/web/LRF%20interpretacao%20do%20artigo%2042%20restos%20a%20pagar.pdf>, acesso em 11/10/2017.
- [4] HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 67

MULHERES E O MERCADO DE TRABALHO - UMA LENTA EVOLUÇÃO.

ANDRÉ LUIS PRADO: Pós graduado em processo civil e direito tributário - Gerente Jurídico do escritório Pinho Advogados Associados Cidade de domicílio: Bauru - SP.

Resumo: Ao longo dos anos a sociedade foi evoluindo, a atividade mercantil ganhou novos rumos com a invenção da máquina a vapor e posteriormente se espalhou principalmente na Europa com a Revolução Industrial, época em que mulheres e crianças eram os empregados favoritos, pois frágeis e submissos, o mundo ganhou novos contornos com as duas guerras mundiais e após o término da segunda passou a olhar mais para as minorias, no Brasil a mulher sofreu por muitos anos ainda e só após a entrada da Constituição Cidadã de 1988 passou de "propriedade" do marido para ator principal, hoje ainda sofre pelo seu passado de submissão, falta de proteção e cultura desfavorável, aqui buscamos números e comportamento de mercado, apontamos esses dados em ordem cronológica, indicando as causas que levam a diferença ainda encontrada, demonstramos as recomendações internacionais e as iniciativas público privadas para equiparação. Aqui temos a realidade que encontramos hoje, porém um processo natural de equiparação que levaria ao menos 40 anos pode ser reduzido e isso é fundamental para uma sociedade mais justa, temos os números, causas e soluções para o empoderamento feminino e sua equiparação social.

Palavras chave: mulher, trabalho, estatísticas, causas, e soluções

INTRODUÇÃO

No ápice da revolução industrial as empresas tinham como principal mão de obra crianças e mulheres, a justificativa era simples, mais fáceis de controlar, visto não possuem equidade de força física e a submissão social que lhes eram impostas, assim, as fábricas viviam sempre cheias, a submissão a longas jornadas era hábito, 16 ou até mais horas de trabalho seguidas, pequenas folgas, ambientes insalubres, entre

outros fatores que praticamente faziam daquele trabalho algo análogo a escravidão.

Os anos passaram, as revoluções vieram, os sindicatos passaram a ter voz ativa, o Estado adotou uma linha protecionista e passou a tutelar a defesa dos empregados e das minorias, após o término da segunda guerra mundial uma nova onda protecionista se instalou, o medo que aquele período trouxe foi combustível para mover a defesa dos direitos humanos, o mundo passou a cobrar melhores condições de vida e isso passou a se refletir na sociedade.

Chegamos em 2017, a sociedade, o trabalho, o pensar, a família, tudo mudou, porém, as mulheres passaram ter seu espaço? O trabalho passou a ser igual? A remuneração foi equiparada?

Essas questões passam a ser enfrentadas neste artigo, a importância feminina na sociedade e a realidade dos dias atuais.

1. DISCRIMINAÇÃO – OS NÚMEROS NÃO MENTEM

Quando falamos em salário, temos os seguintes dados fornecidos pelo IPEA (ULYSSCA, 2017): em 1991 o salário da mulher correspondia a 57% do salário do homem, em 2001 66,3%, em 2009 68,5%, em 2012 71%, ou seja, ao longo dos 20 anos a diferença salarial caiu 14%, porém ainda está no patamar de 70%, porém importante ressaltar que enquanto os homens tiveram um aumento real de 55% as mulheres chegaram ao patamar de 90%.

Caso seja mantido os percentuais de crescimentos acima, somente daqui 40 anos teremos equidade salarial para o mesmo serviço, ou seja, dado alarmante para ao atual contexto social.

Em 2015, na divisão populacional brasileira por gênero, temos 51,5% de mulheres contra 48,5% de homens (ALMEIDA, 2017), segundo Boletim Estatístico de Pessoal do Ministério do Planejamento - PNAD, ocorre que a proporção era inversa quando entramos na taxa de ocupação, pois o mercado estava estruturado com 56,2% de homens contra 43,8% de

mulheres, ainda, para cargos de gerência a diferença era de 63% para homens e 37% para mulheres, piorando nos cargos mais altos, onde 78,3% são ocupados por homens enquanto 21,7% por mulheres, e no pico da diferença, 90% dos cargos mais altos das empresas são ocupados pelos homens, enquanto apenas 10% pelas mulheres, ressaltando que estamos falando de 2015.

Outro ponto relevante para adentrarmos nas causas diz respeito aos estudos, entre 15 e 19 anos, temos os homens com 73,1% de sua população estudando, já as mulheres ficam com 70,7%, porém os dados tomam rumos distintos quando falamos de sequência, visto que na faixa etária de 20 à 24 anos as mulheres passam ao percentual de 26,6%, enquanto os homens ficam com 20,4%, na faixa entre 25 e 29 anos, as mulheres tem percentual de 12,7%, enquanto os homens possuem 12,6% (VENTURINI, 2017).

Tomando por base ainda a população ocupada, temos as mulheres com um índice de 63,6% de conclusão do ensino médio, enquanto os homens ficam no patamar de 59,6%, em relação ao ensino superior, 8,8% das mulheres concluíram contra 5,6% dos homens, a pós graduação fica no patamar de 1,9% das mulheres e 0,9% dos homens.

Entre os jovens trabalhadores (VENTURINI, 2017) a diferença salarial também existe, em uma primeira faixa temos algo diferente, o homem recebendo menos que a mulher, no ensino fundamental o homem recebe cerca de 88% do salário da mulher, porém com o aumento do nível escolar essa diferença inverte, já que no ensino médio a mulher recebe cerca de 61% do salário do homem, no superior 94% e na pós graduação 76%.

Outro ponto importante de se ressaltar é com relação ao gênero e a atividade desenvolvida, segundo o IPEA (VENTURINI, 2017), as mulheres são maiorias em apenas 2 setores, órgãos públicos (7,2% X 6,8%) e trabalho doméstico (27,1% X 14,7%).

Com os dados acima podemos enxergar que temos uma grande diferença e para combatê-lo é necessário conhecer suas causas e a partir daí buscar soluções.

De acordo com os dados expostos, temos um cenário atual onde a mulher é maioria na população brasileira, entretanto é minoria na taxa de ocupação, passa mais tempo nos estudos porém tem salário na proporção de 70% do homem, sua participação nos cargos de gestão é muito baixa, mas estamos em 2017 onde houve o desequilíbrio para chegarmos neste ponto?

2. AS CAUSAS.

Ao longo dos anos, em especial de 1900 em diante, a mulher passou a conquistar seu espaço e deixou de ser "propriedade" de seu marido, na revolução industrial, ao lado das crianças, foram tratadas como mão de obra barata e descartáveis, eram submetidas a longas jornadas, poucas pausas e não tinham nenhum direito. Com o passar dos anos o Estado deixou de lado seu papel liberal e passou a implementar o papel fraternalista, o término da segunda guerra mundial e o medo e pavor que este evento deixou aguçou ainda mais esse papel fraternal e as minorias passaram a ter seus direitos reconhecidos e implementados, marco dos Direitos Humanos.

Referência na defesa dos trabalhadores e das minorias, a OIT foi fundada em 1919 após o término primeira guerra mundial, seu papel de orientadora contribuiu significativamente no mundo, suas convenções não são obrigatórias, porém uma vez ratificadas pelos países de origem ganham status de legislação e devem ser seguidas, aqui no Brasil, nos dias atuais, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados com quórum de emenda constitucional ganham a mesma força desta, a justificativa é nossa Constituição cidadã, promulgada em 1988 após o pior período de nossa história, a ditadura, ela foi elaborada nos mínimos detalhes, sempre visando o bem estar social a defesa das minorias.

Até o final da segunda guerra a situação da mulher havia melhorado, mas sua proteção era limitada, porém após o término tivemos importantes convenções: Convenção número 100, de 1951, tem por objetivo a igualdade de remuneração entre os sexos; a Convenção número 103, de 1952, concede proteção as gestantes; a Convenção 111, de 1958,

trata da discriminação em matéria de emprego e profissão; a Convenção 156, de 1981, busca igualdade de oportunidade de tratamento para trabalhadores de ambos os sexos em relação as responsabilidades familiares (MARTINS, S. P., 2009).

Ainda, em 1948 é adotada e proclamada pela Resolução 217A, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dentre suas orientações destacamos o artigo 23, primeiro parágrafo, onde consta: "Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego." e em especial o segundo parágrafo: "Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho."

No Brasil, nossa Consolidação das Leis do Trabalho, promulgada em 1º de maio de 1943, já trazia em seu artigo 461 a igualdade salarial: "Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá, igual salário, sem distinção de sexo", porém o trabalho da mulher era limitado e se restringia a pequena parcela dos setores.

Deste cenário já podemos elencar algumas causas que refletem até os dias atuais, considerando para fins didáticos o marco temporal de 1900, auge da revolução industrial, temos aproximadamente 50 anos de exploração indiscriminada do trabalho da mulher (até o final da segunda guerra). No Brasil a ocupação feminina era baixa, sua condição submissa imperava e chegava ao patamar de existir a Lei da mulher casada, onde essa somente poderia trabalhar com a autorização do marido, o termo "mulher honesta", presente no Código Penal de 1940 e que somente foi retirado com alterações em 2005 e 2009.

Veja que temos um triângulo que afeta diretamente o trabalho e remuneração da mulher, a falta de legislação até meados de 1950, sua condição submissa perante a sociedade e a visão do marido como "chefe de família", expressão essa que também não é mais utilizada, sendo correto o termo "provedor", já que o conceito de família ganhou novos contornos e passou a abraçar todo tipo de união, toda forma de amor.

Conforme exposto no tópico anterior, de 1991 à 2012 a diferença salarial entre os gêneros caiu 14% em 20 anos, reflexo da maior proteção e políticas inclusivas em conjunto com a mudança social e independência feminina.

Na relação mudança social com independência feminina, cabe ressaltar alguns dados publicados pelo IPEA (FONTOURA, 2017), a comparação é referente ao período de 2001 à 2009:

*Casal sem filhos – mulher provedora: em 2001 - 0,62;
em 2009 2,52;*

*Casal com filhos – mulher provedora: em 2001 - 1,79;
em 2009 6,67;*

*Mãe com filhos – mulher provedora: em 2001 - 17,80;
em 2009 17,34;*

*Outros – mulher provedora: em 2001 - 7,13 - em 2009
8,65;*

*Casal sem filhos – homem provedor: em 2001 -
13,18; em 2009 14,88;*

*Casal com filhos – homem provedor: em 2001 -
51,49; em 2009 40,58;*

*Pai com filhos – homem provedor: em 2001 - 2,06;
em 2009 2,17;*

*Outros – homem provedor: em 2001 - 5,93; em 2009
7,21.*

Conforme podemos verificar, em 2001 as hipóteses em que a mulher era provedora do lar chegavam ao percentual de aproximadamente 27%, enquanto os homens detinham o percentual de 73%, em 2009 a situação mudou e houve um aumento do percentual relativo a mulher provedora, passou para 35%, ou seja, em 8 anos tivemos um aumento de 8%, o que contrasta com a diminuição da diferença salarial e quebra o paradigma que o homem é o provedor do lar e por isso precisa de maior salário.

Outro fato alarmante que também está relacionada com a cultura e que reflete diretamente no trabalho feminino é a dupla jornada, conforme dados do IPEA (FONTOURA, 2017), "Em 2008, 86,3% das brasileiras com 10 anos ou mais afirmaram realizar afazeres domésticos, contrapostos a 45,3% dos homens. Além desta diferença, enquanto as mulheres despendiam em média 23,9 horas por semana, os homens gastavam 9,7 horas", a mudança neste quesito foi pouca, pois a queda de 2001 para 2009 foi de apenas 5 horas para as mulheres enquanto para os homens foi de 1%, porém o dado que há de se comparar aqui é a quantidade de horas trabalhadas, o homem considerado provedor do lar tem jornada de aproximadamente 44 horas semanais, enquanto a mulher de apenas 36 horas (FONTOURA, 2017), verifica-se assim a influência do trabalho doméstico na jornada de trabalho da mulher e seus reflexos financeiros.

Comparando os dados temos a mulher com dupla jornada, porém na ocupação com menor tempo, ou seja, reflexo direto na remuneração, sobre o tema a OIT, em 1983 já havia acertado o peso desta situação, convenção 156 que trata da igualdade de oportunidades e de tratamento para trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares.

Voltamos a ressaltar que a sociedade passa por mudanças e que a estrutura familiar também, porém nossa sociedade é modificada por gerações, hoje os gestores e principais responsáveis das empresas são do sexo masculino, conforme já exposto, esse fato é decorrente da falta de oportunidades no passado para mulheres, porém para quebrar esse dogma e criar melhores condições, políticas públicas devem ser criadas e cobradas destes gestores, pois a mudança de paradigma é um processo difícil e necessita de atenção, fiscalizar e denunciar é fundamental.

3. A REPARAÇÃO

Vivemos tempos de mudanças, temos uma sociedade que está estudando mais e se preparando mais, segundo dados apontados pelo IPEA, as mulheres além de terem maior tempo de estudo estão preferindo

retardar sua entrada no mercado de trabalho e se preparar mais, isso contribui significativamente para melhores condições.

Porém mudanças significativas precisam de uma combinação de leis e políticas públicas, neste contexto em junho de 2011, o "Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou por consenso os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos" (RUGGIE, 2017), esses princípios tem por base proteger, respeitar e reparar. A proteção como responsabilidade do Estado, o respeito por parte das empresas e a reparação pelo ponto de medidas adequadas e eficazes.

No passo da mudança as empresas ganham grande importância, passam a exercer efetivamente sua função social, segundo John Ruggie, Secretário Geral das Nações Unidas, "o papel das empresas como órgãos especializados da sociedade que desempenham funções especializadas e que devem cumprir todas as leis aplicáveis e respeitar os direitos humanos.". Aqui temos a necessidade da norma, como medida coercitiva e dotada de obrigatoriedade traduzida pela sanção.

Neste contexto de legislação, destacamos 2 dos 31 princípios apontados como base para mudança:

PRINCÍPIO 3

Em cumprimento de sua obrigação de proteger, os Estados devem:

A. Fazer cumprir as leis que tenham por objeto ou por efeito fazer as empresas respeitarem os direitos humanos, avaliar periodicamente se tais leis resultam adequadas e remediar eventuais lacunas;

B. Assegurar que outras leis e diretrizes políticas que regem a criação e as atividades das empresas, como o direito empresarial, não restrinjam mas sim que propiciem o respeito aos direitos humanos pelas empresas;

C. Assessorar de maneira eficaz as empresas sobre como respeitar os direitos humanos em suas atividades;

D. Estimular e se for preciso exigir que as empresas informem como lidam com o impacto de suas atividades sobre os direitos humanos.

PRINCÍPIO 26

Os Estados devem adotar as medidas apropriadas para assegurar a eficácia dos mecanismos judiciais nacionais quando abordem as violações de direitos humanos relacionadas com empresas, especialmente considerando a forma de limitar os obstáculos jurídicos, práticos e de outras naturezas que possam conduzir para uma negação do acesso aos mecanismos de reparação.

Os dois princípios indicam que deve haver a implementação de políticas e leis que tratem do assunto, fiscalização mediante auditorias e sanções, e o cumprimento, através dos resultados e mecanismos de denúncia.

Além das orientações da OIT e dos princípios em questão, temos em nossa Constituição os seguintes direitos:

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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

Segundo a OIT, no estudo Mulheres no Trabalho, Tendências 2016:

... as políticas de ação positiva, incluindo a definição de metas, objetivos ou quotas, representam uma importante medida que pode ser aplicada pelos governos, sindicatos, organizações de empregadores e empresas para ajudar a corrigir a grave sub-representação das mulheres, bem como as suas preocupações na tomada de decisões nas empresas e nas sociedades. (ONU, 2017).

Como já exposto, a CLT em seu artigo 461 estabelece "Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.", ou seja, em nosso ordenamento temos as garantias cravadas no ápice do nosso ordenamento jurídico, Constituição Federal, bem como na legislação infraconstitucional e demais disposições legislativas.

As normas em questão não são recentes mas estão em consonância com tais princípios e auxiliaram na redução das desigualdades, porém por si só não conseguem mudar por completa a sociedade, há necessidade de fiscalização e denúncias, essas podem ser feitas para os Sindicatos, que tem o papel de representar as respectivas categorias, para o Ministério Público do Trabalho, Ministério do Trabalho,

através de suas delegacias ou individualmente através de reclamações trabalhistas.

O papel do Ministério Público do Trabalho ganha importância pelo poder de fiscalizar e constatando irregularidades implementar os Termos de Ajustamento de Conduta ou mesmo multas, forçando as empresas a realizarem as regularizações necessárias.

Ocorre que muitas vezes essa diferença salarial não é aberta, já que a legislação prevê o pagamento de salário igual para todo trabalho de igual valor e tal ato poderia gerar multa e futura reclamação trabalhista para equiparação, assim, conscientizar os empregadores também é objetivo do Estado para promoção da igualdade. Pensando nessa realidade a Secretaria Especial de Políticas para as mulheres (SPM), do Ministério das Mulheres criou um selo que qualifica as empresas que promovem a igualdade entre homens e mulheres no trabalho, "o diferencial do projeto: criar na própria empresa a necessidade de se discutir os espaços da mulher no ambiente de trabalho e suas dificuldades", é "um projeto que estimula a mudança da cultura organizacional nas empresas". (PORTAL BRASIL, 2017).

Aqui a conscientização é peça chave e deve ser cobrada, existe na cultura a imagem do homem "chefe de família" e o fato de que os homens possuem mais horas de trabalho, porém essa realidade deve mudar, a sociedade já não é mais a mesma, as famílias passaram a ter novos modelos, a independência feminina é clara e deve ser respeitada pelas empresas, porém o objetivo somente será alcançado com várias medidas, dentre elas a conscientização dos empregadores.

E o que temos para hoje?

No serviço público, onde temos mulheres como maioria, os critérios para promoções e vencimentos não possuem característica pessoal, mas sim profissional, porém ainda existe muita diferença nos mais alto escalão, já que temos ali nomeações.

Um dos bons exemplos é a evolução do quadro feminino na Polícia Militar do Estado de São Paulo, a Lei Complementar 892, de 31 de

janeiro de 2001, estabelece os critérios para promoção dentro da corporação, os critérios são da antiguidade e mediante provas e concursos internos, onde as vagas são abertas, porém sem limitação por gênero.

Devemos ter em mente que a fisiologia feminina é diferente da masculina, e que força física deste é superior, neste contexto encontramos claramente a igualdade de Aristóteles, onde prevê o tratamento igual para os iguais e desigual, na exata medida da desigualdade para os desiguais, assim, para combates corpo a corpo e de alto impacto, somente o sexo masculino está presente, porém em todos os demais cargos a concorrência é aberta.

Em termos salariais também não existe diferenciação, estando o Estado obrigado a divulgar seu dados, o pagamento fica condicionado a lei orçamentária e todos os vencimentos são expostos, visto que derivam das receitas públicas e tributos.

Cumpramos ressaltar que devido ao princípio da legalidade estrita, a administração pública somente pode agir de acordo com os ditames legais, neste contexto a obediência a legislação pátria leva a uma igualdade que ainda não é encontrada na esfera privada, o particular pode fazer o que a lei não proibir, porém a Constituição traz como princípio norteador da ordem econômica a função social da propriedade:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - ...

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

Como já ressaltamos, a mudança cultural dos empregadores é objetivo e um dos passos para igualdade de condições, em especial a salarial, os principais sites de recursos humanos apontam boas práticas,

uma delas vem do site ethos.org.br, no texto Equidade de gênero nas empresas: por uma economia mais inteligente e por direitos, um dos tópicos é o impacto do empoderamento nas empresas, onde informam que "é imprescindível que ajudemos os profissionais responsáveis por políticas de inclusão nas empresas a usar argumentos e estatísticas que possam demonstrar que as ações afirmativa tem resultados tangíveis...", ainda, informa que esses "estudos nos mostram é que há ainda muitas práticas de discriminação nas empresas e que a diversidade vista somente como uma quota numérica não resolve os problemas, gerando pouco valor." (MORSH, 2017), ou seja, demonstrar financeiramente o quanto é viável a diversificação e os resultados positivos que tal política provoca.

Outra mudança que está ocorrendo e que ressaltamos é relativo a taxa de empreendedorismo, as mulheres estão em patamar igual aos homens na proporção inicial, segundo o Sebrae, em 2015, a taxa inicial é de 21,7% para homens e 20,3% para mulheres, isso se deve aos "programas de incentivo ao empreendedorismo feminino, a exemplo do Programa 10.000 Mulheres da Goldman Sachs, oferecido no Brasil em parceria com a EAESP – FGV/SP, dentre outros, são estratégicos para promoção de condições favoráveis ao incremento do empreendedorismo feminino no país." (MACEDO, 2017). Aqui temos uma política de incentivo que deu certo e equilibrou os números, isso gera mulheres no comando e que lutam pela igualdade, o que leva à um círculo virtuoso.

Em relação as empresas privadas e a preocupação com diversidade e equiparação de gêneros, em 2013 a revista exame elencou as 15 melhores empresas neste quesito (LADEIA, 2017), as quais destacamos a Sodexo, com 118.300 funcionários nos Estados Unidos "o comprometimento com a causa começa no topo da empresa – 25% dos bônus dos executivos e até 15% dos bônus dos gerentes estão associados a metas ligadas a diversidade.", já a Kaiser Permanente, que conta com 172.979 funcionários nos Estados Unidos, possui outra política, "entre os 14 executivos que dirigem a empresa, são três negros, dois latinos, dois asiáticos e cinco mulheres", a P&G, que conta com mais de 126.000 funcionários no mundo tem o programa "Flex@Work" cujo principal objetivo é a integração entre a vida profissional e pessoal, A Johnson & Johnson, com quadro de 128.000 funcionários tem em sua política a preocupação de

cobrar de todos os fornecedores e empresas terceirizadas tem de provar seus investimentos na promoção da diversidade.

Nos exemplos acima temos práticas distintas e com objetivos comuns, a Sodexo com visão de mercado aumenta o bônus de seus gestores quanto mais eles conseguem melhorar os números em relação a diversidade, a Kaiser Permanente estrutura seu alto escalão com gêneros e nacionalidades distintas, criando assim uma diversidade de pensamentos e ideias que chegam a todas as minorias, a Johnson & Johnson cobra daqueles que prestam serviços para ela medidas que visem a defesa das minorias. No caso da P&G, a ideia é a integração da vida profissional e pessoal, um dos principais pontos que afetam as mulheres, já que a dupla jornada ainda é realidade e uma das causas da diferença salarial, pois acabam com menor jornada ocupacional e maior jornada em casa.

Os bons exemplos acima possuem um ponto em comum, vem do exterior, aqui engatinhamos e precisamos de mais ações, mais exemplos, mais incentivo, por isso o papel fundamental das políticas públicas e cobrança de mudança dos gestores e empresários.

Outro caso que merece atenção é o publicado pelo site seteco.com.br, onde no artigo "Empresas adotam políticas para promover mulheres" (SETECO CONSULTORIA CONTÁBIL, 2017), temos a empresa Ypióca, fábrica de aguardente localizada em Fortaleza - Ceará, onde temos a trajetória de uma funcionária que começou como analista júnior e chegou ao cargo de coordenadora de relações corporativas, onde ela ressalta:

"Para essa carreira, além de seu esforço próprio, foi vital a existência de valores de igualdade de gênero, integrados aos demais ideais da companhia, por meio da prática de políticas de recursos humanos voltados a distribuição equilibrada de cargos entre homens e mulheres."

João Senise, diretor de RH da gigante britânica Grupo Diageo – produtora das marcas Johnnie Walker, Smirnoff e da famosa cerveja

Guinness e, no Brasil, da Ypióca, também fala sobre as medidas adotadas pela empresa:

...um dos diferenciais da companhia é ter sido a primeira a assinar, em 2015, o compromisso com a ONU Mulheres. “O objetivo é ocupar 50% dos cargos administrativos com mulheres até 2025. Hoje, elas respondem a cerca de 40% dos cargos de liderança na Diageo.” (SETECO CONSULTORIA CONTÁBIL, 2017).

Verifica-se que o objetivo da empresa é alcançar o equilíbrio em menos de 10 anos, prognóstico com grande diferença do atual cenário do mercado brasileiro, cerca de 40 anos.

Ainda, nas melhores práticas destacamos o grupo Whirlpool Latin America, dona das marcas Brastemp, Consul e Kitchen Aid. O destaque da companhia é a equidade de remuneração e de ocupação dos cargos executivos. Uma das principais responsáveis por administrar essa política é Andréa Clemente que assevera:

"a empresa também se preocupa em promover ações para equilibrar a carreira profissional da mulher com a vida pessoal, como, por exemplo, liberdade na formulação do horário de trabalho e escritórios de fácil acesso, onde se possa trabalhar sem gastar uma hora no trânsito." (SETECO CONSULTORIA CONTÁBIL, 2017)

Na busca pela equidade as empresas em especial os setores de recursos humanos buscam atacar as principais causas que levam a desigualdade e através de políticas afirmativas conseguem excelentes resultados, esses exemplos devem ser seguidos por todas empresas, pois a conscientização é fundamental para mudança.

CONCLUSÃO

Vivemos em uma sociedade que ainda carrega grande peso de seu passado recente, a submissão pela qual as mulheres foram submetidas reflete no desequilíbrio de oportunidades e nas condições de

trabalho, em especial na remuneração, a dupla jornada também pesa e afeta na quantidade de horas trabalhadas, fatores que nos levam aos críticos dados atuais.

Porém a sociedade evolui, hoje as mulheres estão estudando mais que os homens, demoram mais para entrar no mercado de trabalho e quando entram não se contentam com subempregos e buscam as melhores condições, um dos reflexos mais sentidos é a proporção encontrada no serviço público, setor onde o ingresso é igual e tem predominância feminina, as promoções também são proporcionais, porém até as nomeações, neste ponto ainda encontramos uma maioria masculina.

A imagem do homem chefe de família já não é mais predominante na sociedade, o termo chefe de família caiu, hoje falamos em provedor, as mulheres tiveram aumento significativo como provedoras do lar e através de políticas públicas passaram a ganhar cada vez mais espaço no mercado de trabalho.

Estima-se que o tempo para equiparação de vagas e salarial seja de pelo menos 40 anos, porém várias empresas já descobriram esse caminho e aplicam políticas que auxiliam e aceleram a equidade, tanto que em algumas empresas de grande porte a estimativa é que em 10 anos a situação esteja igual.

Não podemos esquecer os números, apesar dos avanços a realidade ainda é injusta, o salário da mulher ainda representa 70% (setenta por cento) do salário do homem, somente é maioria no setor público e na atividade doméstica, nos grandes cargos a diferença é absurda, 90% de homens para 10% de mulheres, porém com leis de inclusão, políticas públicas e atuação efetiva dos órgãos nacionais e internacionais a mudança cultural pode ser acelerada, os meios de fiscalização devem ser intensificados, os mecanismos de denúncia também, o mundo é outro, a independência feminina é uma conquista e precisamos das mulheres no poder, o empoderamento feminino é uma realidade, uma necessidade para o mundo, afinal, todas as guerras nasceram da vaidade masculina.

Referências:

GUSTAVO VENTURINI E DANILO TORINI. Transição da escola para o mercado de trabalho de mulheres e homens jovens no Brasil. Disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_326892.pdf. Acesso em 18/03/2017

CÁSSIA ALMEIDA. Mulheres estão em apenas 37% dos cargos de chefia nas empresas. Disponível em <http://oglobo.globo.com/economia/mulheres-estao-em-apenas-37-dos-cargos-de-chefia-nas-empresas-21013908>. Acesso em 26/03/2017

SETECO CONSULTORIA CONTÁBIL. Empresas adotam políticas para promover mulheres (DCI). Disponível em <http://www.seteco.com.br/empresas-adotam-politicas-para-promover-mulheres-dci/>. Acesso em 10/04/2017

PORTAL BRASIL. Selo qualifica empresas que promovem igualdade entre homens e mulheres no trabalho. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/04/iniciativa-certifica-empresas-que-promovem-igualdade-entre-homens-e-mulheres-no-trabalho>. Acesso em 10/04/2017

CAMILA MORSH. Equidade de gênero nas empresas: por uma economia mais inteligente e por direito. Disponível em http://www3.ethos.org.br/cedoc/equidade-de-genero-nas-empresas-por-uma-economia-mais-inteligente-e-por-direito/#.WQX3R0PR_IV. Acesso em 10/04/2017

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Mulheres no trabalho: Tendências 2016. Disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_457096.pdf - Mulheres no trabalho. Tendências 2016. Acesso em 26/03/2017

BARBARA LADEIA. As 15 melhores empresas em diversidade e inclusão. Disponível em <http://exame.abril.com.br/negocios/as-15-melhores-empresas-em-diversidade-e-inclusao/>. Acesso em 10/04/2017

JOHN RUGGIE. Empresas e Direitos Humanos. Parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar. Disponível em [http://www.conectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012(1).pdf). Acesso em 01/04/2017

MARIANO DE MATOS MACEDO E OUTROS. Empreendedorismo no Brasil 2015. Disponível em [http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/4826171de33895ae2aa12cafe998c0a5/\\$File/7347.pdf](http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/4826171de33895ae2aa12cafe998c0a5/$File/7347.pdf). Acesso em 20/03/2017

MARTINS, S. P. Direito do Trabalho. 25ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

SARLET, I. W. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora., 2011

NATÁLIA FONTOURA e CLAUDIA PEDROSA. PNAD 2009 - PRIMEIRAS ANÁLISES: Investigando a chefia feminina de família. Disponível em http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5286/1/Comunicados_n65_PNAD2009.pdf. Acesso em 18/03/2017

GABRIEL ULYSSCA e ANA LUIZA NEVES DE HOLANDA BARBOSA. COMUNICADO 160 - Um retrato de duas décadas do mercado de trabalho brasileiro usando a PNAD. Disponível em www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content%26view%26article%26id%2620065+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em 18/03/2017

NATALIA FONTOURA, ROBERTO GONZALEZ E MARCELO GALIZA. COMUNICADO 40 - Mulheres e trabalho: Avanços e continuidades. Disponível em http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5318/1/Comunicados_n40_Mulher.pdf. Acesso em 18/03/2017

POLICIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em <http://www.policiamilitar.sp.gov.br/>. Acesso em 01/03/2017

LEGISLAÇÃO NACIONAL. Disponível em <http://www2.planalto.gov.br/>. Acesso em 01/03/2017

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em <http://www.onu.org.br/>. Acesso em 01/03/2017

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/content/hist%C3%B3ria>. Acesso em 01/03/2017

ONU MULHERES. Disponível em <http://www.onumulheres.org.br/>. Acesso em 01/03/2017

COMENTÁRIOS ACERCA DOS DEVERES DO ADVOGADO DISPOSTOS NO CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB ARTIGOS 9º AO 26.

PAULO BYRON OLIVEIRA SOARES NETO: Professor Efetivo do Governo do Estado de São Paulo; Licenciado e Bacharel em Matemática pela Universidade Ibirapuera; especialista em Gestão Escolar e Coordenação Pedagógica pela Uniasselvi; graduando em Direito (UNIP); Graduando em Engenharia de Produção (UNIVESP); Pós graduando em Ensino de Filosofia (UNIFESP); pós graduado em Direito Tributário e mestrando em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade del Atlântico - Espanha.

Introdução

O presente artigo tem como objetivo tecer comentários acerca das relações dos advogados para com seus clientes conforme disposto no Código de Ética e Disciplina da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) artigos 9º ao 26.

1. Código de Ética e Disciplina da OAB

Em sua essência aponta o imperativo de conduta que deverá ser adotada pelo profissional (advogado), nos exercícios de suas funções.

Por certo, o respectivo código, em seu cerne, tem como objetivo a primazia pela justiça, a lealdade, ética e a boa-fé nas relações profissionais que tal profissão exige a fim de alçar o bem-estar social.

2. Capítulo III – Das relações com o cliente

No capítulo III do Código de Ética e Disciplina da OAB é tratado das relações entre o advogado para com seus clientes. O assunto é disposto do artigo 9º ao 26, portanto, teceremos comentários a respeito de cada um destes referidos artigos.

Art. 9º “O advogado deve informar o cliente, de modo claro e inequívoco, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das consequências que poderão advir da demanda. Deve, igualmente, denunciar, desde logo, a quem lhe solicite parecer ou patrocínio, qualquer circunstância que possa influir na resolução de submeter-lhe a consulta ou confiar-lhe a causa”.

O artigo disposto é cristalino, o advogado tem o dever de informar ao cliente com clareza sobre os fatos e atos que possam surgir mediante a demanda requerida pelo cliente.

Desta forma, a par de todas as informações, caberá ao cliente com racionalidade tomar a decisão que corresponder aos seus anseios perante a ciência das consequências.

Art. 10º “As relações entre advogado e cliente baseiam-se na confiança recíproca. Sentindo o advogado que essa confiança lhe falta, é recomendável que externar ao cliente sua impressão e, não se dissipando as dúvidas existentes, promova, em seguida, o substabelecimento do mandato ou a ele renuncie”.

A confiança recíproca, o advogado deve apresentar, conforme exposto no artigo 9º, todas as possíveis consequências da demanda.

Por seu turno, o cliente deve informar ao advogado sobre a verdade dos fatos, sem omitir qualquer informação, pois somente desta forma, o advogado poderá atuar no caso da forma adequada. Caso não haja tal reciprocidade cabe ao advogado o direito de renunciar a respectiva demanda.

Art. 11 “O advogado, no exercício do mandato, atua como patrono da parte, cumprindo-lhe, por isso, imprimir à causa orientação que lhe pareça mais adequada, sem se subordinar a intenções contrárias do cliente, mas, antes, procurando esclarecê-lo quanto à estratégia traçada”.

Como procurador e patrono da parte, cabe ao advogado traçar a estratégia mais adequada a fim de atingir o objetivo da demanda. Para tanto, para que alcance o objetivo deve atuar com independência, contudo, informando a parte sobre o decurso do processo.

Art. 12 “A conclusão ou desistência da causa, tenha havido, ou não, extinção do mandato, obriga o advogado a devolver ao cliente bens, valores e documentos que lhe hajam sido confiados e ainda estejam em seu poder, bem como a prestar-lhe contas, pormenorizadamente, sem prejuízo de esclarecimentos complementares que se mostrem pertinentes e necessários.

Parágrafo único. A parcela dos honorários paga pelos serviços até então prestados não se inclui entre os valores a ser devolvidos”.

Cristalino que o advogado tem sob sua guarda os bens do cliente, desta feita, devendo lhe prestar contas e devolver o que lhe pertence por direito.

Vale ressaltar, que os honorários pagos ao advogado até o referido momento, não são passíveis de devolução, pois até o momento os serviços advocatícios foram prestados.

Art. 13 “Concluída a causa ou arquivado o processo, presume-se cumprido e extinto o mandato”.

Encerrada a causa, ou arquivado o processo finda a prestação de serviço entre cliente e advogado, no que tange a referida causa. Caso haja outras de um mesmo cliente com tal advogado, estas permanecem com seu vínculo.

Art. 14 “O advogado não deve aceitar procuração de quem já tenha patrono constituído, sem prévio conhecimento deste, salvo por motivo plenamente justificável ou para adoção de medidas judiciais urgentes e inadiáveis”.

Trata-se não só de um preceito ético da profissão, mas também, um requisito para que o advogado possa atender as necessidades demandadas pelo cliente.

Art. 15 “O advogado não deve deixar ao abandono ou ao desamparo as causas sob seu patrocínio, sendo recomendável que, em face de dificuldades insuperáveis ou inércia do cliente quanto a providências que lhe tenham sido solicitadas, renuncie ao mandato”.

O presente artigo esclarece que o advogado deve atuar, conforme se propôs a fazer mediante o cliente. Todavia, caso o cliente não aja de maneira a atender seus próprios interesses, cabe ao advogado a renúncia do mandato da referida demanda.

Art. 16 “A renúncia ao patrocínio deve ser feita sem menção do motivo que a determinou, fazendo cessar a responsabilidade profissional pelo acompanhamento da causa, uma vez decorrido o prazo previsto em lei (EAOAB, art. 5º, § 3º).

§ 1º A renúncia ao mandato não exclui responsabilidade por danos eventualmente causados ao cliente ou a terceiros.

§ 2º O advogado não será responsabilizado por omissão do cliente quanto a documento ou informação que lhe devesse fornecer para a prática oportuna de ato processual do seu interesse”.

O advogado poderá renunciar a qualquer tempo, sem necessidade de expor seus motivos. Todavia, tal renúncia não exclui a responsabilidade dos seus atos caso venha a causar dano ao seu cliente

ou a terceiros, porém não será responsabilizado em casos de omissão por parte do cliente.

Art. 17 “A revogação do mandato judicial por vontade do cliente não o desobriga do pagamento das verbas honorárias contratadas, assim como não retira o direito do advogado de receber o quanto lhe seja devido em eventual verba honorária de sucumbência, calculada proporcionalmente em face do serviço efetivamente prestado”.

Caso o cliente revogue mandato, deve efetuar o pagamento dos honorários ao respectivo advogado. Em caso de honorários de sucumbência, o advogado que sofreu a revoga, deverá receber proporcionalmente pelos serviços prestados.

Art. 18 “O mandato judicial ou extrajudicial não se extingue pelo decurso de tempo, salvo se o contrário for consignado no respectivo instrumento”.

Não há causa de extinção temporal para o mandata, a não ser que conste no próprio instrumento (procuração ou similar).

Art. 19 “Os advogados integrantes da mesma sociedade profissional, ou reunidos em caráter permanente para cooperação recíproca, não podem representar, em juízo ou fora dele, clientes com interesses opostos”.

Advogados de uma mesma sociedade, são proibidos de aceitar demandas de clientes com interesses opostos, visto que, tal ato além de antiético poderia comprometer o interesse de uma das partes.

Art. 20 “Sobrevindo conflitos de interesse entre seus constituintes e não conseguindo o advogado harmonizá-los, caber-lhe-á optar, com prudência e discrição, por um dos mandatos, renunciando aos demais, resguardado sempre o sigilo profissional”.

Congruente com o artigo anterior, caso o advogado não consiga a harmonização entre as partes, deverá optar por uma, sendo prudente, discreto e sigiloso a fim de evitar gerar conflitos antes inexistentes.

Art. 21 “O advogado, ao postular em nome de terceiros, contra ex-cliente ou ex-empregador, judicial e extrajudicialmente, deve resguardar o sigilo profissional”.

O art. 1º deste mesmo código nos faz comentar o art. 21. Atuar com ética e moralidade é premissa da profissão.

Art. 22 “Ao advogado cumpre abster-se de patrocinar causa contrária à validade ou legitimidade de ato jurídico em cuja formação haja

colaborado ou intervindo de qualquer maneira; da mesma forma, deve declinar seu impedimento ou o da sociedade que integre quando houver conflito de interesses motivado por intervenção anterior no trato de assunto que se prenda ao patrocínio solicitado”.

Havendo conflito de interesses, o advogado de acordo com a profissão e a responsabilidade incumbida a este, por exercê-la deve se abster das causas expostas no art. 22, desta forma, mantendo a ética, moral, postura e rigor inerentes a sua profissão.

Art. 23 “É direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado.

Parágrafo único. Não há causa criminal indigna de defesa, cumprindo ao advogado agir, como defensor, no sentido de que a todos seja concedido tratamento condizente com a dignidade da pessoa humana, sob a égide das garantias constitucionais”.

Postulado no próprio artigo a garantia constitucional, as opiniões pessoais que o advogado venha a ter não devem interferir em sua atividade profissional, desta forma, atendendo a todos de forma justa e igualitária.

Art. 24 “O advogado não se sujeita à imposição do cliente que pretenda ver com ele atuando outros advogados, nem fica na contingência de aceitar a indicação de outro profissional para com ele trabalhar no processo”.

Caso em que o cliente deseje outro advogado para atuar conjuntamente com o primeiro advogado da demanda, este primeiro não possui obrigatoriedade de aceitação, tampouco é obrigado a indicar qualquer outro advogado para atuar na demanda.

Art.25 “É defeso ao advogado funcionar no mesmo processo, simultaneamente, como patrono e preposto do empregador ou cliente”

O advogado é proibido de atuar no mesmo processo em que seja patrono e preposto simultaneamente, este artigo evita qualquer conflito de interesses que possa vir a ocorrer.

Art. 26 “ O substabelecimento do mandato, com reserva de poderes, é ato pessoal do advogado da causa.

§ 1º O substabelecimento do mandato sem reserva de poderes exige o prévio e inequívoco conhecimento do cliente.

§ 2º O substabelecido com reserva de poderes deve ajustar antecipadamente seus honorários com o substabelecete”.

O advogado poderá substabelecer mandato com reserva de poderes a qualquer momento sem prévio conhecimento do cliente, todavia deverá ajustar os honorários com o substabelecete. Caso o advogado deseje substabelecer mandato sem reserva de poderes, deverá ter o consentimento do cliente da respectiva demanda.

A ATUAÇÃO IRREGULAR DOS SÓCIOS COMO FUNDAMENTO DO REDIRECIONAMENTO DO FEITO EXECUTIVO FISCAL

ROMERO SOLANO DE OLIVEIRA MAGALHAES:
Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Pós Graduando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

RESUMO: Este trabalho analisa o redirecionamento da execução fiscal para os sócios das empresas executadas pela atuação irregular deles. Dentre outros temas, estuda-se que é possível o redirecionamento da execução diante de indícios de dissolução irregular da pessoa jurídica e a inexistência de ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa quando se redireciona o feito executivo.

PALAVRAS-CHAVE: Redirecionamento. Execução Fiscal. Sócios. Dissolução Irregular.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Responsabilização pessoal dos sócios resultante de ato praticado com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos; 2. Possibilidade de redirecionamento da execução diante de indícios de dissolução irregular; 3. Inocorrência de ofensa ao princípio do contraditório no redirecionamento da *actio* executiva; Conclusão; Referências.

Introdução

O atual contexto da economia brasileira indica um elevado índice de fracasso de empresas, as quais, não raramente, encerram suas atividades sem o devido adimplemento de dívidas tributárias. É recorrente, também, atuação irregular dos sócios na gerência das pessoas jurídicas, de modo que tais situações têm feito com que ganhe destaque na doutrina e jurisprudência o tema da responsabilidade dos sócios-gerentes em relação aos débitos das empresas.

Nesse cenário, é comum, nas ações de execução de dívida fiscal, a cobrança de determinado crédito tributário de terceiro que não realizou o fato gerador do tributo. Trata-se do redirecionamento, medida verificada no curso de um feito executivo fiscal já existente e fundada especialmente no artigo 135 do Código Tributário Nacional. Conforme estabelece o inciso III de tal dispositivo, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto. Inclui-se, nesse contexto, a responsabilização dos sócios-gerentes de pessoa jurídica devedora que se dissolveu irregularmente.

1. Responsabilização pessoal dos sócios resultante de ato praticado com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos

Estabelece o parágrafo único do artigo 121 do CTN a existência de duas espécies de sujeito passivo: contribuinte e responsável. O contribuinte é quem tem relação pessoal e direta com a situação que constituiu o fato gerador, enquanto que o responsável, sem revestir a condição de contribuinte, tem sua obrigação advinda de disposição legal expressa. Ferragut^[1] explica que a responsabilidade decorre da ocorrência de fato qualquer, lícito ou ilícito, não tipificado como tributário, que autoriza a constituição da relação jurídica entre o Estado-credor e o responsável, relação essa pressupõe a existência de um fato jurídico tributário. Assim, trata-se a responsabilidade de norma jurídica que implica inclusão de sujeito praticante de fato não tributário no critério pessoal passivo de relação tributária.

Pontifica Ferragut^[2], ainda, que o sujeito designado como responsável pode ser qualquer pessoa, desde que indiretamente vinculada ao fato gerador da obrigação tributária ou direta ou indiretamente vinculado ao contribuinte. Ele é eleito por questões de

conveniência e necessidade, sendo mais fácil para o Fisco fiscalizá-lo, ou como forma de sanção por ato praticado que tenha prejudicado o interesse fazendário e, eventualmente, de terceiros.

Nesse cenário, o sujeito ativo de uma obrigação pode, em determinados casos, incluir no polo passivo da execução pessoa diversa daquela praticante do fato gerador, que consta no título executivo. É o caso da aquisição de bens imóveis em que se sub-rogam na pessoa do adquirente os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, domínio útil ou a posse de bens imóveis, conforme disposto pelo artigo 130 do CTN. Trata-se esse exemplo de caso de responsabilidade por sucessão, espécie da responsabilização por transferência.

A responsabilidade por transferência é gênero no qual se inclui também os casos de responsabilidade de terceiros. Preconiza o artigo 135, III, do CTN, que “são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos os dirigentes, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado”.

Da leitura do artigo 135, III, do CTN, depreende-se que a simples condição de sócio não é suficiente para a responsabilização tributária. Faz-se necessário, para tanto, o preenchimento da posição de dirigente, gerente ou representante da empresa, associado à prática de atos abusivos ou ilegais. Sabe-se, nesse sentido, que o administrador da sociedade deve atuar com o zelo que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

Assim, o sócio será responsabilizado apenas se for dirigente, gerente ou representante da sociedade, e praticar atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto. Segundo o STF^[3], tal responsabilização pode se dar tanto pelas obrigações tributárias cujo fato gerador tenha se desdobrado de sua atuação irregular, quanto por aquelas cujo adimplemento tenha ficado impossibilitado ante a atuação ilegal. Registra-se, nesse contexto, que a simples ausência de pagamento

pela pessoa jurídica não gera infração capaz de atribuir responsabilidade ao sócio-gerente. Essa é a tese cristalizada na Súmula 430 do STJ, “o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”, cuja ideia é aplicada no seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO. SOCIEDADE ANÔNIMA E/OU SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. LIMITES DA RESPONSABILIDADE DO DIRETOR E/OU DO SÓCIO-GERENTE. Quem está obrigada a recolher os tributos devidos pela empresa é a pessoa jurídica, e, não obstante ela atue por intermédio de seu órgão, o diretor ou o sócio-gerente, a obrigação tributária é daquela, e não destes. Sempre, portanto, que a empresa deixa de recolher o tributo na data do respectivo vencimento, a impontualidade ou a inadimplência é da pessoa jurídica, não do diretor ou do sócio-gerente, que só respondem, e excepcionalmente, pelo débito, se resultar de atos praticados com excesso de mandato ou infração à lei, contrato social ou estatutos, exatamente nos termos do que dispõe o artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional. Recurso especial conhecido, mas improvido. (STJ. REsp 100.739/SP 1996/0043179-5, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 19/11/1998, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/1999).

Não obstante tal entendimento, hoje consolidado no STJ, houve período em que, para o referido Tribunal, o simples inadimplemento de tributos configurava infração à lei, suficiente para a responsabilização do sócio-gerente estabelecida pelo artigo 135, III. Veja-se:

EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE BENS PARTICULARES DE SOCIO-GERENTE. DESNECESSIDADE DE PREVIA APURAÇÃO DE

RESPONSABILIDADE PESSOAL. Infringe a lei o sócio-gerente que deixa de recolher, tempestivamente, os tributos devidos pela firma devedora e, como responsável tributário, pode ser citado e ter seus bens particulares penhorados, mesmo que seu nome não conste da certidão de dívida ativa. Inexigibilidade de prévia apuração da responsabilidade. Recurso provido. (STJ. REsp 14.904/MG, Relator: Ministro GARCIA VIEIRA, Data do julgamento: 04/12/1991, PRIMEIRA TURMA, Data da Publicação: DJ 23/03/1992).

Com a tese de que o simples não pagamento de tributos pela empresa enseja responsabilização do sócio-gerente, o STJ desvalorizava o fato de que as pessoas jurídicas possuem patrimônio próprio, exigindo que os bens pessoais do sócio tivessem o indesejável papel de garantidor. Desse modo, a evolução relatada da jurisprudência possibilitou o desenvolvimento da atividade empresarial, sendo, portanto, comemorável.

Silva[4] esclarece que a responsabilização de terceiros prevista no artigo 135, III, do CTN não significa desconsideração da personalidade jurídica da empresa. A desconsideração é resposta ao abuso de direito à personalidade jurídica, na qual se “arranca a máscara da pessoa jurídica com o fim de revelar sua legítima expressão”[5]. Por outro lado, a responsabilidade dos administradores das empresas dá-se de forma direta, por atos por eles realizados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, sem, portanto, transposição da personalidade jurídica.

Comprova a tese de que responsabilização de terceiros não corresponde à desconsideração da personalidade jurídica o fato de que, se correspondesse, os tributos apurados cabíveis para sociedades, como Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), Programas de Integração Social (PIS), dentre outros, não

seriam devidos, vez que, do sócio, como contribuinte, apenas poder-se-ia exigir Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF).

Assim, a responsabilização não requer afastamento da pessoa jurídica, tendo sido os fatos geradores por ela praticados e sendo tais fatos característicos de tributos de pessoa jurídica. Essencial, portanto, a existência de ambas as personalidades: a sociedade, contribuinte, praticante do fato gerador e o sócio, responsável, a quem será imputado o dever de pagar.

Ainda sobre a desconsideração da personalidade jurídica, é importante fazer referência ao Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica (IDPJ), inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil, a lei nº 13.105/2015. Trata-se o IDPJ de procedimento previsto nos artigos 133 a 137 do mencionado Código, que estabelecem a possibilidade de, na petição inicial ou incidentalmente, no cumprimento de sentença ou execução de título extrajudicial, caso da Certidão de Dívida Ativa (CDA), requerer-se a desconsideração da personalidade jurídica para alcançar o patrimônio pessoal de sócios-gerentes.

Conforme comenta [Gruppenmacher\[6\]](#), magistrados reunidos no seminário nacional “O Poder Judiciário e o novo CPC”, provido pela Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Enfam), em agosto de 2015, decidiram por maioria de votos (77% a favor e 23% contra) pela não aplicação do IDPJ às execuções fiscais. Nesse sentido, editaram o Enunciado 53: “O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no artigo 133 do CPC/2015”.

Como se percebe, sedimentou-se o entendimento que é dispensável a instauração do IDPJ para que se promova a inclusão dos sócios-gerentes no polo passivo da demanda executiva. O fundamento dessa decisão não foi essencialmente jurídico, mas sim pragmático, objetivando-se celeridade na tramitação das execuções fiscais, consoante expõe [Gruppenmacher](#):

“Segundo ponderou o relator da proposta, o motivo que os conduziu à referida compreensão é a incompatibilidade do IDPJ com a ‘sistemática e a celeridade’ que devem ter as execuções fiscais, as quais, segundo esclareceu, totalizam 30% dos processos em tramitação no Brasil. Justificou ainda a proposição invocando peculiaridades do rito do IDPJ, em especial a suspensão do processo executivo com vistas à produção de provas, o que seria, segundo afirmou, um motivo a mais para impedir a aplicação do Incidente às execuções fiscais”[\[7\]](#).

É prescindível, portanto, a desconsideração da pessoa jurídica para que possível o redirecionamento, que se dá, como dito, de forma direta e deve ser entendido como a providência de utilização do processo de execução para alcançar bens de pessoas que não foram inicialmente indicadas como réus. Explica Machado:

“O redirecionamento da execução fiscal consiste na providência destinada a tornar efetiva a responsabilidade de alguém que não foi colocado no polo passivo da ação de execução fiscal, vale dizer, alguém que não foi colocado como réu. Providência visando a penhora de bens de alguém que, sem ter sido inicialmente colocado na condição de réu, é responsável pelo pagamento do crédito tributário em execução”[\[8\]](#).

Pelo exposto, conclui-se que redirecionar configura atribuir responsabilidade superveniente, tornando-se legitimados os sócios apenas após a formação do título executivo. Tal legitimação não exclui a empresa do polo passivo da demanda, entendendo-se que a responsabilidade do artigo 135, III, do CTN é solidária entre a pessoa jurídica contribuinte e o sócio-gerente responsável. Não importa, pois, a situação patrimonial do devedor originário e se houve esgotamento de

bens da empresa, posto que, conforme ensina Ribeiro Filho, “a norma de responsabilidade atua como verdadeira norma de extensão que amplia a sujeição passiva tributária”[9]. Sobre esse assunto, o STJ não possui entendimento unânime: há julgados estabelecendo ser a responsabilidade do terceiro solidária[10], subsidiária em relação à da sociedade[11] e exclusiva[12].

Prevê o artigo 124 do CTN duas hipóteses de solidariedade: a primeira decorre de interesse comum na situação constituinte do fato gerador e a segunda, de previsão legal. Na primeira, os sujeitos praticam de forma conjunta o fato gerador da obrigação principal, estabelecendo relação direta com ele e sendo ambos contribuintes. É o caso, por exemplo, dos coproprietários de um imóvel relativamente ao IPTU. Na segunda, há responsabilidade de terceiro atribuída por lei, havendo, pois, a figura do contribuinte e a do responsável.

Entende-se que a responsabilidade existente entre a pessoa jurídica contribuinte e o sócio-gerente responsável é solidária decorrente de previsão legal, no caso o próprio artigo 135, III. Assis, concordando com esse entendimento, explica:

“Em se tratando de responsabilidade de sócios e administradores de empresa, a pessoa jurídica é a contribuinte originária. Há, então, transferência de responsabilidade, da pessoa jurídica para as pessoas físicas. Posto isso, podemos afirmar que o art. 135 trata de responsabilidade tributária por transferência, descartando a hipótese de substituição tributária. (...) A expressão ‘pessoalmente responsáveis’, constante do *caput* do art. 135, não pode ser lida como ‘somente responsáveis’, não limita a responsabilidade exclusivamente às pessoas ali arroladas, com exclusão do contribuinte originário (no caso, a sociedade). A responsabilidade da contribuinte pessoa jurídica continua, posto que só se deve admitir a

exclusão do sujeito passivo originário se por lei expressa”[13].

Como se vê, o artigo 135, III, do CTN diz que os sócios-gerentes são “pessoalmente responsáveis”, mas não diz que sejam os únicos. Tal caráter pessoal decorre da infração cometida, não significando exclusão da pessoa jurídica da execução. Ademais, da mesma forma que o art. 128 do CTN exige dispositivo legal exposto para a atribuição da responsabilidade a terceiro, também há de se exigir dispositivo legal exposto para excluir a responsabilidade do contribuinte.

Retirar a pessoa jurídica do polo passivo, considerando ser a responsabilidade do sócio-gerente exclusiva, significaria dificultar o recebimento do crédito pela Fazenda, já que pode o patrimônio do sócio estar ocultado no patrimônio da empresa, e premiar a empresa pelo ato ilícito cometido pelo seu sócio-gerente. Tal benesse não é possível, segundo Ribeiro Filho[14], pela culpa in elegendo e culpa in vigilando da pessoa jurídica, advindas, respectivamente, da má-escolha de pessoa para administrar a atividade empresarial e falha na fiscalização dos atos do administrador por parte de seus órgãos competentes.

Nos termos do parágrafo único do art. 124 do CTN, a ausência de benefício de ordem oponível à Fazenda Pública é característica central da responsabilidade solidária. Desse modo, pode o Fisco, nos casos de solidariedade, exigir todo o crédito de qualquer um dos responsáveis ou de todos ao mesmo tempo, de modo que, conforme prevê o artigo 125 do CTN, “o pagamento efetuado por um dos obrigados aproveita aos demais”, a “a isenção ou remissão de crédito exonera todos os obrigados, salvo se outorgada pessoalmente a um deles, subsistindo, nesse caso, a solidariedade quanto aos demais pelo saldo” e “a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica aos demais”.

O benefício de ordem protege o responsável, que responde apenas pelo que o contribuinte deixar de adimplir e integra o polo passivo da relação somente quando frustrada a satisfação do crédito tributário. Nesse sentido, responsabilizar subsidiariamente o sócio-gerente também

provocaria retardamento da execução e, por consequência, diminuição da possibilidade de êxito na cobrança do crédito tributário, já que a Fazenda teria que esgotar a busca de bens do devedor originário para só depois buscar bens do sócio responsável, o qual poderia já ter dilapidado seu patrimônio. Ademais, estar-se-ia desconsiderando, nos termos de Ribeiro Filho, que “a responsabilidade tributária tem a punição como um de seus aspectos justificantes”^[15], desprezando a motivação central do redirecionamento, qual seja a atuação irregular do sócio.

É importante notar que não é o excesso de poder, infração à lei, contrato social ou estatuto que dá origem à obrigação tributária, inclusive porque, nos termos do artigo 3º do CTN, o tributo não pode se constituir como sanção de ato ilícito. A atuação irregular do sócio gera responsabilidade por transferência, sobrepondo-se à obrigação tributária para agregar solidariamente, no polo passivo, o contribuinte originário (pessoa jurídica) e o sócio que atuou além dos limites, responsável tributário.

2. Possibilidade de redirecionamento da execução diante de indícios de dissolução irregular

Carvalho^[16] propõe a caracterização dos atos que podem ser enquadrados em cada expressão do artigo 135 do CTN. Segundo ele, os atos praticados com excesso de poderes é aquele nos quais o administrador, “investido nos poderes de gestão da sociedade, pratica algo que extrapole os limites contidos nos contratos sociais”. Já a infração a lei se dá quando há “descumprimento de prescrição relativa ao exercício da administração”, enquanto que a infração do contrato social ou estatuto, por sua vez, “consiste no desrespeito à disposição expressa constante desses instrumentos societários, e que tem por consequência o nascimento da relação jurídica tributária”.

Não obstante a definição apresentada por Carvalho para a infração de lei a que se refere o artigo 135, do CTN, não existe, na doutrina e jurisprudência, interpretação uniforme do que seria tal infração. A

conceituação proposta (“descumprimento de prescrição relativa ao exercício da administração”) é bastante ampla.

A aplicação do art. 135 do CTN recebeu um novo enfoque em julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça, que salientaram a possibilidade de redirecionamento da execução para o sócio diante de indícios de dissolução irregular. Nesse sentido, eis a Súmula 435 do STJ: “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”.

Portanto, não encontrada a empresa no local indicado como seu domicílio fiscal, o sócio-gerente será responsabilizado pelos créditos tributários a ela imputados, de maneira que o encerramento irregular da empresa configura infração à lei. Tal infração, nos termos de Silva^[17], é apurada objetivamente, presumindo-se que houve culpa lato sensu do administrador.

A própria Súmula 435, do STJ, contribui com a definição de “dissolução irregular”, existente quando o estabelecimento empresarial encerra suas atividades sem obediência aos expedientes legalmente previstos para tanto, como o regular processo de levantamento patrimonial e pagamento aos credores. Segundo Gonçalves, a dissolução irregular corresponde a “uma dissolução de fato, isto é, encerramento das atividades empresariais, normalmente acompanhada da divisão do restante do patrimônio entre os sócios remanescentes, apesar de subsistência formal da sociedade como ente jurídico”^[18].

Havendo dissolução irregular, portanto, pode-se dizer que são descumpridas, dentre outras, as normas dos artigos 1033 a 1037 do Código Civil, que regulam o processo de dissolução de sociedades. Há descumprimento também do artigo 1150 do Código Civil, que estabelece vinculação do empresário e da sociedade empresária ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais e, conseqüentemente, de normas da lei que regula o Registro Público de empresas mercantis e atividades afins (Lei nº 8934/1994).

A dissolução irregular envolve, portanto, uma série de irregularidades. Diante desse cenário, veja-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, que autoriza o redirecionamento do feito executivo contra o sócio-gerente pela ausência de atualização do registro cadastral:

TRIBUTÁRIO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL CONTRA O SÓCIO-GERENTE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. 1. A existência de indícios que atestem o provável encerramento irregular das atividades da empresa e a ausência de bens penhoráveis autorizam o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios-gerentes. 2. Constitui obrigação elementar do comerciante a atualização de seu registro cadastral junto aos órgãos competentes. 3. O fechamento da empresa sem baixa na Junta Comercial constitui indício de que o estabelecimento encerrou suas atividades de forma irregular, circunstância que autoriza a Fazenda a redirecionar a execução. 4. Recurso especial provido. (STJ. Resp 985.616/RS, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 06/11/2007, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/11/2007).

O STJ possui entendimento consolidado de que a certidão emitida pelo Oficial de Justiça, servidor público auxiliar da Justiça, atestando que a empresa executada não mais funciona no endereço indicado no seu registro na Junta Comercial configura indício suficiente da dissolução irregular, sendo possível, pois, o redirecionamento da execução para os sócios-gerentes. Nesse sentido, observa-se^[19]:

**TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL.
EMPRESA NÃO LOCALIZADA. DISSOLUÇÃO
IRREGULAR. REDIRECIONAMENTO.**

RESPONSABILIDADE. SÓCIO-GERENTE.
ART. 135, III, DO CTN. 1. **A não-localização da empresa no endereço fornecido como domicílio fiscal gera presunção *ius tantum* de dissolução irregular. Possibilidade de responsabilização do sócio-gerente a quem caberá o ônus de provar não ter agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder. Entendimento sufragado pela Primeira Seção desta Corte nos EREsp 716.412/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 22.09.08. 2. Embargos de divergência conhecidos em parte e providos” (STJ. EREsp 852.437/RS, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 22/10/2008, PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 03/11/2008).**

Verificada a possibilidade de redirecionamento da execução fiscal em caso de dissolução irregular da pessoa jurídica devedora, urge identificar sobre qual sócio-gerente a execução recairá. Isso porque podem existir alterações no quadro societário da empresa, de modo que o sócio que exercia a administração na época do fato gerador da obrigação tributária não seja o mesmo da época da dissolução irregular.

Análise de julgados do STJ permite concluir que não há entendimento unânime do referido Tribunal acerca da dúvida decorrente de modificação dos sócios-gerentes de uma empresa. Autorizando expressamente o redirecionamento para os sócios que exerciam a gerência da pessoa jurídica devedora na época do fato gerador, tem-se^[20]:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. **REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL CONTRA O SÓCIO-GERENTE. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE. POSSIBILIDADE. FATO GERADOR OCORRIDO À ÉPOCA EM QUE O SÓCIO INTEGRAVA O QUADRO SOCIETÁRIO DA EMPRESA.** 1. Discute-se

nos autos a possibilidade de redirecionamento de execução fiscal contra sócio-gerente da empresa irregularmente dissolvida. O agravante alega, em síntese, que o fato de ter se retirado da empresa antes de sua dissolução irregular obsta o redirecionamento da execução fiscal contra ele, a despeito de que integrava o quadro societário da sociedade à época do fato gerador. 2. A irresignação do agravante vai de encontro ao entendimento já pacificado por esta Corte no sentido de que a dissolução irregular da sociedade, fato constatado pelo acórdão recorrido, autoriza o **redirecionamento da execução fiscal contra o sócio-gerente da sociedade à época do fato gerador**. Dessa forma, independentemente de constar ou não da CDA o nome do sócio alvo do redirecionamento da execução, é lícita a inclusão dele no pólo passivo da ação executiva. 3. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no Ag 1.105.993/RJ, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 18/08/2009, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/09/2009).

O fundamento de tal tese é o de que o sócio-gerente da época do fato gerador da obrigação tributária concorreu para a realidade da empresa que levou à dissolução irregular. Desconsidera-se, pois, o fato de o sócio ter se retirado do quadro da pessoa jurídica e de não ter a dissolvido irregularmente. Desse modo, são evitadas eventuais fraudes verificadas quando há o desligamento de certo sócio com o intuito de não ser pessoalmente responsabilizado.

É de se perceber, porém, que autorizar o redirecionamento do feito executivo para a pessoa do sócio-gerente da época do fato gerador da dívida significa desconsiderar o verdadeiro motivo para a responsabilização do terceiro, qual seja a dissolução irregular, que ocorre em infringência à lei (art. 135, III, CTN). Significa fazer com que a

inadimplência de obrigação tributária gere responsabilização do sócio com poderes de gerência, em desacordo com a Súmula 430 do STJ.

Assim, existem decisões do STJ que condicionam à responsabilização do sócio-gerente ao fato de ele estar presente no momento da dissolução irregular da sociedade. Veja-se^[21]:

PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO QUE, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, DÁ PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL PARA EXCLUIR DO POLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL O SÓCIO QUE HAVIA-SE RETIRADO DA SOCIEDADE. DECISÃO AGRAVADA EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. 1. (...). 2. **O pedido de redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular da sociedade executada, pressupõe a permanência do sócio na administração da empresa no momento da ocorrência dessa dissolução, que é, afinal, o fato que desencadeia a responsabilidade pessoal do administrador** (REsp 100.739/SP, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, DJ de 28.2.2000, p. 32). 3. (...). 4. A Primeira Seção, (...), referendou o posicionamento já reiteradamente adotado pelas Primeira e Segunda Turmas no sentido de que 'a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária dos sócios, prevista no art. 135 do CTN'. (STJ. AgRg no AgRg no REsp 934.252/RJ, Relatora: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 23/06/2009, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/08/2009).

Com tal entendimento, enfatiza-se que o elemento autorizador da responsabilização do sócio-gerente é a dissolução irregular, de modo que “descabe responsabilizar-se pessoalmente sócio que se retirou

regularmente da empresa, que continuou em atividade, mas que só posteriormente veio a extinguir-se de forma irregular”[22].

Tal compreensão, entretanto, pode fazer com que certo sócio administrador que irregularmente dissolveu a empresa seja responsabilizado por dívidas anteriores inclusive à entrada dele no quadro societário da pessoa jurídica. Essa situação não é permitida pelo STJ, conforme se infere do seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE. FATO GERADOR ANTERIOR AO INGRESSO DO SÓCIO NA SOCIEDADE. REDIRECIONAMENTO. INCABIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO. **1. A responsabilidade do sócio, que autoriza o redirecionamento da execução fiscal, ante a dissolução irregular da empresa, não alcança os créditos tributários cujos fatos geradores precedem o seu ingresso na sociedade, como é próprio da responsabilidade meramente objetiva.** Precedentes de ambas as Turmas da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça. 2. Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg no REsp 1.140.372/SP, Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Julgamento: 27/04/2010, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/05/2010).

Diante desse contexto, é evidente a possibilidade de fraudes, vez que, deixando o sócio-gerente a empresa antes da dissolução irregular, sendo substituído por outro, estaria livre da responsabilização pessoal. Esse outro, por sua vez, alegando que entrou no quadro societário da pessoa jurídica devedora após o fato gerador da obrigação tributária, também fugiria da responsabilidade.

Valorizando-se a Súmula 430 do STJ, que indica que o inadimplemento de obrigação tributária não gera por si só

responsabilização do sócio-gerente, a melhor tese é a de que deve ser responsabilizado o sócio com poderes de direção que dissolveu irregularmente a empresa, já que é justamente a dissolução irregular a situação fática (infração à lei, nos termos do artigo 135, III, do CTN) que autoriza o redirecionamento do feito executivo.

É verdade que o sócio da época do fato gerador pode ter contribuído para uma eventual situação de insolvência, porém, não se pode responsabilizá-lo pessoalmente ante a inexistência de nexo de causalidade de sua atuação para com a dissolução irregular. Havendo insolvência, os sócios devem iniciar o procedimento legal adequado e não simplesmente desconsiderá-lo dissolvendo de fato a empresa. Consoante conclui Correia, “não é possível apontar como responsável o sócio que exercia a direção da sociedade em época anterior ao fato que consiste no fundamento da responsabilidade” [23].

Correia, porém, pontua:

“consistindo o fundamento da responsabilidade em inadimplemento doloso, ou havendo o desligamento do sócio gerente antes da dissolução irregular com o intuito de fraudar a satisfação do crédito tributário, permite-se perseguir os bens pessoais do sócio que atua como diretor da sociedade à época do fato gerador. Nesses casos, os fundamentos da responsabilidade seriam outros, que não a dissolução irregular” [24].

Assim, não obstante a referida valorização da Súmula 430 do STJ, faz-se necessário analisar concretamente cada caso. A fim de se evitar fraudes, não deve ser tolerado, por exemplo, o sócio-gerente que saiu da empresa pouco antes da dissolução irregular evidentemente para fugir do pagamento de tributos. Com base no artigo 123 do CTN, se a retirada da sociedade por parte do sócio tiver sido parte de um procedimento fraudulento, tal saída não tem validade contra a Fazenda Pública, não interferindo na responsabilidade tributária dele. É essencial, portanto,

uma análise individualizada do caso pelo magistrado que autoriza o redirecionamento.

3. Inocorrência de ofensa ao princípio do contraditório no redirecionamento da *actio* executiva

Existem doutrinadores que defendem que o redirecionamento do processo de execução fiscal é incompatível com a natureza executiva do feito. Para eles, não deveria ser possível, em tais processos, a apuração da responsabilidade tributária do sócio-gerente. Franco comunga com tal posicionamento:

“De fato, a responsabilidade tributária deriva de ato ilícito praticado pelo sócio-gerente, nos termos do artigo 135 do CTN, ato ilícito que deve ser apurado em processo administrativo no qual a Administração oferecerá obrigatoriamente direito de defesa àquele que acusa de agir em infração de lei, contrato social ou estatuto. Daí se infere que a discussão sobre a atitude do sócio-gerente, se ele agiu dentro ou não da normalidade legal e convencional, não pode ser feita no bojo do processo de execução, que só admite forma mitigada de contraditório” [25].

A ideia de Franco é a de que o redirecionamento da *actio* executiva torna precário o direito de defesa daquele para quem a execução é redirecionada. Essa também é a visão de Souza, para quem a corresponsabilidade tributária não constitui matéria a ser apurada no curso da execução fiscal, mas “em momento anterior, durante o procedimento preparatório do lançamento, e, conseqüentemente, em processo administrativo tributário que garanta o exercício do contraditório ao contribuinte” [26]. De tal modo, para eles, nos termos de Franco, “caso o sócio-gerente da sociedade limitada não seja apresentado como responsável tributário na CDA, só se houver a

substituição desta ou sua emenda para que possa vir a sê-lo; caso contrário, ele será parte ilegítima na demanda executiva”[27].

Marins posiciona-se no mesmo sentido:

“não se pode, após constituído título que não sujeite à dívida o responsável, sem haver prévia apuração de seu débito, cobrá-lo pela dívida. Só pode haver cobrança no caso de existir título que sujeite, tanto o devedor, quanto o responsável, ao processo executivo, sob pena de ineficácia da execução em relação àquele que não figura na CDA como obrigado”[28].

Não obstante tal entendimento, a jurisprudência pátria, acertadamente, vem considerando o redirecionamento inofensivo aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Isso porque o sócio pode exercer seu direito de defesa constitucionalmente garantido através dos embargos à execução, verdadeira ação paralela ao executivo fiscal movida pelo devedor contra a Fazenda Pública na busca pela desconstituição do título do Estado. Observe-se, assim, o seguinte julgado, que autoriza o redirecionamento da execução para sócio-gerente cujo nome não consta na CDA:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. EXECUÇÃO PROMOVIDA APENAS CONTRA A EMPRESA. SÓCIO CUJO NOME NÃO CONSTA DA CDA. (...) A Primeira Seção, no julgamento dos EREsp 702.232/RS, de relatoria do Ministro Castro Meira, assentou entendimento no sentido de que: **(a) se a execução fiscal foi promovida apenas contra a pessoa jurídica e, posteriormente, foi redirecionada contra sócio-gerente cujo nome não consta da Certidão de Dívida Ativa, cabe ao Fisco comprovar que o sócio agiu com excesso de**

poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, nos termos do art. 135 do CTN; (b) se a execução fiscal foi promovida contra a pessoa jurídica e o sócio-gerente, cabe a este o ônus de demonstrar que não incorreu em nenhuma das hipóteses previstas no mencionado art. 135; (c) se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, o ônus da prova também compete ao sócio, em virtude da presunção relativa de liquidez e certeza da referida certidão. 3. Na hipótese em exame, a execução fiscal foi promovida apenas contra a empresa e da Certidão de Dívida Ativa – CDA - não consta o nome dos sócios. Assim, considerando a jurisprudência que se firmou nesta Corte de Justiça, conforme acima delineado, conclui-se que, tendo sido a execução, posteriormente, redirecionada contra sócio cujo nome não consta da Certidão de Dívida Ativa, entende-se que cabe ao Fisco o ônus de provar que o sócio incorreu em alguma das hipóteses previstas no art. 135 do CTN. (...) (STJ, REsp 649.721/RJ, Relatora: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 26/06/2007, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/08/2007).

Franco insiste:

“é absurda a simples alegação admitida como correta pelo STJ, segundo a qual cabe ao sócio-gerente provar, por meio de embargos, que não agiu ilicitamente. Em primeiro lugar, porque não há ato administrativo que sustente presumida responsabilidade do sócio-gerente, se a execução fiscal foi contra ele direcionada, ainda mais se se lembrar que ele sequer figura na CDA. Não há ato administrativo em que possa estribar tal presunção

nem título capaz de legitimar a execução movida contra ele” [29].

É de se perceber que à época do processo administrativo, a execução estava voltada somente em face da empresa. Ao propor a ação, a Fazenda Pública não visualizava qualquer fato capaz de estender a responsabilidade também ao sócio-gerente. A responsabilidade deste somente teve início quando demonstrada a ocorrência de infração à lei, contrato social ou estatuto, incluindo-se, nesse contexto, a dissolução irregular da pessoa jurídica devedora.

Dessa forma, não sendo reconhecido como devedor na época do trâmite do processo administrativo tributário, não existia motivação para o sócio ser chamado para apresentar defesa. Sua responsabilidade apenas foi verificada em sede judicial, quando se deferiu o redirecionamento. O respeito às garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, nesse caso, deve ocorrer durante o próprio processo judicial de cobrança, isto é, no curso da ação de execução fiscal, como dito, através dos embargos.

Frisa-se, nessa situação, que a demonstração acerca da ocorrência de dissolução irregular da empresa ou infração lei, contrato social ou estatuto por parte do sócio-gerente deve ficar a cargo do Fisco. Portanto, é insensato admitir que o processo executivo fiscal deve ser paralisado a fim de que se obtenha administrativamente “título capaz de legitimar a execução”, mesmo provada a existência de alguma das causas autorizadas do redirecionamento e possibilitada a defesa do sócio-gerente via embargos. Se ocorresse, tal paralisação iria de encontro ao princípio constitucional da celeridade processual e dificultaria sobremaneira a atividade fazendária na busca pela satisfação do crédito tributário.

Registra-se que, constando na Certidão de Dívida Ativa (CDA) tanto o nome da pessoa jurídica quanto do sócio-gerente, o ônus da prova se inverte. Isso porque, segundo os artigos 204 do CTN e 3º da lei nº 6830/80, a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, tendo efeito de prova pré-constituída e admitindo prova em contrário a cargo

do responsável. Assim, já figurando na CDA a figura do sócio-gerente como corresponsável tributário, se proposta a execução contra a pessoa jurídica ou contra esta e o sócio-gerente, caberá a este último demonstrar que não existe qualquer das hipóteses autorizativas do art. 135 do CTN.

É ilegítima, assim, a cobrança judicial em face de determinado contribuinte cujo nome consta na CDA sem que tenha existido, administrativamente, apuração do débito e infrações relacionadas, possibilitando-lhe a oportunidade de se defender. Dito de outro modo, não é legal a inclusão do nome do sócio na CDA correspondente a processo administrativo do qual somente a empresa participou. Por outro lado, comprovada a existência de alguma causa que autorize o redirecionamento durante o curso do feito executivo e possibilitada a defesa do sócio-gerente através embargos à execução, não há que se falar em ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

Conclusão

Diante do exposto, oportuno consignar que o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade do seu sócio-gerente. O redirecionamento é medida de responsabilização de terceiros pelos atos por eles realizados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, incluindo-se, nesse contexto, a dissolução irregular da pessoa jurídica executada, consoante demonstrado no segundo capítulo.

A responsabilidade do sócio-gerente é solidária em relação à da pessoa jurídica, devendo esta ser mantida no polo passivo da execução, e que a responsabilização do sócio é direta, sem transposição da personalidade jurídica, e não despreza as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa. Isso porque o executado poderá apresentar embargos à execução, debatendo a matéria e exercendo, pois, seu direito de defesa.

Nos casos de redirecionamento por conta de dissolução irregular, de forma geral, o sócio-gerente a ser incluído no feito executivo é aquele da época da dissolução, sendo esse o evento autorizador do

redirecionamento e em valorização da Súmula 430 do STJ. É necessário, entretanto, que cada caso seja analisado em suas particularidades, a fim de se evitar fraudes: não deve ser tolerado, por exemplo, certo sócio-gerente que deixou o quadro societário da empresa pouco antes da dissolução irregular claramente para fugir da responsabilização pessoal.

Referências

ASSIS, Emanuel Carlos Dantas de. Arts. 134 e 135 do CTN: Responsabilidade Culposa e Dolosa dos Sócios e Administradores de Empresas por Dívidas Tributárias da Pessoa Jurídica. In: **Responsabilidade Tributária**. Coord. Maria Rita Ferragut e Marcos Vinicius Neder. São Paulo: Dialética, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORREIA, Rebecca Pereira Greenhalgh Santos. **Prazo prescricional para o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio gerente por dissolução irregular da sociedade devedora**. 59 f. 2014. TCC (Direito) – Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2014.

FERRAGUT, Maria Rita. Responsabilidade Tributária: Conceitos Fundamentais. In: **Responsabilidade Tributária**. Coord. Maria Rita Ferragut e Marcos Vinicius Neder. São Paulo: Dialética, 2007.

FRANCO, Tiago. Aspectos Processuais da ilegitimidade passiva e da responsabilidade dos sócios-gerentes de sociedades limitadas nas execuções fiscais. **Revista tributária e de finanças públicas**, São Paulo, vol. 90, nº 90, p. 259, jan/fev. 2010.

GONÇALVES, Marco Fratezzi apud MELO FILHO, João Aurino. Modificações no polo passivo da execução fiscal: consequências da falência, da morte, da dissolução irregular da pessoa jurídica e da sucessão empresarial no processo executivo.

In: **Execução Fiscal Aplicada**. Coord. João Aurino de Melo Filho. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Magistrados reunidos aprovam enunciado contra o direito de defesa e o contraditório**. Disponível em: Acesso em: 02 nov. 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. apud MELO FILHO, João Aurino; SANDRI, Marcos Paulo. Legitimidade no processo de execução fiscal: Fazenda Pública exequente e devedor ou responsável executado. In:

Execução Fiscal Aplicada. Coord. João Aurino de Melo Filho. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

MARINS, James. **Direito Processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2002.

RIBERIRO FILHO, Eduardo de Assis. **A responsabilidade tributária do sócio administrador, por uma concepção subjetiva e solidária**. Disponível em: Acesso em: 18 nov. 2017.

SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. **A desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SOUZA, Alexandre Antônio Nogueira de. A vulnerabilidade do contribuinte no redirecionamento das execuções fiscais. **Revista tributária e de finanças públicas**, São Paulo, vol. 19, nº 97, p. 227, mar./abr. 2011.

NOTAS:

[1] FERRAGUT, Maria Rita. Responsabilidade Tributária: Conceitos Fundamentais. In: **Responsabilidade Tributária**. Coord. Maria Rita Ferragut e Marcos Vinicius Neder. São Paulo: Dialética, 2007, p. 11.

[2] FERRAGUT, Maria Rita. Responsabilidade Tributária: Conceitos Fundamentais In: **Responsabilidade Tributária**. Coord.

Maria Rita Ferragut e Marcos Vinicius Neder. São Paulo: Dialética, 2007, p. 22-23.

[3] STF. RE 562.276/PR, Relatora: Ministra ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 03/11/2010, Data de Publicação: DJe 10/02/2011.

[4] SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. **A desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 104.

[5] SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. **A desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 104.

[6] GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Magistrados reunidos aprovam enunciado contra o direito de defesa e o contraditório**. Disponível em: Acesso em: 02 nov. 2017.

[7] GRUPENMACHER, Betina Treiger. Magistrados reunidos aprovam enunciado contra o direito de defesa e o contraditório. **Disponível em: Acesso em: 02 nov. 2017.**

[8] MACHADO, Hugo de Brito. apud MELO FILHO, João Aurino; SANDRI, Marcos Paulo. Legitimidade no processo de execução fiscal: Fazenda Pública exequente e devedor ou responsável executado. In: **Execução Fiscal Aplicada**. Coord. João Aurino de Melo Filho. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 105.

[9] RIBERIRO FILHO, Eduardo de Assis. **A responsabilidade tributária do sócio administrador, por uma concepção subjetiva e solidária**. Disponível em: Acesso em: 18 nov. 2017.

[10] STJ. REsp 86.439/ES, Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data de Julgamento: 10/06/1996, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/1996.

[11] STJ. REsp nº 833.621/RS, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 29/06/2006, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe03/08/2006.

[12] STJ. REsp 724.180/PR, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 05/10/2006, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/11/2006.

[13] ASSIS, Emanuel Carlos Dantas de. Arts. 134 e 135 do CTN: Responsabilidade Culposa e Dolosa dos Sócios e Administradores de Empresas por Dívidas Tributárias da Pessoa Jurídica. In: **Responsabilidade Tributária**. Coord. Maria Rita Ferragut e Marcos Vinicius Neder. São Paulo: Dialética, 2007, p. 155-156.

[14] RIBERIRO FILHO, Eduardo de Assis. **A responsabilidade tributária do sócio administrador, por uma concepção subjetiva e solidária**. Disponível em: Acesso em: 18 nov. 2017.

[15] RIBERIRO FILHO, Eduardo de Assis. **A responsabilidade tributária do sócio administrador, por uma concepção subjetiva e solidária**. Disponível em: Acesso em: 18 nov. 2017.

[16] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 636.

[17] SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. **A desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 106.

[18] GONÇALVES, Marco Fratezzi apud MELO FILHO, João Aurino. Modificações no polo passivo da execução fiscal: consequências da falência, da morte, da dissolução irregular da pessoa jurídica e da sucessão empresarial no processo executivo. In: **Execução Fiscal Aplicada**. Coord. João Aurino de Melo Filho. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 340.

[19] No mesmo sentido: STJ. EREsp 716.412/PR, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 12/09/2007, PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 22/09/2008.

[20] No mesmo sentido: STJ. AgRg no AgREsp 506.531/RJ, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 05/06/2014, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/06/2014.

[21] No mesmo sentido: STJ. EAg 1.105.993/RJ, Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Julgamento: 13/12/2010, PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 01/02/2011; STJ. AgRg no AREsp 262.317/SP, Relatora: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 05/09/2013, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/09/2013.

[22] STJ. REsp 824.503/RS, Relatora: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 10/06/2008, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/08/2008.

[23] CORREIA, Rebecca Pereira Greenhalgh Santos. **Prazo prescricional para o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio gerente por dissolução irregular da sociedade devedora.** 59 f. 2014. TCC (Direito) – Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2014.

[24] CORREIA, Rebecca Pereira Greenhalgh Santos. **Prazo prescricional para o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio gerente por dissolução irregular da sociedade devedora.** 59 f. 2014. TCC (Direito) – Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2014.

[25] FRANCO, Tiago. Aspectos Processuais da ilegitimidade passiva e da responsabilidade dos sócios-gerentes de sociedades limitadas nas execuções fiscais. **Revista tributária e de finanças públicas**, São Paulo, vol. 90, nº 90, p. 255, jan/fev. 2010.

[26] SOUZA, Alexandre Antônio Nogueira de. A vulnerabilidade do contribuinte no redirecionamento das execuções fiscais. **Revista tributária e de finanças públicas**, São Paulo, vol. 19, nº 97, p. 227, mar./abr. 2011.

[27] FRANCO, Tiago. Aspectos Processuais da ilegitimidade passiva e da responsabilidade dos sócios-gerentes de sociedades limitadas nas execuções fiscais. **Revista tributária e de finanças públicas**, São Paulo, vol. 90, nº 90, p. 250, jan/fev. 2010.

[28] MARINS, James. **Direito Processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 576.

[29] FRANCO, Tiago. Aspectos Processuais da ilegitimidade passiva e da responsabilidade dos sócios-gerentes de sociedades limitadas nas execuções fiscais. **Revista tributária e de finanças públicas**, São Paulo, vol. 90, nº 90, p. 259, jan/fev. 2010.

NORMAS JURÍDICAS: PRINCÍPIOS, REGRAS E POSTULADOS

RAFAEL TAWARAYA GUALBERTO DE CARVALHO:

Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo; Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus; Especialista em Direito Constitucional pela Damásio Educacional; Especializando-se em Direito Processual pela PUC-Minas (EAD)

RESUMO: O sistema jurídico é composto por diversas espécies de regras, cada qual com sua função e importância. Existem as normas que permitem que valores sociais adentrem ao sistema, os princípios. Há aquelas que se destinam à aplicação de outras normas, funcionando como meta normas, os postulados. Existem, outrossim, as que se destinam a resolver problemas concretos já previstos pelo legislador, as regras. Entre essas não há hierarquia, mas sim distinção de funções.

PALAVRAS CHAVE: normas jurídicas, princípios, postulados, regras.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. SEÇÃO 1: NORMAS JURÍDICAS CONSTITUCIONAIS. 1.1 Normas Jurídicas Em Geral. 1.2 Dispositivo, Enunciado Normativo e Norma. 1.3 Normas Constitucionais. 1.3.1 Características das Normas Constitucionais. 1.3.2 Conteúdo Material das Normas Constitucionais. 1.4 Normas como Princípios e Regras – Ronald Dworkin e Robert Alexy. 1.5 Normas como Princípios e Regras – Doutrina Brasileira. 1.6 Postulados. SEÇÃO 2: INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. 2.1 Postulados (ou Princípios) de Interpretação das Normas Constitucionais. 2.1.1 Supremacia da Constituição. 2.1.2 Presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público. 2.1.3 Interpretação conforme a Constituição. 2.1.4 Unidade da Constituição. 2.1.5 Razoabilidade ou Proporcionalidade. 2.1.6 Efetividade. 2.2 A importância de estabelecer parâmetros de interpretação das normas. SEÇÃO 3: CONFLITOS DE NORMAS JURÍDICAS: CRITÉRIOS DE RESOLUÇÃO. 3.1 Conflitos entre regras. 3.2 Conflitos entre princípios. 3.3 Conflitos entre regras e princípios. 3.4 Ponderação das regras. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

As normas jurídicas são ferramentas essenciais para todos aqueles que investigam e trabalham com o Direito. O escopo deste trabalho consiste em perquirir como funcionam e como se aplicam as normas jurídicas em geral, com especial atenção às normas constitucionais.

Para cumprir com tal desiderato, buscou-se investigar o que a Doutrina contemporânea entende por norma jurídica.

O primeiro capítulo deste trabalho cinge-se em analisar conceitos doutrinários, partindo de normas jurídicas em geral, o papel da linguagem na construção do Direito, as normas constitucionais, as espécies normativas existentes, tais quais: os princípios, as regras e os postulados.

De há muito a ideia de norma jurídica se amolda no conceito de obrigação imposta por lei, em que se permite, se proíbe ou se determina agir de determinado modo. Contudo, tal estrutura não se encontra em todas as normas jurídicas. Para entender a estrutura subjacente que anima a norma, há de se dissociar o texto da norma. Os textos normativos não são as normas em si. Um artigo da Constituição pode expressar diversos tipos de normas, com diferentes estruturas, abarcando regras e princípios, como por exemplo, o artigo 5º da Constituição. A norma jurídica exsurge da interpretação e construção semântica sobre o texto normativo. Há normas que não seguem o mesmo padrão estrutural e, por conseguinte, o de aplicação. Há as regras que determinam as condutas a ser seguidas; há os princípios que determinam fins e estados ideais a serem buscados pelo intérprete e há os postulados que são normas metódicas, direcionadas à aplicação de outras normas.

Entender esses conceitos é fundamental para entender a aplicação das normas jurídicas, sobretudo as constitucionais, dotando-lhes de efetividade. Como se defende que a norma jurídica é fruto de exegeses, a atividade interpretativa ganha deveras importância, sendo, contudo, balizada por postulados (uma terceira espécie de norma jurídica) que

servem para que o intérprete se valha de métodos objetivos, a fim de construir as normas jurídicas buscando os fins já delimitados no sistema, afastando-se assim possíveis manifestações subjetivas quando da aplicação do Direito. Ressaltar a importância dessas diversas espécies normativas contribui para a aplicação do Direito de modo objetivo, técnico, embora, não neutro, dado que se trata de atividade humana.

Por essas razões defende-se uma distinção terminológica criteriosa do que seja princípio, regra e postulado. Cada espécie normativa há de cumprir a sua função específica, para isso o intérprete há de identificar cada espécie para poder retirar dela o máximo de seu potencial normativo.

O segundo capítulo firma-se naquilo que se convencionou a chamar de princípios de interpretação constitucional, mas que neste trabalho chamamos de postulados de interpretação constitucional, por questão de método.

Sem se apegar ao nome das coisas, mister distinguir sua estrutura e suas características consectárias. Os postulados de interpretação das normas da Constituição são normas metódicas que visam dar ao intérprete supedâneo para a construção da norma por intermédio da exegese. Têm a potencializada importância de balizar os meios de construção da norma, a partir da linguagem nela empregada, e sua colocação dentro do sistema normativo.

Esses postulados, embora focados nas normas constitucionais, irradiam-se por todo o sistema normativo, pois interpretar/aplicar as Leis é direta ou indiretamente concretizar a Constituição. Prova disso, são os postulados da Supremacia da Constituição e o da Interpretação Conforme. Por esses, respectivamente, defende-se que a Constituição é o centro irradiador de valores jurídicos no ordenamento jurídico, com posição de destaque e subordinante em relação a todos os degraus do sistema, e que por sua vez, estes níveis inferiores à Constituição, quando de sua aplicação, devem reverência às normas constitucionais. Percebe-se que se fala de interpretação das normas constitucionais e seus postulados, mas a abrangência de seus conceitos

acaba por irradiar efeitos por todo o sistema jurídico lhe dotando de coesão e coerência.

A importância desses postulados reside, pois, em *amarrar* o sistema normativo e contribuir para que o ato de interpretação/aplicação do Direito seja o mais objetivo, técnico e metódico possível. Assim se evita subjetivismos quando da concretização do texto jurídico em norma jurídica, pois o intérprete está previamente vinculado a um plexo de conceitos (linguagem das normas) e normas (postulados), que lhe balizarão o seu atuar (atividade interpretativa).

Construir o Direito a partir de seus textos normativos é atuar no mundo de modo objetivo, embora não seja um atuar neutro, dado que o Direito é ciência humana com a pretensão de influenciar a realidade, reconhecendo a influência recíproca que une o ser e o dever-ser.

A atividade interpretativa, contudo, não é atividade mecânica, pois haverá casos em que o intérprete haverá de resolver antinomias, ponderar valores contrapostos, afastar a aplicação de uma regra sobre um caso concreto, sem, contudo, lhe declarar a invalidade. Eis os temas debatidos no terceiro capítulo.

Os princípios quando expressam valores diferentes (liberdade x igualdade, segurança pública x liberdade), se colidentes num caso concreto não de ser ponderados, mediante a lei de sopesamento, em que se buscará aplicar cada qual na sua medida máxima, produzindo-se uma regra que será aplicada àquele caso.

Uma regra, quando em conflito com outra, possui critérios de resolução de antinomia já consolidada no sistema, sendo estes o hierárquico, o da especialidade e o do tempo. Eis critérios clássicos, que valem para o conflito de regras diferentes que visem incidir num mesmo caso.

Adiante, investiga-se o conflito entre regras e princípios. É muito comum, sobretudo no direito público, falar que um princípio sempre prevalece sobre uma regra, quando estes conflitam em conteúdo. Entretanto, este trabalho defende o oposto, pois toda a regra já é fruto da

ponderação de princípios colidentes. Em se tratando das regras constitucionais, maior o rigor das regras, pois estas são frutos de ponderações de princípios colidentes operadas pelo Poder Constituinte Originário, logo, se este já ponderou não cabe ao intérprete (re)ponderá-la. Como são as regras as normas que preveem os meios para se atingir os fins delineados pelos princípios, devem elas prevalecer sobre outros princípios aparentemente colidentes com estas, pois a resolução a este conflito já foi previamente delineada no sistema. Com isso, evidencia-se a carga axiológica das regras, e que nesse trabalho convencionou-se chamar de ponderação *nas* regras.

Tudo o que se diz, refere-se às regras não manifestamente inconstitucionais. Defende-se a primazia das regras, sem com isso, defender que estas possam ser rótulo para todo o tipo de conteúdo. O que se visa é dar efetividade às decisões máximas do povo, ínsitas na Constituição, fortalecendo, pois, sua força normativa, contribuindo-se para o concretizar do Estado Democrático de Direito.

Com isso defende-se a especial importância das regras dentro do sistema normativo, pois estas já são o fruto de ponderações de princípios procedidas pelo Poder Competente (Constituinte e os Constituídos). Não se quer dizer que haja hierarquia entre normas. Pelo contrário, todas estão no mesmo patamar hierárquico, contudo, ante a estrutura de cada uma delas (postulados, regras e princípios) todas têm seu modo de aplicação específico, de sorte que, conhecê-los é extrair o máximo da potencialidade de cada norma jurídica.

Ressaltar a importância das regras dentro do sistema jurídico, não significa, rebaixar o juiz, novamente, à condição de mera *boca-da-lei*, conforme o pensamento do século XIX. As regras, assim como os princípios, perseguem valores (elementos axiológicos constantes em todas as normas), mas estabelecendo meios (elementos deontológicos peculiares às regras) já delineados pelo Poder Competente (Constituinte e Constituídos). Logo, se o comando deontológico, em certo caso concreto excepcional, afastar-se do elemento axiológico da regra, esta há de ser afastada, construindo-se uma exceção não prevista no sistema. Tal mister demanda carga argumentativa muito densa, pois há de justificar que a

regra, apesar de válida não se aplica a certo caso concreto, sem contudo deixar de ser válida. Eis o que a doutrina convencionou chamar de ponderação *das* regras.

Logo, estas possuem especial destaque no sistema normativo, mas não são absolutas. Por isso é correto se defender que não há hierarquia entre as espécies normativas e também que a atividade de interpretar as regras não é mecânica, ante a possibilidade de ponderação destas.

Conhecer a estrutura e o modo de aplicação das diferentes espécies normativas contribui para que a atividade de interpretar/aplicar o Direito seja mais objetiva e com isso se concretize um dos pilares máximos do Estado de Direito, a segurança jurídica, sem que com isso, se pretira a eterna busca pela Justiça.

SEÇÃO 1: NORMAS JURÍDICAS CONSTITUCIONAIS

Sabe-se que o Direito se expressa por meio de normas. Estas, na maior ou menor medida determinam comportamentos a ser adotados, atuando no campo do dever-ser.

Falar em normas jurídicas é perquirir os elementos, as peças, do Sistema Jurídico.

Como não cabe às normas definirem-se a si mesmas, mister se investigar o que os juristas dizem ser as normas.

Através de seus textos é que se constrói a realidade normativa do Sistema Jurídico, pois se eles dizem o que são normas e do modo como eles dizem que são algo é aplicado, então: assim o é.

Portanto, investigar os significados que a doutrina dá ao conceito de norma jurídica é peça fundamental para que o estudioso do Direito saiba entender como o Sistema Jurídico funciona.

1.1 Normas Jurídicas Em Geral

O direito é uma ciência integrante das humanidades. Quer-se dizer com isso que não pertence às ciências da natureza, tal qual a física, a química, a biologia.

Dentro das ciências humanas o Direito se destaca das demais ciências sociais, tal qual a Antropologia, a Ciência Política e a Sociologia, pois não visa tão somente descrever fatos. Tem o direito a pretensão de prescrever um dever ser, por meio de normas. Estas não descrevem a realidade, imputam sim um modelo que deve ser seguido.^[1]

Se nas Ciências Naturais vigora a lógica da causalidade ($A + B = C$), no Direito impera a lógica da imputabilidade ($A + B$ deve ser C).

Tal síntese lógica diferencia o Direito de todas as demais ciências, inclusive as humanas, que possuem a pretensão de descrever o mundo. O Direito tem a pretensão de atuar efetivamente no mundo, o que o torna deveras particular.

As normas jurídicas são o objeto dos estudos do Direito, eis legado teórico de Kelsen. Parafraseando Claude Levi Strauss^[2], o homem não vive sem classificar as coisas e, por isso, em muito a ciência se aproxima da *bricolagem*, muitas vezes vamos guardando conceitos em nossa *garagem intelectual* até que um dia os percebemos que somados podemos criar algo de novo, uma nova teoria. Com as normas não poderia deixar de ser diferente.

O conceito de que normas se confundem com regras de conduta, padrões de comportamento socialmente aceitos, por muito tempo predominou.

Contudo, na última metade do século passado, o conceito de norma jurídica sofreu uma reformulação.

Nas próximas linhas desta seção discorre-se sobre as classificações doutrinárias que se dá às normas jurídicas, sobretudo às

normas jurídicas constitucionais, até, por fim, chegar à ideia de que as normas jurídicas se constituem num binômio composto por regras e princípios (eis a teoria dominante).

Após investigar textos de doutrina internacional sobre o tema, investigaremos textos de autores nacionais, a fim de saber o impacto de autores estrangeiros como Ronald Dworkin e Robert Alexy em nosso pensamento jurídico.

Veremos que já existe a superação do conceito de normas, tal qual preconizada por Ronald Dworkin e Robert Alexy, dominante até então, tripartindo a norma jurídica em regras, princípios e postulados.

Pretende-se com isso investigar o significado que a doutrina dá ao que seja norma jurídica, que é fundamental para o estudioso do Direito. Conhecer a ferramenta de trabalho torna-o capaz de melhor perquirir o escopo do Direito e atuar no mundo dos fatos.

Primeiramente, vejamos algumas classificações doutrinárias das normas jurídicas em geral^[3]:

a – *Quanto à hierarquia*: existem as normas constitucionais e as normas infraconstitucionais.

As normas constitucionais são oriundas do poder constituinte originário e decorrentes do poder de reforma; já as normas infraconstitucionais são oriundas do poder político ordinário, o das legislaturas. Aquelas desfrutam de supremacia em face destas.

b – *Quanto à imperatividade*: há normas de ordem pública e há normas de ordem privada.

As normas de ordem privada, são instituídas em razão do interesse particular de seus titulares, permitem o exercício da autonomia da vontade particular, sendo verdadeiras *facultas agendi*, também chamadas de supletivas ou dispositivas. As normas de ordem pública são as instituídas como corolário da supremacia do interesse público e indisponibilidade deste, sendo normas de vinculação obrigatória, não

cabendo faculdades no seu proceder ou não; são ordens, também nominadas de normas cogentes ou mandatórias.

c – Quanto à natureza do comando: há normas preceptivas, normas proibitivas e normas permissivas.

Normas preceptivas contêm comandos prescrevendo determinada ação positiva, determinam um fazer, v.g., voto obrigatório a partir dos 18 anos (art. 14, §1º, I, CF).

Normas proibitivas possuem comandos negativos, vedando condutas, v.g., veda-se que analfabetos sejam sujeitos passivos de votos, sendo inelegíveis (art. 14, §3º, CF).

Normas permissivas contêm direitos e faculdades atribuídos aos particulares ou poderes e competências de agentes políticos, sem a imposição de um dever de atuar, v.g., voto permitido a partir do 16 anos (art. 14, §1º, e, CF), possibilidade de o presidente extinguir cargos públicos, quando vagos (art. 84, VI).

d – Quanto à estrutura do enunciado normativo: podem ser normas de conduta e normas de organização.

As normas de conduta têm por escopo reger, diretamente, as relações sociais e o comportamento das pessoas. Aqui é mais visível a lógica da imputabilidade (*se A então deve ocorrer B*).

As normas de organização são as destinadas a instituir órgãos, atribuir competências e definir procedimentos. *“Tais normas exercem a importante função de definir quem tem legitimidade para criar as normas de conduta e de que forma isso deve ser feito.”*^[4]

As normas jurídicas assim podem ser resumidas:

“Normas jurídicas são, em suma, atos jurídicos emanados do Estado ou por ele reconhecidos, dotados de imperatividade e garantia, que prescrevem condutas e estados ideais ou estruturam

órgãos e funções. São atos de caráter geral, abstrato e obrigatório, destinados a reger a vida coletiva. Se integrarem o documento formal e hierarquicamente superior que é a Constituição, serão normas jurídicas constitucionais.^[5]

Partindo-se de uma definição que apenas categoriza normas em geral, vamos desvencilhar o conceito de norma do conceito de texto.

1.2 Dispositivo, Enunciado Normativo e Norma

É de bom alvitre já firmar que as normas não se confundem com seus textos escritos. Norma e texto são coisas distintas, em que os textos são enunciados normativos. O atuar do intérprete é que transformará um amontoado de palavras em algo vivo, concreto, normativo.

Isso decorre da mudança de pensamento ocorrida no Século XX, acerca do papel do intérprete na construção dos significados dos textos, passou-se a perquirir a interpretação como elemento de construção do direito. O comando frio do texto legal não contém a resolução de todos os problemas, mesmo que pretenda ser genérico e abstrato. Cada caso concreto necessitará da interpretação dos comandos às suas vicissitudes, de modo que interpretar é aplicar o direito. A interpretação deixa de ser elemento que liga o sujeito ao objeto que se pretende investigar e passar a ser o elo de construção das coisas que há no mundo.

Ludwig Wittgenstein^[6] é filósofo que em muito contribuiu para o entendimento de que os indivíduos não estão no mundo para descobrir as coisas que nele habita. Estão no mundo para nele interagir e construir significado às coisas e a si mesmo com a linguagem.

Com o Direito o mesmo se dá. Sendo este um elemento do mundo, não está pronto e acabado para o descobrirmos. Está sim, em

constante construção, por meio da linguagem, da interpretação de seus textos, pela edificação de sentidos a cada novo interpretar.

Eis um exemplo do que se fala: se em uma praia pública em 1900 tivesse uma placa com o seguinte dizer – *proibido usar maiôs* – chegar-se-ia à conclusão de que somente se poderia andar vestido. O mesmo dizer colocado hoje, 2014, às margens da mesma praia levaria à conclusão de que se trata de uma praia de nudismo. Logo, às mesmas palavras empregadas, foram construídos sentidos diversos, por meio da exegese. Dessa feita, vê-se que a norma, o comando normativo, não está nas palavras, mas sim nos sentidos que empregamos a elas. Prova de que texto e norma não se confundem.

Lenio Luiz Streck^[7] bem nos alerta, embora em tom de crítica aos juristas brasileiros, para essa nova concepção filosófica, de que as coisas não estão prontas para serem descobertas pelos sentidos, mas sim que estão em constante construção pelo meio da linguagem :

“Embora tudo isto – e isto vale para o modo-de-fazer Direito em nosso sistema jurídico brasileiro – a mudança de paradigma (da filosofia da consciência para a filosófica da linguagem) não teve a devida recepção no campo da filosofia jurídica e da hermenêutica no cotidiano das práticas judiciais e doutrinárias brasileiras. Os juristas não se deram conta do fato de que “o Direito é Linguagem e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o Direito o é numa linguagem e como linguagem, propõe-se sê-lo numa linguagem (nas significações linguísticas em que se constitui e exprime) e atinge-nos através dessa linguagem, que é.”

Com base na ideia de que norma jurídica é norma interpretada ao caso concreto, Luís Roberto Barroso^[8] descreve alguns conceitos:

“Dispositivo é um fragmento de legislação, uma parcela de um documento normativo. Pode ser o caput de um artigo, um inciso, um parágrafo. Por vezes, um dispositivo trará em si uma norma completa. [...] Há hipóteses, ainda, em que uma norma pode existir sem que haja qualquer dispositivo expresse que a institua. É o caso de diversos princípios constitucionais, como o da razoabilidade e o da proteção da confiança, que não são explicitados no texto da Constituição. Portanto, dispositivo não é o mesmo que norma.”

[...] Enunciado Normativo corresponde a uma proposição jurídica no papel, a uma expressão lingüística, a um discurso prescritivo que se extrai de um ou mais dispositivos. Enunciado normativo é o texto ainda por interpretar.”

[...] Norma é produto a incidência do enunciado normativo sobre os fatos da causa, fruto da interação entre texto e realidade. Da aplicação do enunciado normativo à situação da vida objeto de apreciação é que surge a norma, regra de direito que dará a solução do caso concreto. ... Portanto, enunciado normativo não é o mesmo que norma.”

Vê-se que a interpretação é o elemento construtor das normas. Os sentidos, que são possíveis de extrair dos textos normativos, não estão nestes de per si. Na verdade esses sentidos são a construção decorrente da exegese (linguagem).

Texto e norma são dois elementos distintos de um mesmo fenômeno do mundo (social), o normativo.

É possível extrair várias normas de um mesmo texto. Pode-se mudar os padrões de sentidos empregados às palavras, que podem variar de acordo com o nicho social que o interpreta, por exemplo, o significado da palavra igualdade para o trabalhador possivelmente é mui diferente do atribuído pelo empreendedor. Também pode ocorrer que em contexto diverso (seja no tempo ou no espaço) as mesmas palavras mudem de sentido, conforme o exemplo das vestes nas praias, citado acima.

É possível extrair-se vários padrões normativos de um mesmo texto normativo. Da expressão: *é proibida a tortura como meio de obter confissão* – é possível extrair uma regra de conduta (não torturar), um princípio de ligado a direitos material (intangibilidade do corpo ou, ainda, dignidade da pessoa humana), um princípio ligado a direito processual (vedação da prova ilícita).

Humberto Ávila^[9] é voz a endossar essa corrente de pensamento:

“Texto e norma

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou se sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.

Em alguns casos há normas mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes deem suporte físico.

Em outros casos há dispositivo mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a proteção de Deus? Nenhuma. Então, há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma.

Em outras hipóteses há apenas um dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma. Bom exemplo é o exame do enunciado prescritivo que exige lei para a instituição ou aumento de tributos, a partir do qual pode-se chegar ao princípio da legalidade, ao princípio da tipicidade, à proibição de regulamentos independentes e à proibição de delegação normativa. Outro exemplo ilustrativo é a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto: o Supremo Tribunal Federal, ao proceder ao exame de constitucionalidade das normas, investiga os vários sentidos que compõem o significado de determinado dispositivo, declarando, sem mexer no texto, a inconstitucionalidade daqueles que são incompatíveis com a Constituição Federal. O dispositivo fica mantido, mas as normas construídas a partir dele, e que são incompatíveis com a Constituição Federal, são declaradas nulas. Então há dispositivos a partir dos quais se pode construir mais de uma norma.

Noutros casos há mais de um dispositivo, mas a partir deles só é construída uma norma. Pelo exame dos dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade chega-se ao princípio da segurança jurídica. Dessa forma, pode haver mais de um dispositivo e ser construída uma só norma.

E o que isso quer dizer? Significa que não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma

– isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro.”

Vê-se que a par das classificações doutrinárias das normas jurídicas, há a redefinição do que seja norma jurídica, sendo o produto da interpretação de textos avocados como proposta de solução de um problema concreto. Portanto, todo texto legal (sentido amplo) é um potencial normativo a ser interpretado. Não está acabado, mas está por se completar, mediante a interpretação, o emprego da linguagem na construção de sentidos.

Contudo, não se pode afirmar que os sentidos dos textos somente exsurtem quando o intérprete se propõe a resolver algum caso concreto. Há mínimos semânticos nos textos legais, que são ponto de partida para a construção das normas, por isso é possível classificar as normas em preceptivas, proibitivas, permissivas, ou normas de organização.

Nós, enquanto partícipes de uma comunidade linguística, partilhamos significados comuns da linguagem, pois sabemos de antemão o que significa o termo “é vedado”, ou “é proibido fumar”, ou “ressalvadas ...”, enfim há um mínimo de significado nos textos a ser interpretados, a fim de se buscar o sentido e alcance concreto para a resolução de problemas (jogos de linguagem, conforme Wittgenstein^[10]).

Pode-se dizer então que há um sentido e alcance previamente determinados pelo uso da linguagem, de modo que os textos são significantes já dotados de significados mínimos.

Humberto Ávila^[11] bem ressalta essa peculiaridade dos textos normativos:

“Todavia, a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação. Afirmar que o significado

depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja como uso específico e individual. Isso porque há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. Wittgenstein refere-se a jogos de linguagem: há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação linguística em geral. Heidegger menciona o enquanto hermenêutico: há estruturas de compreensão existentes de antemão ou a priori, que permitem a compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem. Miguel Reale faz uso da condição a priori intersubjetiva: há condições estruturais preexistentes no processo de cognição que fazem com que o sujeito interprete algo anterior que se lhe apresenta para ser interpretado.[...]"

Os textos legais em abstrato continuam a ter sua importância, o ponto central do que se argumenta é que não há confusão entre norma e texto^[12]. Dessa feita, o Direito deixa de ser algo frio e morto em Constituições e Códigos e passa a ser algo vivo, concreto, aplicado aos problemas concretos da vida, documentados nos autos de processos judiciais e administrativos, que envolvem pessoas reais, dores reais, patologias sociais reais.

Por isso, o Direito tem uma grande diferença das demais Ciências Humanas, pois visa atuar no mundo dos fatos de modo concreto, direto e imediato.

Para isso, em muito contribui a ideia de que texto e norma são dois âmbitos diferentes do fenômeno normativo, mas que se complementam, permitindo a construção do sistema normativo.

Entender essa distinção e a importância do papel da linguagem, partindo-se da noção de que o Direito é um fenômeno em

constante construção, é de suma importância para o estudioso do Direito quando começar a perquirir sobre a aplicação dos textos normativos, consubstanciando-os em normas jurídicas.

No Estado de Direito há a submissão de todos às leis e sendo nestas as moradas dos textos normativos, respeitar os conteúdos mínimos e a estrutura de linguagem (se os textos expressam valores a ser buscados ou padrões de condutas a ser adotados) é o primeiro passo para se concretizar a força normativa do sistema jurídico. A importância de investigar o fenômeno normativo liga-se à manutenção do Estado de Direito, em que todos estão submetidos a uma primeira vontade geral a nos guiar constantemente. Eis a ideia central da filosofia contratualista (Thomas Hobbes, John Locke, Jean Jacques Rousseau), todos cedemos nossa liberdade, em troca da paz social, esta consagrada por meio de normas que ao mesmo tempo que tolhe o indivíduo de sua plena liberdade do estado de natureza, os protege com a segurança das leis na vida em sociedade.

Sendo a Constituição o principal diploma jurídico de nossa Sociedade, as normas constitucionais passam a ser o foco das perquirições deste trabalho, pois são nelas que se depositam as esperanças de bem viver em sociedade, pois são nelas que estão os valores mais caros que os indivíduos de uma determinada sociedade partilham – de um modo geral, pois são nelas que estão prescritas as condutas mais essenciais para a busca do bem geral.

1.3 Normas Constitucionais

Sendo a Constituição o centro do ordenamento jurídico, perquirir as suas normas é buscar a raiz de nossa estrutura jurídica.

Investigar como as normas constitucionais são construídas e quais suas estruturas em muito contribui para entender o funcionamento do Direito enquanto um sistema de normas. Estudar a Constituição é ao mesmo tempo estudar todo o ordenamento jurídico. Com as normas constitucionais entendidas como dotadas de força jurídica normativa, não

se pode mais falar que o campo de atuação das leis é um e o da Constituição é outro. Sendo o Direito uno, pois sistema, investigar o seu núcleo é também entender suas periferias, pois estas àquele se subordinam.

Por isso, passa a se investigar o que a doutrina entende por normas constitucionais, sem com isso perder de vista, o que sejam as normas em geral, pois todas as demais normas do sistema existem para complementar as normas da Constituição.

Primeiramente que se diga que entender as normas constitucionais como normas jurídicas é conquista do Século XX.

“Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica.”^[13]

Isso se deu por conta de teorias que pretendiam dotar de força normativa os dizeres da Constituição. Konrad Hesse^[14] é autor com esse intuito. Uma de suas principais obras – *A força normativa da Constituição* – é fruto de aula magna ministrada na Universidade alemã de *Freiburg - RFA*, em que pretendia incutir nas jovens mentes dos alunos, que a nova Lei Fundamental de seu país (*Lei Fundamental de Bonn, 1949*) era dotada de força reconstrutora, a fim de reerguer a Alemanha assolada pela segunda guerra mundial.

O pensamento ocidental era fortemente marcado pelo fato de as normas constitucionais serem meros recados aos legisladores. Ela de per si não gerava direitos imediatos. Tal conceito, contudo, mudou após a segunda guerra mundial, visando dotar o Direito de maior segurança e inserir nos ordenamentos jurídicos valores que tidos por fundamentais, ajudassem a não permitir novamente a barbárie, que o nazismo perpetrou em nome da legalidade estrita.

Superou-se o paradigma da supremacia do parlamento pelo paradigma da supremacia da Constituição. Esta, um documento jurídico, que transforma a vontade política do Poder Constituinte Originário em normas a serem perquiridas, descobertas e aplicadas pelos Poderes

Constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário – na clássica tripartição de Montesquieu).

Em suma histórica, prevaleceu a ideia norte americana de que a Constituição é um documento jurídico e não mera cartilha política, destinada tão somente aos parlamentares[15].

Sendo norma jurídica, gera direitos subjetivos, eis o cerne do atual pensamento em direito constitucional. Estes direitos subjetivos podem ser exigidos se uma ação positiva ou negativa os vier a maculá-los, seja por particulares, seja pelo Estado. Eis o grande passo dado no constitucionalismo após 1945, no mundo ocidental, inclusive no Brasil, ainda que tardiamente (1988).

“Desse reconhecimento de caráter jurídico às normas constitucionais resultam consequências especialmente relevantes:

“a – a Constituição tem aplicabilidade direta e imediata às situações que contempla, inclusive e notadamente as referentes à proteção e promoção dos direitos fundamentais.

b – a Constituição funciona como parâmetro de validade de todas as demais normas jurídicas do sistema, que não deverão ser aplicadas quando forem com ela incompatíveis.

c – os valores e fins previstos na Constituição devem orientar o intérprete e o aplicador do Direito no momento de determinar o sentido e o alcance de todas as normas jurídicas infraconstitucionais, pautando a argumentação jurídica a ser desenvolvida.”[16]

Por isso hoje falamos em eficácia irradiante dos direitos fundamentais e das normas constitucionais como um todo, pois todo o sistema há de ser interpretação à luz das normas constitucionais.

Podemos dizer que a Constituição sendo o centro do sistema fornece energia jurídica a todos os ramos.

Portanto, ter o conhecimento das normas constitucionais, seus modos de aplicação / interpretação é o primeiro passo a concretizar a *vontade da Constituição*, nos dizeres de Konrad Hesse.

1.3.1 Características das Normas Constitucionais

São quatro as principais características das normas constitucionais, segundo Luís Roberto Barroso^[17]:

- a – Posição de supremacia no sistema;
- b – Plasticidade de sua linguagem;
- c – Conteúdo específico;
- d – Dimensão Política.

A *superioridade* é um adágio sobre o qual se funda o constitucionalismo contemporâneo. Há duas ideias centrais: preservação da constituição (Constituição dotada de supremacia é Constituição rígida, cuja reforma demanda algo a mais que o mero procedimento legislativo ordinário); conquista e manutenção da democracia (um golpe de Estado, como em 1933 com Hitler, é facilmente imaginável com Constituições flexíveis, que podem ser modificadas mediante reformas legislativas). Deste axioma da supremacia constitucional exsurge a importância dos sistemas de controle de constitucionalidade^[18].

A *plasticidade* da linguagem das normas constitucionais é nota característica delas, pois figuram inúmeras cláusulas gerais, que tanto servem como 'janelas' de entrada de preceitos éticos e morais predominantes no *ethos* social, como permitem o renovar da Constituição

mediante a mutação constitucional. As cláusulas gerais, “*são categorias normativas pelas quais se transfere para o intérprete, com especial intensidade, parte de criação do Direito, à luz do problema resolvido*”^[19]. São constituídas de conceitos indeterminados, tais quais: interesse público; justa indenização; paz social; ordem pública; bem como princípios jurídicos, tais quais: dignidade da pessoa humana; igualdade; liberdade; moralidade. Contudo, é bom asseverar que não há somente cláusulas gerais na Constituição, existem regras específicas nela consagradas, que já são frutos de análises de princípios jurídicos feitos pelo poder constituinte originário. Adiante o tema será melhor abordado.

O conteúdo das normas constitucionais pode ser agrupado em três grandes nichos: 1 – Normas de Organização (disciplinam a existência e a competência de entidades e órgãos públicos); 2 – Normas declaratórias de direitos (definem os direitos fundamentais em todas as suas dimensões); 3 – Normas de conteúdo programático (determinam fins a serem perseguidos pelo Estado, como o escopo de sua atuação). Os dois primeiros itens são legados da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789, art. 16; já o último é contribuição mui pertinente do constitucionalista português, J.J.G. Canotilho, e sua noção de Constituição Dirigente^[20].

Quanto à *dimensão política*, podemos dizer que a Constituição possui a difícil missão de intermediar duas esferas: a política e a jurídica.

“ ... uma Constituição, rememore-se, faz a travessia entre o fato político e a ordem jurídica, entre o poder constituinte e o poder constituído, estando na interface entre dois mundos diverso, porém intercomunicantes.”^[21]

Portanto, as normas constitucionais se prestam ao mister de preservar o *status quo*, entendendo-se esse, no atual estágio de nossa história, como o regime democrático de direito, intermediando os conflitos políticos, prescrevendo normas de conduta, normas de organização e normas direcionadoras da atuação política dos representantes do povo.

1.3.2 Conteúdo Material das Normas Constitucionais^[22]

Basicamente há três grandes classes de normas constitucionais. A estas se nominam:

- a – normas constitucionais de organização;
- b – normas constitucionais definidoras de direitos;
- c – normas constitucionais programáticas.

As normas constitucionais de *organização* visam estruturar e disciplinar o exercício do poder político.

“i – veiculam decisões políticas fundamentais, como a forma de governo, a forma de Estado e o regime político, a divisão orgânica do poder ou o sistema de governo;

ii – definem as competências dos órgãos constitucionais e das entidades estatais;

iii – criam órgãos públicos, autorizam sua criação, traçam regras à sua composição e ao seu funcionamento; e

iv – estabelecem normas processuais ou procedimentais: de revisão da própria Constituição, de defesa da Constituição, de elaboração legislativa, de fiscalização.”^[23]

As normas constitucionais *definidoras de direitos* são as que geram os chamados direitos subjetivos, investindo o jurisdicionado do poder de exigir do Estado ou de outros particulares prestações positivas ou negativas. Os direitos definidos são conhecidos como fundamentais, os quais a doutrina costuma dividir em: 1º dimensão (ou geração) = direitos individuais e políticos; 2º dimensão (ou geração) = direitos sociais; 3º

dimensão (ou geração) = direitos difusos e coletivos; 4º dimensão (ou geração) = direito à democracia, à informação e ao pluralismo[24].

As normas constitucionais *programáticas* traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação Estatal. Tudo o que a Constituição promete (ideal de vida boa –Lênio Luiz Streck) há de ser cumprido, podendo ser exigido por cada um dos indivíduos que residem (e *mutatis mutandis*, estejam de passagem) na República Federativa do Brasil. Há argumentos tais qual limite do possível ou reserva do possível, que na verdade se prende a questões orçamentárias. Cediço que nem tudo o que na Carta está é possível ser implementado da noite para o dia, contudo, sem cobrança e participação ativa na esfera pública, tais promessas sempre serão somente promessas. Promover acesso à cultura, à educação, à saúde, ao desporto, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tudo custa caro, sendo o orçamento realmente um problema a ser pensado e resolvido em longo prazo, contudo, não se pensa que tais promessas não possam ser exigidas do Estado, uma vez que no fôlego constitucional originário, nos prometemos – ainda que por nossos representantes – um mínimo existencial razoável, que bem pode ser visto no art. 7º, IV, da CF.

Com uma postura mais moderada, assim escreve Luís Roberto Barroso:

“Por sua natureza, não geram para os jurisdicionados a possibilidade de exigir comportamentos comissivos, mas investem-nos na faculdade de demandar dor órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes traçadas. Vale dizer: não geram direitos subjetivos na sua versão positiva, mas geram-nos em sua feição negativa.”[25]

Contudo, reconhece o autor:

“Modernamente, já se sustenta a operatividade positiva de tais normas, no caso de repercutirem

sobre direitos materialmente fundamentais, como por exemplo os que se referem ao mínimo existencial.”[\[26\]](#)

Essas são as normas que comumente a doutrina nomina de materialmente constitucionais.

Ainda no que se relaciona com o tema das normas constitucionais, é mister documentar que há as que não possuem tal conteúdo, conquanto não percam sua característica de normas constitucionais. São as normas formalmente constitucionais. Isso, pois, não tratam de matérias propriamente a ser tratadas em uma Constituição, mas que por opção do poder originário, receberam tratamento diferenciado no sistema, v.g., a proteção à família, a regulamentação da titularidade dos serviços de oficial de registro, a disciplina do Colégio D. Pedro II, no Rio de Janeiro, etc. Pela inclusão de alguns desses temas, há na doutrina críticas sobre a excessiva composição analítica de nossa Constituição Federal. Contudo, isso é outro assunto.

As normas constitucionais possuem diversas classificações, que variará de acordo com o método selecionado, por isso muitos autores classificam-nas de diversos modos.

Este trabalho não tem a pretensão de investigar as normas constitucionais sob o aspecto da sua eficácia (eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada, conforme José Afonso da Silva[\[27\]](#)).

Visa sim investigar a estrutura dessas normas e o modo de sua aplicação. Portanto, preocupa-se mais com a efetividade da Constituição do que com a eficácia jurídica.

Para isso, há de se ter em mente que as normas da Constituição, com suas características e conteúdos se nos amostram mediante duas[\[28\]](#) estruturas básicas, os princípios e as regras, que se diferenciam não só pela sua estrutura, mas pelo modo de aplicação.

1.4 Normas como Princípios e Regras – Ronald Dworkin e Robert Alexy

Até o presente momento podemos assim resumir o que fora explorado: partindo-se do conceito de que existem diferentes tipos de normas (constitucionais, infraconstitucionais) chega-se ao conceito de que os dizeres da Constituição são normas jurídicas, portanto dotadas de força normativa e aptas a ensejar mudança no mundo dos fatos.

A par de algumas classificações doutrinárias, trabalhamos até agora com o conceito geral de normas (sobretudo as constitucionais).

Após a segunda metade do século XX, filósofos do Direito, como Ronald Dworkin e Robert Alexy, perceberam que as normas jurídicas[29] se apresentam com padrões diferenciados.

Logo, quando se fala em normas, se está a falar de padrões normativos diferentes.

Durante o domínio do pensamento positivista, costumava-se subsumir no conceito de norma um modelo normativo que prescrevia condutas.

Por isso é comum falar que a norma possui a estrutura funcional “se, então”.

Se alguém matar outrem, então será preso.

Notemos que há nesse padrão um prescritivo de conduta: não matar.

Contudo, as normas jurídicas se nos revelam por diferentes padrões, que nem sempre prescrevem um comportamento indesejado e, por conseguinte, a respectiva sanção caso ocorra o comportamento indesejado.

O que dizer dessas construções:

É princípio fundamental da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana; A sociedade tem como fundamento o primado do trabalho; A base econômica da sociedade funda-se na livre concorrência.

Percebe-se que não há padrões de comportamento, há conceitos abertos, plásticos, que demandam esforço argumentativo maior quando de sua concretização enquanto norma.

A essas estruturas nominou-se de princípios jurídicos.

Não que princípios jurídicos dantes não fossem conhecidos, pelo contrário sempre o foram. Contudo, com função diferente no sistema.

Vejamos o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Levando-se em consideração que esta Lei de Introdução é de 1.942, há nela documentada a função a que se resumiam os princípios: mero colmatadores de lacunas.

A influência de Ronald Dworkin e Robert Alexy foi a de superar esse paradigma do positivismo, alçando os princípios jurídicos ao patamar de normas jurídicas. Portanto, aplicáveis a casos concretos, contudo de maneira diferente do que se convencionou chamar de regras jurídicas.

O mais importante é perceber que os princípios jurídicos geram direitos subjetivos, pois são normas jurídicas.

Hoje na doutrina nomeia-se de pós-positivismo a corrente de ideias ainda a se formar, que visa superar os paradigmas positivistas, retomando conceitos axiológicos do jusnaturalismo, sem contudo rejeitar

as conquistas dos pensadores positivistas[30]. Podemos até arriscar a dizer que o pensamento pós-positivista é um pensamento ainda calcado no positivismo – basta olhar o nome que se deu a essa corrente de ideias, pois não estamos a falar de neojusnaturalismo – contudo, com a pretensão de superar as limitações de suas bases filosóficas.

Embutir valores filosóficos e morais no sistema jurídico, dotando-os de força normativa é grande conquista da democracia, sobretudo se se levar em conta que os regimes totalitaristas (o Nazismo, o Socialismo Soviético e Chinês) impetram barbáries sob o comando frio da lei.

Assim, supera-se a ideia de que o Direito é um sistema fechado, e passa-se a ideia de que o Direito é um sistema aberto, a ser construído e dotado de sentido pelo intérprete.

Ronald Dworkin é autor que se destaca e que influenciou fortemente os doutrinadores nacionais, após a década de 1.990.

Em breve síntese, podemos inferir que buscou superar alguns paradigmas do positivismo, tendo como contraponto a teoria de Hart. *“Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H.L.A.Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário.”*[31]

Uma das ambições teóricas deste autor fora suplantar a identificação do Direito às regras (imperativos de conduta), utilizando o que ele convencionou nominar de casos difíceis para demonstrar como a visão de que o Direito é um sistema de regras é incompleta.

“A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula,

então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Esse tudo ou nada fica mais evidente se examinamos o modo de funcionamento das regras, não do direito, mas em algum empreendimento que elas regem – um jogo, por exemplo. No beisebol, uma regra estipula que, se o bateador errar três bolas, está fora do jogo. Um juiz não pode, de modo coerente, reconhecer que este é um enunciado preciso de uma regra do beisebol e decidir que um bateador que errou três bolas não está eliminado. [...]

[...] Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.[...]

[...] Um princípio como “Nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos” não pretende (nem mesmo) estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas (ainda assim) necessita uma decisão particular. Se um homem recebeu ou está na iminência de receber alguma coisa como resultado direto de um ato ilícito que tenha praticado para obtê-la, então essa é uma razão que o direito levará em consideração ao decidir se ele deve mantê-la[...]

[...] Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se

intercruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.[...]

[...] Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.

As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes [...]. Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior.

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa do gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes [...]. [\[32\]](#)

Vê-se que o sistema jurídico, segundo Ronald Dworkin, possui dois padrões normativos: as regras e os princípios. As regras ou

são aplicadas ou não são aplicadas^[33] (tudo ou nada) a determinado caso concreto, já os princípios possuem dimensões de peso, que demandam concretização diferente em cada caso concreto.

Para o autor os princípios ganham relevância quando os casos a ser decididos não possuem regras previamente definidas. Contudo, refutando a teoria do poder discricionário do juiz (Hart), aduz que mesmo nesses casos o juiz há de perquirir os direitos das partes previamente presentes no sistema. Tais direitos exurgem do exame dos precedentes e na busca dos princípios jurídicos que os animam.

“Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente.”^[34]

Na demonstração de sua tese Ronald Dworkin inventa o juiz Hércules que deve resolver algumas situações consideradas difíceis, dentre as quais os casos em que não há regra precedente a regulamentar a situação. Para isso, propõe o autor que Hércules examine os precedentes a fim de encontrar os princípios que os animam.

“Hércules deve agora desenvolver seu conceito dos princípios que fundamentem o direito costumeiro, atribuindo a cada um dos precedentes relevantes algum esquema de princípios que justifique a decisão contida nesse precedente.”^[35]

Com esses argumentos Ronald Dworkin defende a ideia de que os princípios já estão dispostos no sistema jurídico e que cabe ao intérprete, no caso o juiz, descobri-los e aplicá-los. Dessa feita, não estão fora do sistema jurídico, sendo normas e devendo ser aplicados de acordo com sua dimensão de peso, em relação ao caso concreto.

Convém ressaltar aqui que a argumentação sobre os princípios ganharem importância na ausência de regras, não faz confundir com o acima citado art. 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro.

Ronald Dworkin é autor vinculado ao sistema do *common law* em que há leis, mas os precedentes judiciais são deveras importantes, possuindo força vinculante a casos futuros, cumprindo verdadeira função normativa.

O contraponto de Ronald Dworkin é H.L.A. Hart, que defende que quando não há regra específica, os juízes decidem com base em seu poder discricionário. Dworkin refuta tal ideia, dizendo que nos casos difíceis, como os que não possuem regulação prévia, os juízes buscam argumentos jurídicos nos precedentes, a fim de encontrar os princípios que os embasaram. Logo, não agem a criar novo direito – doutrina do poder discricionário – mas sim encontram normas já existentes e que funcionaram como razão de decidir em outros casos análogos, tais normas são os princípios jurídicos ou como nomina o autor: *argumentos de princípios*.

Com isso, o autor introduz no sistema jurídico do *common law* os princípios jurídicos, a fim de afastar a teoria do poder discricionário do juiz.

Assim, não se há falar em confusão da função de princípios jurídicos para Ronal Dworkin e o que se dispõe no art. 4º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro.

Até, pois, já nos capítulos inaugurais de sua obra ele identifica dois padrões normativos, as regras e os princípios.

Portanto, a função dos princípios não são a de meros colmatadores de lacunas, mas sim de normas jurídicas presentes nos precedentes judiciais.

Tais ressalvas foram feitas apenas para dar ênfase que o autor escreve em sistema jurídico diferente do nosso, o brasileiro, este

fincado nas bases da *civil law*. Embora hoje seja possível defender que esse sistema tem trocado influências com o da *common law*, é imprescindível já estabelecer algumas diferenças a fim de evitar confusões.

Com as devidas adaptações, a ideia central que se defende é que os princípios jurídicos são um padrão de normas jurídicas, que geram direitos, não sendo meros colmatadores de lacuna de lei, esta entendida como que composta somente por regras jurídicas.

Outro autor de grande expressão em nossa doutrina é Robert Alexy, alemão, e, portanto, vinculado ao sistema da *civil law*. Vejamos os principais pontos de sua obra, no que atina ao binômio – princípios e regras.

Sustenta o autor que a diferença entre princípios e regras é qualitativa. Por diferença qualitativa, assim ele define:

“A distinção entre regras e princípios não é nova. [...] Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões dêonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. [...]

[...] O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas

também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma ou é regra ou é princípio.”[\[36\]](#)

Quando se diz que a diferença entre as regras e os princípios é de qualidade, quer-se referir à estrutura da norma, contrapondo-se à generalidade de seus termos, a que nomina o autor de distinção de grau, para diferenciar as espécies normativas.

O autor aduz que as regras são prescritivos de conduta assim como os princípios, mas aquelas, as regras, ou se aplicam ou não – parecido com a ideia de Dworkin do “tudo ou nada” – já os princípios são ponderados no caso concreto, por meio de sopesamentos, devendo ser aplicado na maior medida jurídica e fática possíveis que o caso demandar.

Voltaremos a esse assunto adiante, quando tratarmos de conflitos entre regras e princípios.

O pensamento desses autores é muito influente no Brasil. Foi amplamente aceita essa distinção entre princípios e regras, tanto na jurisprudência, quanto na doutrina nacional.

Vejamos o que nossos autores têm a dizer sobre o assunto.

1.5 Normas como Princípios e Regras – Doutrina Brasileira

Nas linhas acima, visou-se sistematizar conceitos de normas jurídicas constitucionais, a partir do conceito de normas jurídicas.

Após, buscamos na doutrina estrangeira (norte-americana e alemã) o conceito de norma jurídica (constitucional) que as subdivide em regras e princípios.

Como a Constituição tem força normativa, sendo constituída por diversos tipos de normas, a teoria que diferencia princípios e regras é perfeitamente aplicável às normas constitucionais.

Ronald Dworkin e Robert Alexy são dois expoentes dessa diferenciação que foi amplamente aceita em nossa doutrina.

Convém ressaltar que há muito, no Brasil, se atribuiu aos princípios jurídicos a mera função colmatadora de lacunas, mas se lhes relegou a alcunha de norma jurídica. O art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro[37], merece uma releitura, para que esses dispositivos normativos sejam lidos, como apenas uma das possíveis funções dos princípios jurídicos, sobretudo os princípios constitucionais. Ademais, o art. 126, do Código de Processo Civil de 1973[38], ora revogado, traz a ideia de que os princípios eram meras fontes colmatadoras e não normas jurídicas propriamente ditas.

Isso, pois:

“Os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico.[...]”

Foi somente a partir dos escritos seminais de Ronald Dworkin, difundidos no Brasil a partir do final da década de 80 e ao longo da década de 90, que o tema teve um desenvolvimento dogmático mais

apurado. Na sequência histórica, Robert Alexy, ordenou a teoria dos princípios em categorias mais próximas da perspectiva romano-germânica do Direito.”[39]

A redação em dispositivo equivalente no Código de Processo Civil de 2015 foi aprimorada, conforme se verifica no artigo 140[40].

Hoje se pode dizer que princípios são valores positivados em nossa ordem jurídica, sobretudo na Constituição Federal, tais quais: a liberdade, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, o valor social do trabalho, a proteção ao consumidor, a proteção ao meio ambiente, a livre concorrência. Esses valores determinam estados ideais que deve buscar o intérprete da Constituição (a sociedade como um todo, bem como os Poderes Estatais). Logo, são *fontes* das demais normas do sistema, bem como são os *fins* que pautam as condutas materiais que tendem a concretizar os seus *valores*.

Os princípios, portanto, têm sua dimensão axiológica (expressa aquilo que é bom e desejável no conviver social), e têm sua dimensão deontológica (pois determinam indiretamente parâmetros de condutas a ser tomadas – proibitivas, preceptivas e permissivas). Dessa feita, os princípios são *normas plurificazes*, pois *instituem* direitos subjetivos[41], pois atuam na *produção* de outras normas (princípios mais concretos e regras), atuam na *interpretação* de outras normas, atuam quando há *omissão* de regras específicas para um caso concreto – permitindo-se a concretização da regra para o caso –, atuam a fim de dar *coesão* ao ordenamento jurídico.

As regras são condutas descritas como boas, obrigatórias e concretizadoras de certos princípios, pelo Constituinte Originário ou Reformador, bem como pelo Legislador ordinário.

Se os princípios descrevem fins e estados ideais que buscamos, no viver em sociedade, as regras descrevem as condutas necessárias à consecução de tais fins.

Há critérios doutrinários para se estabelecer a distinção entre princípios e regras. Todos podem ser agrupados em três grandes grupos. Leva-se em conta: a) o conteúdo; b) a estrutura normativa; e c) o modo de aplicação.

“Pelo conteúdo, o vocábulo ‘princípio’ identifica as normas que expressam decisões políticas fundamentais – República, Estado democrático de direito, Federação -, valores a serem observados em razão de sua dimensão ética – dignidade da pessoa humana, segurança jurídica, razoabilidade – ou fins públicos a serem realizados -, desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, busca do pleno emprego. [...] As regras jurídicas, ao revés, são comandos objetivos, prescrições que expressam diretamente um preceito, uma proibição ou uma permissão. elas não remetem a valores ou fins públicos porque são a concretização destes, de acordo com a vontade do constituinte ou do legislador, que não transferiram ao intérprete – como no caso dos princípios – a avaliação das condutas aptas a realizá-los.

Com relação à estrutura normativa, os princípios normalmente apontam para estados ideais a serem buscados, sem que o relato da norma descreva de maneira objetiva a conduta a ser seguida. [...] é nota de singularidade dos princípios a indeterminação de sentido a partir de certo ponto, assim como a existência de diferentes meios para a sua realização. Já com as regras se passa de modo diferente: são elas normas descritivas de comportamentos, havendo menor grau de ingerência do intérprete na atribuição de sentidos aos seus termos e na identificação de suas hipóteses de aplicação. Em suma: princípios são normas predominantemente finalísticas, e regras são normas predominantemente descritivas.^[42]”

Continua Luis Roberto Barroso^[43]:

“É, todavia, no modo de aplicação que reside a principal distinção entre regra e princípio. Regras se aplicam na modalidade tudo ou nada: ocorrendo o fato descrito em seu relato ela devera incidir produzindo o efeito previsto. (...) Não há maior margem na elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante subsunção: enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva. Por isso se diz que as regras são mandamentos ou comandos definitivos: uma regra somente deixará de ser aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida. (...) Já os princípios indicam uma direção, um valor, um fim. Ocorre que, em uma ordem jurídica pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles. (...) Como todos esses princípios têm o mesmo valor jurídico, o mesmo status hierárquico, a prevalência de um sobre o outro não pode ser determinada em abstrato; somente à luz dos elementos do caso concreto será possível atribuir maior importância a um do que a outro. Ao contrário das regras, portanto, princípios não são aplicados na modalidade tudo ou nada, mas de acordo com a dimensão de peso que assumem na situação específica. Caberá ao intérprete proceder à ponderação dos princípios e fatos relevante, e não a uma subsunção do fato a uma regra determinada. Por isso se diz que princípios são mandamentos de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos prima

facie – isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível.

(...) O principal valor subjacente às regras é a segurança jurídica. Elas expressam decisões políticas tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, que procederam às valorações e ponderações que consideraram cabíveis, fazendo com que os juízos por eles formulados se materializassem em uma determinação objetiva de conduta. (...) Regras, portanto, tornam o Direito mais objetivo, mais previsível e, conseqüentemente, realizam melhor o valor segurança jurídica.

(...) De fato, são os princípios que dão identidade ideológica e ética ao sistema jurídico, apontando objetivos e caminhos, (...) seu conteúdo, aberto permite a atuação integrativa e construtiva do intérprete, capacitando-o a produzir a melhor solução para o caso concreto, assim realizando o ideal de justiça.

(...) Como o direito gravita em torno desses dois grandes valores – justiça e segurança -, uma ordem jurídica democrática e eficiente deve trazer em si o equilíbrio necessário entre regras e princípios. Um modelo exclusivo de regras supervalorizaria a segurança, impedindo, pela falta de abertura a flexibilidade, a comunicação do ordenamento com a realidade, frustrando, em muitas situações, a realização da justiça. Um modelo exclusivo de princípios aniquilaria a segurança jurídica, pela falta de objetividade e previsibilidade das condutas e, conseqüentemente, de uniformidade nas soluções interpretativas. Como intuitivo, os dois extremos seriam ruins. A advertência é importante porque, no Brasil a trajetória que levou à superação do

positivismo jurídico – para o qual apenas as regras possuiriam status normativo – foi impulsionada por alguns exageros principalistas, na doutrina e na jurisprudência.

(...) as regras são descritivas de condutas, ao passo que princípios são valorativos (...).

Essa função diferenciada de princípios e regras tem importante repercussão prática, notadamente porque ajuda a demarcar os espaços de competência entre o intérprete constitucional – sobretudo o intérprete judicial – e o legislador. A abertura dos princípios constitucionais permite ao intérprete estendê-los a situações que não foram originariamente previstas, mas que se inserem logicamente no raio de alcance dos mandamentos constitucionais. Porém, onde o constituinte tenha reservado a atuação para o legislador ordinário não será legítimo pretender, por via de interpretação constitucional, subtrair do órgão de representação popular as decisões que irão realizar os fins constitucionais, aniquilando o espaço de deliberação democrática. É preciso distinguir, portanto, o que seja abertura constitucional do que seja silêncio eloquente.”

Humberto Ávila^[44], embora crítico de alguns pontos da doutrina esposada neste tomo, assim trabalha com os dois conceitos:

“A essa altura, pode-se concluir, apresentando um conceito de regras e um conceito de princípios.

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre tratada

na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessárias à sua promoção. [...] O fim não precisa, necessariamente, representar um ponto final qualquer (Endzustand), mas apenas um conteúdo desejado. Daí se dizer que o fim estabelece um estado ideal de coisas a ser atingido, como forma geral para enquadrar os vários conteúdos de um fim. A instituição do fim é ponto de partida para a procura de meios. Os meios podem ser definidos como condições (objetos, situações) que causam a promoção gradual do conteúdo do fim. Por isso a ideia de que os meios e os fins são conceitos correlatos.”

Vejamos que os autores Luís Roberto Barroso e Humberto Ávila não prescrevem hierarquia entre princípios e regras, apenas relatam que são espécies de normas jurídicas.

Os princípios indicam valores e fins buscados pelo Estado e dotados de força normativa. As regras são imperativos de conduta embasadas por princípios jurídicos, que lhas animam.

Miguel Reale^[45], ao reconhecer a força integradora dos princípios, assim já escreveu:

“Na realidade, a função integradora dos princípios gerais é bem mais ampla, tendo razão Simonius quando afirma que o Direito vigente está

impregnado de princípios até as suas últimas ramificações.

A nosso ver, princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática.

Alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de modelos jurídicos, inclusive no plano constitucional, consoante dispõe a nossa Constituição sobre os princípios da isonomia (igualdade de todos perante a lei), de irretroatividade da lei para a proteção dos direitos adquiridos etc.

A maioria dos princípios gerais de direito, porém, não constam de textos legais, mas representam contextos doutrinários ou [...] são modelos doutrinários ou dogmáticos fundamentais.”

Portanto, mesmo os doutrinadores mais tradicionais, como Reale, constataam que os princípios jurídicos são normas de direito com múltiplas funções, o que implicitamente os diferencia das regras jurídicas.

Com uma visão diferenciada, pois não conforma os princípios a normas jurídicas, Celso Antônio Bandeira de Mello^[46] assim define princípio:

“Cumpre, pois, inicialmente, indicar, em que sentido estamos a tomar o termo princípio, tal como vimos fazendo desde 1971, quando pela primeira vez enunciamos a aceção que lhe estávamos a atribuir. À época dissemos: “Princípio é, pois, por definição,

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.” Eis porque: “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, por que representa a insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.

Percebe-se que para este autor, os princípios são mais que normas, que estas são as regras.

Não se concorda neste trabalho com essa definição. Mais adiante será melhor detalhado os fundamentos dessa discordância. Por hora, convém dizer que se é verdade que princípios animam a produção de outras normas jurídicas (princípios mais específicos ou regras jurídicas), nem por isso os princípios deixam de ser normas jurídicas.

Os princípios jurídicos são normas com diversas funções, como influenciar a produção de outras normas, garantir direitos subjetivos, auxiliar na interpretação de outras normas mais concretas (princípios mais específicos e regras jurídicas decorrentes de um princípio). Podem os princípios ser expressos no sistema ou mesmo implícitos.

Ao se dispor ou se deixar implícito que um princípio *P* pertence a um sistema positivo de normas, apenas se documenta a sua existência. Não foi somente com a sua inscrição em texto normativo que passou a ser norma. Eis o legado do pós-positivismo,

conforme Ronald Dworkin. Existem, pois, normas que não estão escritas, o que comprova a dissociação entre texto e norma.

Por isso não se precisaria escrever o princípio da igualdade no caput do art. 5^a da Constituição Federal de 1988. Ele mesmo assim existiria, como norma de *per se* e animando a produção de outras normas, seja em formato de regras ou de outros princípios.

Por exemplo: como regra o princípio da igualdade pode se expressar da seguinte maneira – *todos aqueles que ganham grandes fortunas, conforme definido em Lei Complementar, não de pagar imposto referente às suas grandes fortunas* –, como princípio mais específico a um ramo do Direito, a igualdade também pode se apresentar no seguinte enunciado – *a tributação obedecerá o princípio da capacidade contributiva*.

O fato de ser o fundamento donde se irradiam a produção legislativa, ou mesmo a produção das normas de Direito Constitucional emanadas do Poder Constituinte Originário, não retira dos princípios o seu caráter normativo. Com isso se concorda com a posição de Miguel Reale, os princípios têm múltiplas funções.

Ainda que fossemos um governo de leis não escritas, nos pautaríamos em princípios para conduzir nossas decisões, tendo, pois estes o caráter normativo. Mesmo que não houvesse lei proibindo o homicídio, ainda assim não poderíamos matar outrem, seja pelo princípio de respeitar ao próximo, seja pelo princípio de não prejudicar a ninguém (*neminem laedere*).

Lógico, contudo, que governar sem nenhuma norma escrita não é o ideal num Estado Democrático de Direito, que pressupõe a segurança jurídica. Por isso, as regras são tão importantes, a par dos princípios.

Ao final do trabalho explora-se melhor esse tema da importância de princípios e de regras num sistema jurídico, quando se abordar o conflito entre essas duas espécies normativas.

Em suma, infere-se que por forte influência de doutrinadores estrangeiros como Ronald Dworkin e Robert Alexy, a que dedicamos sub itens próprios de estudo, hoje, no Direito Brasileiro, a doutrina majoritária defende que tanto os princípios como as regras são binômio do conceito de norma jurídica. Tratando-se de binômio, não há hierarquia entre eles, pois cada um deles compõe-se de estrutura própria e finalidades específicas, igualmente importantes.

Ressalva-se a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, pois denota que os princípios irradiam seus conteúdos (valores) na produção das regras. Os princípios, de fato, tanto influenciam na produção de outras regras, como na aplicação destas, embora não seja somente essa a sua função e, por isso, os princípios não se tornam normas mais elevadas que as regras.

Portanto, os princípios constitucionais assim como as regras constitucionais, possuem carga normativa, sendo exigíveis seja do Estado, seja de particulares, dado que aplicados diretamente nas esferas subjetivas dos sujeitos de direito. Eis uma grande conquista do constitucionalismo contemporâneo.

O meio como se aplicam é que diferem as regras dos princípios, pois, por possuírem estruturas diferentes, possuem aplicação diferente.

Nesse trabalho, adota-se a teoria de que as regras se aplicam no modo tudo ou nada (com algumas ressalvas doravante explicadas), conforme Ronald Dworkin, e os princípios são mandamentos de otimização, pois devem ser modulados de acordo com as condições fáticas e jurídicas do caso concreto, pois possuem dimensão de peso, conforme Robert Alexy e Ronald Dworkin. Ademais, os princípios também influenciam a produção normativa de outros princípios mais específicos e regras jurídicas, conforme aduz Miguel Reale e Celso Antônio Bandeira de Mello.

1.6 Postulados

Vimos que o conceito de normas abarca tanto regras como princípios. As regras definem condutas a ser seguidas e os princípios definem fins a ser atingidos.

Contudo, há normas que, apesar de denominarmos de princípios, como, por exemplo, o princípio da proporcionalidade, é importante darmos tratamento diferenciado, pois nem se enquadram no conceito de princípios, nem no conceito de regras, conforme delineado pela doutrina, embasada pelos escritos de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Humberto Ávila nomeou essas outras normas – metanormas ou normas de segundo grau – de postulados.

Subdivide-os em *postulados hermenêuticos* e *postulados normativos aplicativos*.

Os *postulados hermenêuticos* visam dar coesão ao sistema jurídico. Figuram dentre eles os postulados da unidade, da coerência interna do sistema e da hierarquia. Tudo isso, visando à necessária compreensão interna e abstrata do ordenamento.

Esses postulados orientam o intérprete na busca de influências recíprocas entre as normas (princípios e regras) a fim de na resolução de problemas dotar a fundamentação de consistência, de modo que as normas mais específicas estejam alinhadas com as normas mais gerais.

Exemplo: ao fundamentar a cobrança de certo tributo por determinado ente público, há de se investigar a Constituição, que prevê que somente lei obriga ou deixa de obrigar (princípio geral da legalidade), ademais prevê que somente lei em sentido estrito, em regra, pode criar tributos (princípios da legalidade estrita no Direito Tributário), outrossim, prevê que para se criar tributos há de se observar duas anterioridades, em regra, a geral (exercício financeiro) e a nonagesimal (restrição de eficácia da lei tributária por 90 dias a contar da publicação). Todos esses

desdobramentos da legalidade têm como pano de fundo a segurança jurídica, também princípio constitucional.

Vê-se que os princípios mais gerais se unem aos mais específicos, de modo que para se dizer se uma lei que institui uma exação é constitucional ou não, há de se perquirir os princípios mais genéricos aos mais específicos, até às regras que determinam prazos para a eficácia da lei e, por fim, chegar-se à lei que instituiu o tributo, a fim de verificar se é ou não constitucional. Com isso se comunicaram dois princípios, o da legalidade e o da segurança jurídica, conjuminando-os com regras e princípios mais específicos dentro da matéria tributária, visando-se dar coerência, respeitada a hierarquia do sistema.

Como base está o postulado da coerência e o da hierarquia como postulados hermenêuticos, que guiaram o intérprete na construção desses argumentos.

Com isso demonstra-se que existem critérios para interpretação de normas jurídicas.

Vimos os postulados hermenêuticos que servem para se entender o sistema jurídico em abstrato.

Há também os *postulados normativos aplicativos*, delineados por Humberto Ávila, que auxiliam, sobretudo, na resolução de problemas concretos quando da aplicação de diferentes normas jurídicas (princípios e regras).

Esses, portanto, são metacritérios que direcionam o intérprete na aplicação concreta de outras normas.

Mais que dar consistência às argumentações jurídicas, eles, os postulados normativos aplicativos, configuram-se métodos de aplicação das outras normas.

Conforme o referido autor [\[47\]](#):

“Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem

critérios de aplicação de outras normas situadas no plano objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. [...] Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas. Não se identificam, porém com as outras normas que também influenciam outras, como é o caso dos sobreprincípios do Estado de Direito ou da segurança jurídica. Os sobreprincípios situam-se no nível das normas de aplicação. Atuam sobre outras, mas no âmbito semântico ou axiológico e não no âmbito metódico, como ocorre com os postulados. Isso explica a diferença entre sobrenormas (normas semântica e axiologicamente sobrejacentes, situadas no nível do objeto de aplicação) e metanormas (normas metodicamente sobrejacentes, situadas no metanível aplicativo).

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer do modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível,

orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.

[...] os postulados não são regras: eles não descrevem um comportamento (nem reservam poder, instituem procedimento ou estabelecem definições), não são cumpridos de modo integral e, muito menos, podem ser excluídos do ordenamento jurídico. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, em tudo e por tudo exigindo uma aplicação mais complexa que uma operação inicial ou final de subsunção. [...] os postulados não são princípios: eles não estabelecem um dever-ser ideal, não são cumpridos de maneira gradual e, muito menos, possuem peso móvel e circunstancial. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, com aplicação estruturante e constante relativamente a outras variáveis.

Seja qual for a denominação referida, os postulados funcionam de forma diferente relativamente a outras normas do ordenamento jurídico. [...]"

Continua o referido autor [\[48\]](#):

"[...] O qualificativo de normas de segundo grau, porém, não deve levar à conclusão de que os postulados normativos funcionam como qualquer norma que fundamenta a aplicação de outras normas, a exemplo do que ocorre no caso de sobreprincípios como o princípio do Estado de Direito ou do devido processo legal. Isso porque esses sobreprincípios situam-se no próprio nível das normas que estruturam a aplicação de outras. Além disso, os sobreprincípios funcionam como fundamento, formal e material, para a instituição e atribuição de sentido às normas hierarquicamente inferiores, ao passo que os postulados normativos funcionam como estrutura para a aplicação de outras normas.[...]"

Essas considerações levam ao entendimento de que esses deveres merecem uma caracterização à parte e, por consequência, também uma

denominação distinta. Neste trabalho eles são denominados de postulados normativos aplicativos. A denominação é secundária. O decisivo é constatar e fundamentar sua diferente operacionalidade.

[...]

As normas de segundo grau, redefinidas como postulados normativos aplicativos, diferenciam-se das regras e dos princípios quanto ao nível e quanto à função. Enquanto os princípios e as regras são objeto da aplicação, os postulados estabelecem os critérios de aplicação dos princípios e das regras. E enquanto os princípios e as regras servem de comandos para determinar condutas obrigatórias, permitidas e proibidas, ou condutas cuja adoção seja necessária para atingir fins, os postulados servem como parâmetros para a realização das normas.

[...]

Caso seja admitida a distinção forte^[49] entre princípios e regras, a proporcionalidade, por exemplo, também não pode ser considerada uma espécie de princípio, porque não é realizada em vários graus, mas num só (a medida ou é ou não é adequada, necessária ou proporcional), e porque não é o objeto de ponderação, mas o próprio critério dela, sendo inconcebível sua superação em razão de princípios horizontalmente colidentes. Do mesmo modo, não pode ser considerada uma regra, pois não tem uma hipótese e uma consequência a ser implementada no caso de subsunção. Muito menos poderá ser objeto de colisão e de decretação de invalidade. [...]

Por fim, é um problema de justificação, pois, definindo a proporcionalidade como princípio/regra, confunde-se o objeto de aplicação com o critério de aplicação. Para usar uma metáfora: quem define a

proporcionalidade como princípio confunde a balança com os objetos que ela pesa! E, ao fazê-lo, perde de vista a diferença entre o que deve ser realizado (princípios/regra) e o que serve de parâmetro para a realização (postulados).”

Como escreve o autor, não se trata de mera denominação, mas sim de descobrir as funções diferentes daquilo que chamamos de princípios, mas que se comportam de modo diverso, tendo, portanto, natureza diversa.

Ao olharmos o céu, vemos diversos corpos celestes. A grande maioria é de estrelas. Contudo, além da lua, há planetas que refletem a luz do sol e que confundimos com outras estrelas (Vênus ou Estrela D'alva), mas na verdade estamos a falar de outro planeta do sistema solar.

Assim, do conjunto de símbolos que constituem o sistema jurídico e que chamamos de normas, nem todas são princípios ou regras, somente, pois há aqueles que desempenham papéis diferentes. Eis os postulados.

Humberto Ávila elenca como sendo postulados normativos aplicativos: a ponderação, a concordância prática e a vedação do excesso (postulados normativos aplicativos inespecíficos); assim como a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade^[50] (postulados normativos aplicativos específicos).

Para o autor a qualificação entre postulados normativos aplicativos específicos ou inespecíficos opera-se a fim de diferenciar meras ideias gerais, despidas de critérios orientadores da aplicação (os *postulados normativos inespecíficos*), de situações em que há elementos específicos que guiam a orientação normativa entre eles (os *postulados normativos específicos*). Em suma, os primeiros são categorias de pensamento, já os segundo são a aplicação concreta de métodos derivados daquelas categorias de pensamento.

Com isso, verifica-se que existem diferentes figuras normativas no sistema jurídico, além dos princípios e regras há os postulados.

Nem tudo o que nominamos de princípios são de fato princípios, se partirmos das definições consagradas por Ronald Dworkin e Robert Alexy, amplamente aceitas na nossa doutrina.

Por exemplo, a proporcionalidade não indica fins ou valores, ela está mais para a balança utilizada na ponderação do que para os elementos a ser ponderados. Ademais, não se pode dizer que a proporcionalidade tem sua dimensão de peso, nem que se pode aplicá-la na maior medida. O que seria aplicar a proporcionalidade em si mesma na maior medida? Há, deveras, uma inconsistência lógica nessa indagação, muito bem aventada pelo pensador Humberto Ávila. A proporcionalidade em si é um critério para se balancear normas colidentes, como a liberdade x igualdade, informação x privacidade, desenvolvimento nacional x proteção do consumidor e do meio ambiente, etc.

O mesmo se diga em relação ao que chamamos de princípio da vedação do excesso, ou melhor, postulado normativo aplicativo da vedação do excesso. Não se trata de um princípio, pois não há sentido em dizer simplesmente que o Direito tão somente opta pela vedação do excesso. O que isso quer dizer? Nada. Será melhor definirmos a vedação do excesso como postulado normativo aplicativo a resolver conflitos entre escolhas do legislador, por exemplo. Na linha de raciocínio de Humberto Ávila, a vedação do retrocesso impõe que uma norma, se em conflito com outra, não pode esvaziar o núcleo mínimo de proteção dessa outra norma, sobretudo em se tratando de direitos fundamentais.

Exemplo: se se editar uma lei que regule a profissão de fotógrafos *caçadores* de celebridades, não se pode dotá-los de tamanha liberdade e poder a ponto de aniquilar a privacidade das celebridades. Mesmo sendo figuras públicas e tendo uma esfera menos robusta de proteção de sua intimidade (escreve-se em termos gerais, sem se aprofundar na complexidade e riqueza desse assunto), não se pode esvaziar uma tutela mínima de seu direito fundamental à privacidade, de

modo que, não se pode tolerar que haja a invasão do domicílio^[51] dessas celebridades a fim de capturar imagens íntimas dentro de suas residências.

Vê-se que a vedação do excesso sem os elementos a fim de lhe dotar de sentido não diz muita coisa. A partir do exemplo acima, pode-se discutir o que seja excessivo ou não, o que seja razoável e proporcional e não. Contudo, não se pode discutir o que seja excesso em si mesmo, assim como não se pode discutir o que seja proporcionalidade em si mesma.

Para Humberto Ávila^[52] a igualdade é multifacetada, ora podendo se nos amostrar como regra, ora como princípio e ora como postulado normativo aplicativo.

“A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e com postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).”

Contudo, não é escopo deste trabalho esmiuçar as diversas feições de alguns conceitos (igualdade, proporcionalidade, excesso, concordância prática ...). Isso requer monografia própria.

Foca-se no conceito de postulado, pois ele é de grande valia para a seção que se segue.

Nela investigar-se-á quais são os postulados de aplicação/interpretação das normas constitucionais.

SEÇÃO 2: INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Entende-se que as normas não se confundem com os textos, sendo as normas fruto da interpretação do texto normativo, diante de um caso concreto.

Não se ignora que há significados mínimos que são expressos pela linguagem (jogos de linguagem conforme Wittgenstein^[53]), pois são a partir deles que se constrói a norma jurídica, de acordo com o caso concreto.

Entretanto, tal procedimento de construção das normas não é feito de modo arbitrário. Interpretar não significa manifestar opiniões pessoais.

Firme-se, novamente, que não se quer aqui discutir a neutralidade do Direito, acredita-se que por se tratar de ciência humana, não há de ser neutro, contudo, isso não significa que não seja objetivo.

Existem metanormas que dotam o ato de interpretar de objetividade, aqui entendida como racional, plausível e não subjetiva.

2.1 Postulados (ou Princípios) de Interpretação das Normas Constitucionais

O Direito, enquanto sistema objetivo de valores requer uma construção de suas normas por critérios objetivos.

“A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentais, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto.[...]”

[...]

A interpretação constitucional serve-se das categorias da interpretação jurídica em geral, inclusive os elementos gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Todavia, as especificidades das normas constitucionais levaram ao desenvolvimento de um conjunto de princípios específicos de interpretação da Constituição, de natureza instrumental, que funcionam como

premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas da aplicação das normas que vão incidir sobre a relação jurídica de direito material. [...]” [\[54\]](#)

Como o escopo deste trabalho é investigar as normas constitucionais e sua aplicação, eis que exsurge com grande importância os princípios (ou postulados) de interpretação constitucional. Ou adotando a terminologia da seção anterior, os postulados normativos aplicativos de interpretação da Constituição, pois são metacritérios que visam à aplicação de outras normas jurídicas, conforme Humberto Ávila.

Sempre tendo em mente que o importante é o conteúdo das coisas e não seus nomes, de antemão assevera-se que por vezes os textos de referência falarão em princípios de interpretação constitucional, o que neste trabalho se convencionou chamar de postulado normativo aplicativo, conforme seção precedente. Pouco importa, se a linguagem é o veículo das ideias, o relevante é captarmos a estas sem apego excessivo àquela.

Numa brincadeira pueril poderíamos dizer o seguinte: “o fato de colocarmos guaraná na embalagem de soda, não transforma aquele neste”. Com essa convicção seguiremos.

Tanto é verdade o que se quer dizer com essa metáfora que o próprio Humberto Ávila assim escreve: “*Justamente nesse ponto é preciso separar proporcionalidade dos outros postulados ou princípios hermenêuticos. [...]”* [\[55\]](#)

Luís Roberto Barroso tem importante obra [\[56\]](#) sobre a interpretação e aplicação das normas constitucionais.

Este autor elenca alguns princípios instrumentais de interpretação da Constituição (ou postulados normativos aplicativos de interpretação da Constituição), são eles: princípios da supremacia da Constituição, princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público, princípio da interpretação conforme a Constituição, princípio da unidade da Constituição, princípio da razoabilidade ou proporcionalidade e princípios da efetividade.

“O emprego do termo princípio, nesse contexto, prende-se à proeminência e à precedência desses mandamentos dirigidos ao intérprete, e não propriamente ao seu conteúdo, à sua estrutura ou à sua aplicação mediante ponderação. Os princípios instrumentais de interpretação constitucional[57]constituem premissas conceituais, metológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta.”[58]

2.1.1 Supremacia da Constituição

Pela Supremacia da Constituição entende-se que as normas constitucionais estão acima de todas as demais no sistema jurídico, seja por questão formal, seja por questão material.

Por questão formal entende-se que a Supremacia da Constituição decorre do fato de suas normas se originarem do Poder Constituinte Originário (a princípio) e do Poder Reformador (por expressa autorização do Poder Originário).

Por questão material entende-se que a Supremacia da Constituição decorre do fato de que à Constituição que o povo credita os valores considerados por fundamentais da ordem sócio-jurídico-política. É na Constituição que estão valores dos mais elevados em nossa sociedade (delineados em forma de princípios e regras), tais quais a dignidade da pessoa humana, a vedação do tratamento degradante, a vedação da tortura, a instituição e separação dos poderes estatais, sob a concepção de que o poder se concentrado gera a tirania, etc.

“Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental [...]”[59]

[...]

Sistematizando, então, as ideias pertinentes, vai-se ver que a supremacia da Constituição é tributária da ideia de superioridade do poder constituinte sobre as instituições jurídicas vigentes. [...][\[60\]](#)

[...]

O princípio não tem um conteúdo próprio: ele apenas impõe a prevalência da norma constitucional, qualquer que seja ela. É por força da supremacia da Constituição que o intérprete pode deixar de aplicar uma norma inconstitucional a um caso concreto que lhe caiba apreciar – controle incidental de constitucionalidade – ou o Supremo Tribunal Federal pode paralisar a eficácia, com caráter erga omnes, de uma norma incompatível com o sistema constitucional (controle principal ou por ação direta).[\[61\]](#)

Inferre-se que por esse princípio (ou postulado) toda interpretação de quaisquer normas decorrentes do poder constituinte originário há de ser harmônica pelas normas emanadas deste.

Isso vale tanto para interpretação de enunciados normativos infraconstitucionais, quanto para a interpretação de enunciados normativos decorrentes do Poder de Reforma previsto na Constituição Federal, art.60.

Portanto, todo o sistema normativo recebe energia jurídica das normas constitucionais, em especial, as normas do Poder Constituinte Originário[\[62\]](#).

A Constituição é o centro normativo do sistema jurídico.

2.1.2 Presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público

Este postulado abarca mais um modo como se interpreta o direito infraconstitucional do que propriamente as normas que exsurgem da Constituição Federal, decorrentes do Poder Originário.

Por esse postulado, os atos do Poder Público gozam de presunção de Constitucionalidade, sejam leis infraconstitucionais, sejam emendas à Constituição.

Como o Poder Judiciário que em nosso sistema controla a constitucionalidade das leis[63] de modo mais proeminente, o postulado da presunção de constitucionalidade é um freio ao seu poder.

“O princípio da presunção de constitucionalidade, portanto, funciona como fator de autolimitação da atuação judicial: um ato normativo somente deverá ser declarado inconstitucional quando a invalidade for patente e não for possível decidir a lide com base em outro fundamento.” [64]

Infere-se, por este postulado, que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou emenda constitucional é ato excepcional, pois se no programa normativo do enunciado da norma, for possível uma interpretação compatível com a Constituição, não se poderá declarar a inconstitucionalidade da lei ou emenda à constituição.

2.1.3 Interpretação conforme a Constituição

A interpretação conforme a constituição além de postulado de interpretação é também uma técnica de controle de constitucionalidade.

“Na interpretação conforme a Constituição, o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações de uma norma legal se revela compatível com a Lei Fundamental. Isso ocorrerá, naturalmente, sempre que um determinado preceito infraconstitucional comportar diversas possibilidades de interpretação, sendo qualquer delas incompatível com a Constituição. Note-se que o texto legal permanece íntegro, mas sua aplicação fica restrita ao sentido declarado pelo tribunal.” [65]

“Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá

buscar aquele que compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que obviamente decorra de seu texto. Como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma, uma ação “corretiva” que importa em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Em qualquer de suas aplicações, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo.”[66]

Importante salientar que a interpretação conforme é aplicável também para normas decorrentes do Poder de Reforma da Constituição. As emendas constitucionais, por encontrarem seu fundamento de validade da Constituição, também são concretizadas mediante a observância deste postulado.

Isso requer uma posição deferente do judiciário, para com os atos dos demais poderes.

2.1.4 Unidade da Constituição

O Direito visto como sistema pressupõe a unidade. Ser uno é ser harmônico. A harmonia decorre da ausência de contradições insuperáveis no seu interior.

Tanto o sistema jurídico como um todo, que tem a Constituição no seu centro irradiador de valores, como dentro do próprio núcleo do sistema, que é a Constituição, impera a unidade.

Se uma norma destoa deveras de outra, ou há de ser eliminada do sistema mediante critérios de resolução de antinomias, em se tratando de regras jurídicas, ou há de ser harmonizada a fim de se construir uma interpretação razoável, a fim de dotar o ordenamento de unidade, coerência e harmonia.

Se uma norma infraconstitucional for antinômica à Constituição deve ter sua eficácia paralisada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante a declaração de inconstitucionalidade.

Se uma norma decorrente do Poder de Reforma da Constituição também assim o for, o mesmo deve ocorrer, devendo o Pretório Excelso agir.

Contudo, se normas decorrentes do Poder Constituinte Originário forem aparentemente antinômicas, deve o intérprete equalizar a aparente antinomia, harmonizando o sistema, mediante construção exegética embasada neste postulado da unidade.

“[...]É que a Carta Fundamental do Estado, sobretudo quando promulgada em via democrática, é produto dialético do confronto de crenças, interesses e aspirações distintos, quando não colidentes. Embora expresse um consenso fundamental quanto a determinados princípios e normas, o fato é que isso não apaga “o pluralismo e antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador”[67]..” [68]

[...]

O fundamento subjacente a toda ideia de unidade hierárquico-normativa da Constituição é o de que as antinomias eventualmente detectadas serão sempre aparentes e, ipso facto, solucionáveis pela busca de um equilíbrio entre as normas, ou pela legítima exclusão da incidência de alguma delas sobre dada hipótese, por haver o constituinte disposto nesse sentido.[...]”[69]

Por força do princípio da unidade, inexistente hierarquia entre normas da Constituição, cabendo ao intérprete a busca da harmonização possível, in concreto, entre comandos que tutelam valores ou interesses que se contraponham. Conceitos como os de ponderação e concordância prática são instrumentos de preservação do princípio da unidade,

também conhecido como princípios da unidade hierárquico-normativa da Constituição.”[\[70\]](#)

Trata-se de postulado de grande valia para a interpretação de qualquer norma, sejam as constitucionais (originárias ou decorrentes de reforma), sejam as infraconstitucionais, pois de acordo com este é possível *amarrar* o sistema normativo, dotando-o de uma só tessitura.

2.1.5 Razoabilidade ou Proporcionalidade

Ao analisarmos o que seriam os postulados normativos aplicativos acabamos explorando um pouco o que a doutrina entender por proporcionalidade e razoabilidade.

Há autores, como Humberto Ávila que diferenciam os dois conceitos. Nesta presente monografia, não se trabalha com essa distinção, empregando-os como sinônimos.

Assevera-se que ambos têm origem em diferentes sistemas jurídicos. O princípio (postulado) da razoabilidade é de origem do sistema norte-americano e decorre da ideia do *substantive due process of law*, que preconiza que os cidadãos, no caso os norte-americanos, têm o direito de serem julgados por um processo equo e por leis justas. O princípio (postulado) da proporcionalidade é originário do sistema alemão e oriundo do Direito Administrativo, tendo por escopo explicar quando o judiciário tem legitimidade para afastar a aplicação de atos do poder público.

Luis Roberto Barroso assim define esses postulados:

“O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento na ideia de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como medida com que uma norma deve ser

interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto.”

Trata-se de ferramenta das mais utilizadas, sobretudo no controle dos atos do poder público.

2.1.6 Efetividade

O postulado da efetividade determina que os preceitos abstratos dos textos vivifiquem na realidade concreta.

Quando se estuda o fenômeno das normas jurídicas é comum falar-se em existência, validade e eficácia.

A efetividade é um *plus*, pois visa dar concretude e não somente a *aptidão* para produzir efeitos (eficácia). Trata-se da transposição do mundo do dever-ser para o mundo do ser.

“[...] Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o

*dever ser normativo e o ser da realidade social..
[...]"[71]*

Pelo postulado da efetividade das normas constitucionais visa-se ultrapassar a tensão entre as promessas da Constituição e as mazelas da vida real. Não se trata somente de um postulado normativo (ou princípio de interpretação), mas de um compromisso de todos os que vivem sob a tutela da Constituição, sobretudo aqueles que possuem o poder de interpretar os enunciados normativos da Constituição.

2.2 A importância de estabelecer parâmetros de interpretação da normas

Dizer que interpretar textos jurídicos é construir normas implica ressaltar a importância do papel do intérprete na construção do Direito.

Se a atividade de interpretar (exegese) não fosse balizada por postulados normativos, portanto, vinculantes, poder-se-ia transformar a interpretação das leis em operação deveras subjetiva. Seria mais um ato de vontade e (abuso de) Poder, do que um ato de Direito, de busca da Justiça.

Como os textos normativos possuem significados mínimos compartilhados por todos aqueles que participam da mesma comunidade linguística, a construção das normas já é tolhida em subjetividades no nascedouro. Afinal, a seguinte regra: *É proibido fumar*, comumente vista em locais públicos fechados, como bares, elevadores, restaurantes, jamais poderia ser interpretada como: *É permitido fumar*. O mínimo semântico da palavra *proibido* de antemão já delimita o sentido da norma.

Contudo, nem tudo o que parece simples na prática assim se aplica.

A referida norma da proibição de fumar em locais públicos, que decorre de Lei, que por sua vez, complementa a Constituição na busca de privilegiar a saúde pública, sobretudo daqueles que não fumam, precisou ser complementada para: *É proibido fumar e portar o cigarro*

acesso. Isso, pois, por puro subjetivismo, alguns a interpretavam no sentido de que portar aceso, porém, não tragar o cigarro, ainda que em elevadores, não era descumprir a regra, afinal, fumar é igual a tragar. Fato um tanto quanto intrigante, dado o escopo da norma originária (*É proibido fumar*).

Para evitar que subjetivismos como o ocorrido com a norma “*É proibido fumar*” ocorram dentro do sistema jurídico, existem parâmetros de interpretação^[72]. Estes são os postulados (ou princípios) constitucionais de interpretação (construção) das normas.

Os postulados referidos na sub seção anterior aplicam-se a normas da Constituição, bem como a normas infraconstitucionais, pois interpretar e aplicar a Constituição é concretizá-la em todos os degraus normativos do Direito. Portanto, a concretização de normas infraconstitucionais, também respeita parâmetros de interpretação de normas constitucionais. Prova disso são os postulados da supremacia da Constituição e o da interpretação conforme, que tem por objeto de aplicação as normas infraconstitucionais.

A observância desses postulados afasta a construção subjetiva de normas jurídicas, decorrentes de interpretações que tendam a desviar a aplicação da norma do seu real sentido e escopo. Não se fala que há sempre de prevalecer a vontade do legislador, mas sim de respeitar os parâmetros mínimos de concretização da norma, a vontade da norma.

Se todos os partícipes de uma comunidade linguística partilham sentidos mínimos em reação à linguagem; se o Direito se expressa por linguagem e por esta é construída; se para tal mister há de se observar postulados normativos que balizam a construção de sentido dos textos normativos; interpretá-los, os textos normativos, é atividade objetiva, que, apesar de não ser neutra, não permite que o intérprete construa o sentido de uma norma, sem que dantes se vincule a esses elementos objetivos que servem de referência e partida para a construção de sentidos (mínimo semântico e postulados de interpretação).

Logo, interpretar o Direito é caminhar por parâmetros já delineados dentro do sistema normativo. Assim, o intérprete antes mesmo de se defrontar com o texto normativo, saberá que há de observar o postulado da Supremacia da Constituição, que esta é una, que as leis são vassalãs à Constituição, que suas normas têm que perfilhar os caminhos da efetividade. Esses postulados normativos permitem que o ato interpretativo seja objetivo, e por isso exsurge a importância destes, pois dão as balizas de construção das normas jurídicas.

Ademais, interpretar o Direito é caminhar pelos mínimos semânticos já contidos na linguagem.

Isso, evita que aberrações como a norma da proibição de fumar em locais fechados tenham que expressamente ser emendadas, a fim de evitar que pessoas mal intencionadas deturpem o seu sentido e queiram portar cigarros acessos em locais fechados e públicos, embora não os traguem.

Interpretar é construir sentido aos textos normativos, respeitados os sentidos mínimos da linguagem e os postulados normativos. Eis a grande importância dos postulados no sistema normativo, pois balizam a conduta do intérprete, tornando o seu atuar pautado por critérios prévios e objetivos.

SEÇÃO 3: CONFLITOS DE NORMAS JURÍDICAS: CRITÉRIOS DE RESOLUÇÃO

Vimos que para interpretar as normas constitucionais, há certos postulados norteadores, que acabam por guiar também todo o ordenamento jurídico, direta ou reflexamente.

Pode-se até argumentar que, hoje, falar em interpretação das normas é falar em interpretação da Constituição, pois em maior ou menor medida a Constituição sempre se faz presente no processo interpretativo, ainda que se trate de regras infraconstitucionais extremamente detalhistas, como por exemplo, o art. 121 do Código Penal. Condenar um assassino por seu crime é concretizar o princípio da

dignidade da pessoa humana e o da igualdade (pois ninguém tem o direito de tirar a vida alheia).

A valorização da Constituição no momento jusfilosófico que vivemos, opera-se mais pela irradiação de suas normas para todo o sistema, do que pela inclusão na Constituição de normas de ramos do direito infraconstitucional, como o direito civil e o direito notarial.

Por isso defende-se que toda a interpretação jurídica, pautada por critérios objetivos, em maior ou menor medida, é sempre uma interpretação à luz dos valores constitucionais. Com isso se dota a Constituição de efetiva força normativa (Konrad Hesse).

Contudo, ao interpretar os textos normativos é possível que haja conflitos entre seus conteúdos de modo que não haja construção exegética que harmonize as disposições.

Como a visão do ordenamento jurídico como um sistema não tolera antinomias há a previsão de critérios de resolução destas.

E na resolução dessas antinomias que mais proeminente se perfaz a distinção criteriosa dos diferentes espécimes normativos (princípios, regras e postulados), cada qual com suas características e função no sistema jurídico.

3.1 Conflitos entre regras

Nesta sub seção trabalha-se o conflito *regras x regras*, em nosso sistema normativo. Sejam as regras constitucionais, sejam as infraconstitucionais.

Como vimos, pelo princípio da unidade da Constituição, não se pode falar em conflito de regras previstas na Constituição Federal, pelo postulado da unidade.

Contudo, tal assertiva merece um esclarecimento.

Pelo artigo 60[73] da Constituição Federal, existem núcleos imutáveis do nosso ordenamento jurídico. Logo, o Poder Reformador possui limitações materiais (cláusulas pétreas), formais (procedimentos, iniciativa) e circunstanciais (estado de defesa, estado de sítio e intervenção federal) quanto ao seu exercício. Fala-se, inclusive, em limitações implícitas, como ser o próprio artigo 60 uma limitação ao Poder Reformador, além de os direitos fundamentais serem também uma cláusula pétrea e não somente os direitos individuais[74].

A par dessas discussões doutrinárias, podemos dizer que o artigo 60 apresenta um núcleo rígido da Constituição, que não pode ser extinto pelo Poder Reformador. Se isso fosse viável[75], estar-se-ia a falar de um golpe de Estado e não de reforma da Constituição.

Recentemente a Constituição de 1988 teve Emenda Constitucional declarada parcialmente inconstitucional, nas ADI's 4357 e 4425. Trata-se da Emenda 62/2009 que instituiu o regime especial de pagamento de precatórios. Argumentos embasados em direitos fundamentais, como a razoável duração do processo, segurança jurídica, igualdade, etc, levaram à conclusão de que a instituição de regime diferenciado de pagamento de precatórios é inconstitucional, com isso o art. 97 do Ato das Disposições Transitórias, bem como alguns dispositivos do art. 100 da Constituição Federal foram declarados inconstitucionais.

Vê-se que se a reforma constitucional for violadora de núcleo rígido da Constituição Federal, não deve permanecer no sistema, sendo declarada a sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, não se pode falar que haja conflito entre regras constitucionais, a não ser que haja regra oriunda do Poder de Reforma que afronte as chamadas cláusulas pétreas, sem que seja possível harmonizá-la com o sistema pelo princípio da interpretação conforme. Se não houver esse conflito insuperável entre regras constitucionais não há antinomia. As aparentes contradições não de ser solucionadas por interpretação.

No plano infraconstitucional é possível que haja a seguinte configuração de antinomias: *regras constitucionais x regras*

infraconstitucionais; ou regras superiores x regras inferiores; regras especiais x regras gerais; e conflito de regras no tempo – anterior x posterior[\[76\]](#).

A primeira hipótese de antinomia entre regras é resolvida *pelo critério da hierarquia*. Por este, a norma superior prevalece sobre a norma inferior.

Sendo o Direito um sistema, existe uma ordem entre suas normas, devendo umas ter precedência sobre as outras. Como a Constituição é o centro normativo de nosso sistema[\[77\]](#), ele deve prevalecer em havendo antinomia com normas inferiores e assim sucessivamente, se houver conflitos entre normas legais e infralegais aquelas prevalecem sobre estas.

“Um dos critérios comumente utilizados para evitar as antinômicas, solucionando o conflito entre normas, é o critério hierárquico: a norma superior prevalece sobre a inferior. Assim, pois, se a Constituição e uma lei ordinária divergirem, é a Constituição que prevalece. Se um decreto regulamentar desvirtuar o sentido da lei, será inválido nesta parte. Se a resolução deixar de observar o teor do regulamento, não poderá prevalecer. E assim por diante.”[\[78\]](#)

Vê-se que em se tratando de conflito entre regras de diferentes hierarquias prevalece o critério hierárquico.

Para o conflito entre regras infraconstitucionais, mas de igual hierarquia há outros critérios de resolução, inclusive positivados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Pelo *critério temporal*, se uma regra infraconstitucional conflitar com outra regra de igual hierarquia, prevalece a posterior[\[79\]](#).

Eis o art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

“Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

[...]”

A Lei Complementar 95/1998 determina que as revogações de lei sejam sempre expressas:

“Art. 9º A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.

[...]”

Logo, verifica-se que está positivado o conceito de que lei posterior revoga a lei anterior, naquilo que for incompatível, ou seja, quando houver antinomia, determinando-se, outrossim, que esta revogação seja expressa.

Existe ainda outro critério de resolução de antinomias, trata-se do *critério da especialidade*. Por este, se uma regra é especial à determinada relação jurídica, deve prevalecer sobre regra mais geral.

Eis o art. 2º, §2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

“Art. 2º [...] § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”

A doutrina conjunina com esse dispositivo:

*“Um segundo critério de que se vale o sistema normativo para selecionar a regra aplicável, em meio a preceitos incompatíveis, é o da especialização. Havendo, em relação a dada matéria, uma regra geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *Lex specialis derogat generalis*.”*[\[80\]](#)

Vê-se que o sistema jurídico contém soluções para antinomias entre regras jurídicas.

Pelos três critérios acima estudados é possível basicamente resolver todas as antinomias entre as regras jurídicas infraconstitucionais, ou destas com as normas constitucionais.

Pela utilização desses critérios, apenas uma das regras que entram em conflito é que será aplicada, ou a hierarquicamente superior, ou a mais específica^[81] dentre elas, ou a mais nova.

Esse é um dos motivos porque se diz que as regras aplicam-se no modo *tudo-ou-nada*, pois quando em antinomia com outras regras, somente uma há de prevalecer.

Em relação às regras constitucionais, há de se investigar se a antinomia decorre do Poder de Reforma, que se existir e sendo insuperável, há de se declarar a inconstitucionalidade da emenda constitucional.

Destarte, pelo princípio da unidade da Constituição, não se é possível falar em regras oriundas do Poder Constituinte Originário que sejam antinômicas. Eventuais contradições são meramente aparentes, devendo ser resolvidos pela interpretação.

3.2 Conflitos entre princípios

Os critérios de resolução de antinomias mencionados na sub seção anterior são eficazes em se tratando de regras. Para os conflitos entre princípios a lógica é outra.

Quando se escreveu sobre diferenças entre princípios e regras falou-se que os conflitos entre os princípios são resolvidos pela ponderação.

É possível que em casos concretos, pessoas litiguem visando tutelar direitos embasados por diferentes princípios. Por exemplo: uma celebridade X, alegando invasão de privacidade de uma empresa Y,

que escreveu e publicou biografia não autorizada daquela, alegando liberdade de expressão. A resolução desse problema passará pela ponderação dos princípios colidentes. Trata-se de técnica de interpretação, em que, de acordo com os elementos do caso concreto, dá-se prevalência a um dos princípios colidentes, sem que se anule por completo o princípio preterido (princípios como mandamentos de otimização – Robert Alexy).

O controle democrático dessa decisão reside na fundamentação jurídica desenvolvida, a fim de evitar decisionismos judiciais (preferências subjetivas do julgador). Tanto mais tendente à universalização^[82] for a argumentação desenvolvida, sempre pautada nos valores objetivos consagrados no texto da Constituição, mais racional será a fundamentação.

Quando o Poder Público visa a concretizar políticas públicas, também se depara com o conflito entre princípios que consagram diferentes estados ideais a ser buscados.

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada após um período de mais de duas décadas de ditadura militar (1964/1988). Pela sua natureza democrática, buscou abarcar todos os anseios da sociedade, tutelando diferentes valores, consubstanciados em diferentes princípios.

Por exemplo, o art. 170 da Constituição Federal elege a princípio da ordem econômica a livre concorrência e a proteção do meio ambiente.

Esses são valores antagônicos, em abstrato, pois se somente a livre concorrência fosse o valor a direcionar a economia nacional, o meio ambiente estaria desprotegido. Contudo, ao se concretizar políticas públicas de proteção do meio ambiente (v.b. por meio de leis e atos administrativos) não se está a anular a livre concorrência, mas apenas a harmonizar esses dois princípios opostos, dando-se prevalência ao princípio da proteção do meio ambiente.

Percebe-se, portanto, que é plenamente possível a convivência de dois princípios opostos no ordenamento jurídico, de modo que aplicar um não afasta a vigência de outro. Por vezes, nem mesmo se

afastará a incidência do outro princípio preterido, tudo dependerá dos fatores envolvidos na resolução de um dado problema concreto. É possível aplicar os dois princípios colidentes, porém um em maior medida. Eis a importância da teoria da ponderação, desenvolvida por Robert Alexy.

Por isso Ronald Dworkin fala que os princípios têm pesos e Robert Alexy aduz que os princípios são mandamentos de otimização. Este autor assim conduz o pensamento:

“A diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e conflito entre regras. [...] E elas^[83] se distinguem pela forma de solução do conflito.

[...]

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.

[...]

*A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma. Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também um possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito. O fundamental é: a decisão é uma decisão sobre validade. [...]*”

[...]

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem [...] um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de

exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto colisão de princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorre, para além dessa dimensão, na dimensão de peso. [...]”[84]

É correto, pois, afirmar-se que um princípio há de prevalecer sobre outro, dadas certas condições, logo, mudadas as condições, a solução para um problema *pode* ser que se opere de modo diferente.

Portanto, não há certezas na seara dos princípios, pois eles se modularão conforme os elementos do caso concreto. Por isso que cada vez mais importante se torna a argumentação jurídica desenvolvida a fim de justificar a aplicação preponderante de determinado princípio jurídico em conflito com outro(s) em certo caso concreto.

“[...] (a) visão do nível dos princípios mostra que nele estão reunidas coisas extremamente diversas. Mas mais importante que a referência a essa diversidade é a constatação acerca da sua indeterminação. No espaçoso mundo dos princípios há lugar para muita coisa. Esse mundo pode ser chamado de um mundo do dever-ser ideal.”[85]

Os princípios jurídicos[86] (que se valem de termos abertos, plurissignificativos) permitem que os diversos valores que animam e povoam a sociedade adentrem ao ordenamento e inclusive lhe conforme.

Esta é justamente a função dessa qualidade de normas jurídicas: tornar o ordenamento jurídico mais adaptável a mudanças da

realidade social. Enrijecer o sistema, a ponto de não se permitir a entrada de certos valores (sociais, filosóficos, políticos, econômicos) consubstanciados em princípios jurídicos, torna-o afastado do mundo dos fatos, o que lhe retira a força normativa.

Mas isso não ocorre sem que haja a colisão entre princípios jurídicos diferentes, pois numa sociedade plural e democrática há valores antagônicos que a animam.

O cerne da questão é perceber que os conflitos entre princípios são inerentes à realidade democrática, plural e aberta a debates.

O sistema jurídico há de prever a resolução para esses tipos de conflitos.

Os métodos tradicionais de resolução de antinomias entre regras (hierarquia, especialidade e posterioridade) não funcionam na resolução de problemas de colisão de princípios jurídicos. Por isso cresce a importância da técnica da ponderação de princípios, de acordo com a colisão ocorrida em dado caso (seja uma lide, seja uma política pública). Até, pois, não há prevalência em abstrato de um princípio em face de outro. Não existem princípios absolutos.

Robert Alexy defende que a ponderação entre princípios colidentes faz-se mediante a *lei do sopesamento*. De acordo com essa:

[...]

(A) Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.

Essa regra expressa uma lei que vale para todos os tipos de sopesamento de princípios e pode ser chamada de lei do sopesamento. Segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância do outro. [...] Ela faz com que fique claro que o peso dos princípios não é determinado em si

mesmo ou de forma absoluta e que só é possível falar em pesos relativos.”[87]

Logo, um conflito entre princípios resolve-se pela ponderação destes, de acordo com o caso concreto (lei de sopesamento). Busca-se não anular a nenhum deles, mas apenas aplicá-los na maior medida possível.

O controle democrático dessas ponderações opera-se pela análise da argumentação jurídica. Maior será a racionalidade da decisão judicial, quanto maior for a possibilidade de aplicá-la a outros casos concretos semelhantes (universalidade).

Com o reconhecimento jurídico de que os princípios são normas e possuem força normativa (aplicáveis em casos concretos), passou-se a perquirir um método que solucionasse a colisão entre esse espécime de normas. Atualmente a ideia da lei do sopesamento mostra-se eficaz, para solucionar a ponderação de princípios jurídicos colidentes.

3.3 Conflitos entre regras e princípios

Um assunto que está a ganhar mais atenção da doutrina é o conflito entre regras e princípios.

Se se entende que princípios e regras são espécimes normativos de igual hierarquia[88], não se pode de antemão falar que os princípios sempre hão de prevalecer sobre as regras, conforme aduz Celso Antonio Bandeira de Mello[89].

Na verdade a lógica é outra.

Ao longo deste trabalho, viu-se que os princípios animam a produção de outras normas (princípios mais específicos e regras de conduta), bem como eles mesmos possuem carga normativa, conforme assevera Miguel Reale[90].

Isso não lhes dota de supremacia absoluta perante o ordenamento jurídico. Denota, sim, a sua grande importância num sistema

jurídico, cujo centro é a Constituição, esta composta por uma gama de valores consubstanciados em diversos princípios jurídicos.

Podemos facilmente indicar alguns princípios jurídicos presentes na Constituição Brasileira, como o da dignidade da pessoa humana, o da separação dos poderes, o da igualdade formal e material, a liberdade, a função social da propriedade, o valor social do trabalho. Todos esses princípios influenciam na produção de outras normas^[91], cumprindo assim uma das funções normativas dos princípios constitucionais.

Vejamos os seguintes enunciados normativos da Constituição Federal de 1988:

“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.”

Podemos dizer que o art. 2º enuncia dois princípios (Separação e Harmonia entre os Poderes) e que o art. 53 enuncia uma regra (inviolabilidade material dos parlamentares decorrente do princípio constante do art. 2º).

O princípio da separação dos Poderes é um fim a que os intérpretes da Constituição devem perseguir, não se estipulam meios concretizadores, mas sim um valor: de que é bom que os poderes não se concentrem nas mãos de uma só esfera de poder, a fim de se evitar a tirania.

A inviolabilidade material de parlamentares pela manifestação de suas ideias é uma regra, pois construída no modo “se, *então*” (se os parlamentares cometerem ilícitos decorrentes de seus dizeres no exercício do mandato, *então* não responderão por eles). É uma garantia maior que a consagrada aos outros brasileiros e, inclusive, estrangeiros aqui residentes, em virtude do *múnus público* desempenhado, pelos congressistas.

A regra da inviolabilidade material dos parlamentares é uma ponderação dos princípios da separação e da harmonia dos poderes feita em abstrato pelo Poder Constituinte Originário. Visa-se dotar o parlamentar de maior liberdade e segurança no exercício do mandato legislativo, do que um civil comum no desempenhar de seus negócios jurídicos em sociedade. Se o parlamentar a toda hora se sentisse tolhido e com medo de responder a um processo (criminal ou cível), por opiniões que profere (em razão do cargo), haveria uma intervenção indevida do Judiciário no Legislativo, pois aquele a toda hora poderia ser convocado a controlar o que um parlamentar pode ou não dizer na tribuna de sua Casa Legislativa. Pode-se argumentar até uma intervenção indevida do Executivo no Legislativo, se aquele constantemente manejasse ações em face de parlamentares da oposição, por estes manifestarem opiniões contundentes contra programas de governo e eventualmente contra outros políticos da base aliada. No final das contas o Judiciário sempre resolveria o que seria a boa ou a má palavra a ser proferida durante o mandato legislativo, o que iria de encontro ao quanto disposto no art. 2º da Constituição Federal.

O Poder Constituinte atento a esse inconveniente institucional, já houve por bem, inicialmente ponderar a relação entre os Poderes (Separação e Harmonia), estabelecendo a garantia de o parlamentar ter a liberdade de expressão potencializada, para bem desempenhar o seu mister institucional. Eventuais abusos dessa prerrogativa devem ser pelos próprios parlamentares corrigidos, por meio do disposto no art. 55, II, da Constituição (perda do cargo por falta de decoro parlamentar).

Portanto, pode-se afirmar que os princípios se desdobram em diferentes regras, sendo de antemão já ponderadas pelo legislador, ou mais, no exemplo dado, pelo Constituinte Originário (em se tratando de regras ínsitas à Constituição).

Vejamos mais um exemplo:

“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 liberdade, [...] nos termos seguintes:

[...]

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

[...]

XLVII - não haverá penas:

[...]

b) de caráter perpétuo;

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

[...]"

A liberdade é princípio que guiou a produção das regras exaradas nos incisos XLIII, XLVII e LVII. Estas já são frutos de ponderações pelo Constituinte, do princípio da liberdade quando em confronto com outros princípios, como os da segurança pública ou da presunção de inocência. Pode-se concluir que: essas regras já são frutos de ponderações feitas em abstrato pelo Constituinte, antecipando-se aos fatos que hodiernamente ocorrem numa sociedade complexa como Brasileira.

Vê-se que as regras, em geral, são ponderações de princípios, procedidas em abstrato, pelo Poder Competente (do Constituinte Originário, do Poder Reformador ou o Legislador Ordinário), em face de situações já de antemão previsíveis de ocorrer.

Então, se houver um conflito aparente entre uma regra jurídica e um princípio jurídico de igual hierarquia e que lhe é oposto em

certos fatos abstratamente considerados, há de se prevalecer a regra, pois está já é fruto da ponderação operada por Poder Competente.

Em se tratando de regras oriundas do Poder Constituinte, sobretudo o Originário, tal conclusão de que as regras prevalecem há de ser observada por todos os Poderes.

Em se tratando de regras produzidas pelo Poder Legislativo e Poder Executivo, no mister de suas competências constitucionais, se não houver manifesta inconstitucionalidade, a conclusão de que as regras prevalecem vale, sobretudo, para o Poder Judiciário^[92].

Em relação aos atos administrativos produzidos pelo Poder Executivo também há de se respeitar a estrita legalidade (art. 37 da Constituição Federal). Se já houver uma regra a ponderar uma preferência do Constituinte ou do Legislador, há de prevalecer a regra e não eventual ponderação procedida no âmbito do Poder Executivo. Salvo se a regra legal for inconstitucional, não se havendo em falar nessa ressalva para as regras oriundas do Poder Constituinte Originário.

Quanto mais específico for o comando normativo exarado pelo Poder Competente, mais vinculado aos seus comandos estarão os demais Poderes que se situem mais próximos da concretização da norma (concretização do texto em realidade).

Portanto, em se tratando de regras decorrentes do Poder Constituinte Originário, todos os Poderes hão de aplicá-las, sob pena de desrespeitar a Constituição, enfraquecendo a força normativa desta e o postulado da sua supremacia.

No plano infraconstitucional, quando houver uma regra específica a regulamentar um fato, ela há de ser aplicada, se não for flagrantemente inconstitucional, observando-se o postulado da interpretação conforme e os princípios da separação e harmonia dos Poderes.

Em se tratando de regras oriundas de Reforma à Constituição, a lógica é a mesma: as regras prevalecem sobre os princípios, se não houver manifesta inconstitucionalidade da reforma.

Não se trata de aplicação mecânica de regras jurídicas, transformando-se o juiz novamente na *boca da lei*. Pelo contrário, todas as normas são decorrentes de interpretação, contudo, não há que se ponderar princípios colidentes, quando o Legislador ou o Poder Constituinte (Originário ou Reformador) já os previram e já os ponderou, por meio de regras gerais e abstratas.

A interpretação das regras cinge-se em visualizar e justificar a hipótese de incidência ao caso concreto, possuindo ônus argumentativo menor que a ponderação de princípios, sobretudo, quando não há regras específicas.

Por isso, se defende que as regras jurídicas, sobretudo as constitucionais, são deveras importantes dentro do sistema normativo, pois já decorrem de ponderações (*lei do sopesamento* – Robert Alexy) de outros princípios, procedidas pelo Poder Constituinte Originário, pelo Poder Reformador ou pelo Poder Competente.

Tal prevalência das regras jurídicas não se trata de hierarquia entre espécies de normas, mas decorre da estrutura lógica de aplicação de cada espécie normativa.

Por isso, que o fato de os *postulados* serem normas que se destinam ao intérprete, quando da concretização de outras normas, não lhes confere status de superioridade em face das demais normas jurídicas (princípios e regras).

O fato de os *princípios* serem normas com alta carga axiológica (ideia de bom, de devido, estado ideal de coisas a ser buscado), sem deixar de serem deônticas (preceptivas, permissivas e proibitivas), não lhes dota de superioridade no sistema.

O mesmo ocorre com as regras. O fato de já serem ponderadas pelo Poder Competente, não lhes dota de superioridade em face de outras normas jurídicas (postulados e princípios).

Todos esses atributos das normas jurídicas são decorrentes de sua própria lógica e estrutura interna, ou seja, da natureza destas.

Não há hierarquia entre normas jurídicas, mas cada uma é aplicada de acordo com a sua função no sistema, havendo prevalência estrutural das normas mais concretas e específicas em face das mais gerais^[93].

Com isso dota-se o sistema jurídico de maior previsibilidade, fortalecendo o Princípio da Segurança Jurídica, que ao lado da ideia filosófica da Justiça, é um dos pilares que sustentam o Estado Democrático de Direito.

Logo, é correto se afirmar que quanto mais específica for uma norma jurídica, mais razões para ser aplicada aos casos que regula, não podendo ser afastada, se houver confronto com outros princípios aparentemente antagônicos. Assim, um princípio mais específico há de prevalecer sobre um mais geral e uma regra há de prevalecer sobre um princípio. Tudo isso se não houver manifesta inconstitucionalidade das normas mais específicas, de acordo com o caso concreto.

Assim, a regra que determina a vedação da pena de morte ou de caráter perpétuo no Brasil, há de prevalecer em face do princípio da segurança, pois este quando em conflito com o princípio da liberdade, já foi ponderado pelo Constituinte Originário, a fim de que vedar a pena de morte e de caráter perpétuo, mesmo daqueles criminosos que são considerados os mais espúrios da sociedade.

A mesma lógica vale quando se desce os pisos hierárquicos do ordenamento jurídico. Se o legislador houve por bem que vedar a antecipação de tutela em face da Fazenda Pública (Lei 9.494/97) não afronta o princípio da inafastabilidade ao Poder Judiciário, é porque já ponderou este princípio constitucional com outros de igual hierarquia que

são os princípios da legalidade orçamentária e o da responsabilidade fiscal. Adiante voltaremos a esse tema, quando falarmos das ponderações das regras.

Por essas razões defende-se uma distinção terminológica criteriosa do que seja princípio, regra e postulado. Cada espécie normativa há de cumprir a sua função específica; para isso o intérprete há de identificar cada espécie para poder retirar dela o máximo de seu potencial normativo.

Humberto Ávila^[94] também escreve nesse sentido, ressaltando a importância das regras jurídicas, quando aventa que diferenciar as espécies normativas (princípios, regras e postulados), não se trata de mera questão de nomenclatura:

“Conexa a essa questão está a concepção doutrinária largamente difundida no sentido de que descumprir um princípio é mais grave que descumprir uma regra. Em geral, o correto é o contrário: descumprir uma regra é mais grave que descumprir um princípio. E isso porque as regras têm uma pretensão de decidibilidade que os princípios não têm: enquanto as regras têm a pretensão de oferecer uma solução provisórias para um conflito de interesses já conhecido ou antecipável pelo Poder Legislativo, os princípios apenas oferecem razões complementares para solucionar um conflito futuramente verificável.

Também relacionado a essa questão está o problema de saber qual norma deve prevalecer se houver conflito entre um princípio e uma regra de mesmo nível hierárquico (regra constitucional versus princípio constitucional). Normalmente, a doutrina, com base naquela já referida concepção tradicional, afirma que deve prevalecer o princípio. Assim, porém, não deve suceder.[...]”

[...]

A esse respeito, convém registrar a importância de rever a concepção largamente difundida na doutrina juspublicista no sentido de que a violação de um princípio seriam muito mais grave do que a transgressão de uma regra, pois implicaria violar a vários comandos e subverter valores fundamentais do sistema jurídico. Essa concepção parte de dois pressupostos: primeiro, de que um princípio vale mais do que uma regra, quando, na verdade, eles possuem diferentes funções e finalidades; segundo, de que a regra não incorpora valores, quando, em verdade, ela os cristaliza. Além disso, a ideia subjacente de reprovabilidade deve ser repensada. Como as regras possuem um caráter descritivo imediato, o conteúdo de seu comando é muito mais inteligível do que o comando dos princípios, cujo caráter imediato é apenas a realização de determinado estado de coisas. Sendo assim, mais reprovável é descumprir aquilo que “se sabia” dever cumprir. Quanto maior for o grau de conhecimento prévio do dever, tanto maior a reprovabilidade da transgressão. De outro turno, é mais reprovável violar a concretização definitiva do valor na regra do que o valor pendente de definição e de complementação de outros, como ocorre no caso dos princípios. [...] Descumprir o que se sabe dever cumprir é mais grave do que descumprir uma norma cujo conteúdo ainda careceria de maior complementação. Ou dito diretamente: descumprir uma regra é mais grave do que descumprir um princípio. No caso das regras, o grau de pretensão de decidibilidade é muito maior do que aquele presente no caso dos princípios, tendo em vista ser a regra uma espécie de proposta de solução para um conflito de interesses conhecido ou antecipável pelo Poder Legislativo.[...]”[95]

Vê-se a importância que possuem as regras no sistema jurídico, se assim o são com as regras produzidas pelo Legislador, maiores os motivos no que atina às regras oriundas do Poder Constituinte Originário.

Humberto Ávila aduz que se houver conflito entre uma norma constitucional e uma infraconstitucional, deve prevalecer aquela, seja qual o espécime normativo de que se trata. Não há novidade nessa assertiva, pois a doutrina assim já escreve desde há muito, conforme se explanou quando se analisou o conflito entre regras e seus critérios de resolução.

Contudo, a inovação por parte desse autor e que se endossa neste trabalho ocorre quando defende que os conflitos entre princípios e regras ínsitos à Constituição Federal, são resolvidos a favor destas.

“Enfim, não é admissível afastar, nem ampliar além do limite semântico intransponível, uma regra constitucional com base num princípio, por ser a regra a própria solução constitucional para determinado conflito de interesses. Ainda mais considerando que a Constituição Federal não tem apenas um princípio que possa afastar ou ampliar uma determinada regra, mas vários princípios, nem todos apontando numa só direção. A interpretação que se centra exclusivamente num princípio desconsidera o ordenamento constitucional como um todo. O mesmo ocorre com interpretações que, a pretexto de preservar valores supostamente prevalentes, terminam por afastar regras constitucionais que concretizam esses mesmos valores.”[\[96\]](#)

Assim conclui o referido autor: “[...] não é permitido a outro Poder rever a “ponderação” realizada pelo próprio Poder Constituinte Originário.”[\[97\]](#)

E continua:

“Essas considerações demonstram, em suma, que as regras não devem ser obedecidas somente por serem regras e serem editadas por uma autoridade. Elas devem ser obedecidas, de um lado, porque sua obediência é moralmente boa e, de outro, porque produz efeitos relativos a valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico, como segurança, paz e igualdade. Ao contrário do que a atual exaltação dos princípios poderia fazer pensar, as regras não são normas de segunda categoria. Bem ao contrário, elas desempenham uma função importantíssima de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de solução de conflitos sociais.”[\[98\]](#)

Podemos fechar o raciocínio com uma questão prática de atual importância e que levantou debates na sociedade brasileira.

Se um parlamentar for condenado, pelo Supremo Tribunal Federal, durante o exercício de seu mandato legislativo, quem deve declarar (ou não) a perda do cargo político? O Supremo Tribunal Federal diretamente, por meio de seu acórdão, ou o Poder Legislativo, por meio de votação interna?

A essa questão se põe dois esclarecimentos, primeiro – para o exercício de cargos políticos o cidadão há de estar em pleno gozo dos direitos políticos, trata-se de condição de elegibilidade (art. 14, §3º, da Constituição Federal); segundo – uma das hipóteses de suspensão dos direitos políticos é a condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os efeitos desta (art. 15, III, da Constituição Federal).

Logo, aquele que foi condenado criminalmente com decisão transitada em julgado, tem por suspenso seus direitos políticos, perdendo, pois condição de elegibilidade.

Causa estranheza falar que aquele que teve seus direitos políticos suspensos exerce cargo político. Logo, há de perder o cargo, por

questão de pura lógica jurídica (se não pode ingressar, não pode permanecer). Mas até para as questões mais óbvias há o intérprete de ser rigoroso ao concretizar as regras já definidas pelo Constituinte.

Há regra originária na Constituição que resolve quem deve deliberar sobre a perda do mandato parlamentar, trata-se do enunciado do art. 55^[99].

Seja qual for o fulcro da suspensão dos direitos políticos, a perda do cargo é resolvida (declarada ou decidida) no âmbito do Poder Legislativo, conforme ponderação dos princípios da separação e harmonia, já procedida pelo Constituinte Originário.

Dos dispositivos constitucionais mencionados, extraem-se algumas ilações.

Primeira, quem não possui capacidade para ser eleito, não deve continuar a exercer cargo político.

Segunda, quem *declara* ou *delibera* a perda do cargo parlamentar é tão somente o Poder Legislativo.

Terceira, a suspensão dos direitos políticos decorrentes de condenação criminal é *deliberada* pelo Legislativo, e nos demais casos de perda ou suspensão dos direitos políticos é *declarada* a perda do cargo por este poder.

Essas são apenas algumas das possíveis conclusões exaradas na estrutura de regras jurídicas.

Todos esses dispositivos mencionados concretizam os princípios da separação e da harmonia entre os poderes, por meio das regras acima enunciadas.

Partindo-se da premissa defendida de que as regras prevalecem quando em conflito com outros princípios de igual hierarquia (normas constitucionais), não pode o Poder Judiciário declarar a perda do

cargo do parlamentar por ele condenado, em face do disposto no art. 55 da Constituição Federal[100].

Ainda que se ache uma afronta à moralidade haver parlamentares condenados a exercer os mandatos, ainda que se queira fazer Justiça e combater a corrupção no país, mesmo assim, a regra da perda do cargo do parlamentar há de ser respeitada. Sobretudo em situações de crise institucional, como ocorre quando um parlamentar é condenado pelo Judiciário.

Nesses momentos de crise que se deve buscar a força normativa da Constituição (Konrad Hesse) e fazer valer as suas regras[101].

“[...] Não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se e situações de emergência, nos tempos de necessidade. [...]”[102]

Seja pela estrutura lógica das espécies normativas, seja pelos postulados da força normativa e supremacia da Constituição, as regras jurídicas previstas nesta, gozam de especial destaque dentro do sistema normativo, pois concretizam valores consubstanciados por meio de normas principiológicas, sendo fruto de ponderação já procedida pelo Constituinte Originário.

Parafraseando o mito de Ulisses e as Sereias, passagem de a Odisséia, se não observarmos as primeiras ordens emanadas pelo Constituinte, correremos o risco de, ao enfraquecer a força normativa da Constituição, subjugar toda nossa nau (a sociedade) às profundezas do mar (regimes de exceção).

De acordo com esse mito, Ulisses, querendo ouvir o canto das sereias, sem com isso legar toda a sua frota à morte, mandou aos seus homens que lhe amarrassem no mastro do navio e tampassem, cada um, os próprios ouvidos com cera, exceto os de Ulisses, que permaneceu destampado, para que assim este pudesse ouvir os cantos dessas

misteriosas criaturas místicas. Ressaltou à frota que jamais descumprissem a primeira ordem.

Thomas Bulfinch narra essa passagem^[103]:

“Circe ajudou nos preparativos para a partida e ensinou aos marinheiros o que deveriam fazer para passar sãos e salvos pela costa da Ilha das Sereias. As sereias eram ninfas marinhas que tinham o poder de enfeitiçar com o seu canto todos quantos a ouvissem, de modo que os infelizes marinheiros sentiam-se irresistivelmente impelidos a se atirar ao mar onde encontravam a morte. Circe aconselhou Ulisses a tampar com cera os ouvidos de seus marinheiros, de modo que eles não pudessem ouvir o canto, e a amarrar-se a si mesmo no mastro dando instruções a seus homens para não o libertar, fosse o que fosse que ele dissesse ou fizesse, até terem passado pela Ilha das Sereias. Ulisses seguiu as instruções. Tampou com cera os ouvidos de seus homens e fez com que estes o amarrassem solidamente ao mastro. Ao se aproximarem da Ilha das Sereias, o mar estava calmo e sobre as águas vinham as notas de música tão bela e sedutora que Ulisses lutou para se libertar e implorou aos seus homens, por gritos e sinais, que o desamarrassem. Eles, porém, obedecendo às ordens anteriores, trataram de apertar os laços ainda mais.”

Ulisses ao estipular como ordem (regra) que seus soldados não destampassem os próprios ouvidos e não o soltasse do mastro, garantiu com isso a sobrevivência da tripulação. Muitas das ordens (regras) oriundas do Poder Constituinte Originário possuem o mesmo efeito.

A força normativa da Constituição advém do respeito às primeiras regras nela estabelecidas, buscando concretizá-las e não suplantá-las casuisticamente, a pretexto de buscar a Justiça.

3.4 Ponderação das regras

Por tudo o que dito na subseção anterior poderia o leitor, eventualmente, concluir que este trabalho defende um retorno ao positivismo jurídico.

Não.

Visa-se fortalecer as conclusões por enquanto firmadas do pós-positivismo, que consagra a importância de o sistema jurídico possuir regras de conduta e princípios dotados de força normativa, perfazendo-se os dois pilares do Estado de Direito, a segurança jurídica e a Justiça.

Pelo pós-positivismo visa-se superar a visão positivista de que o Direito se confunde com a regra escrita. Isso, pois, identificar o Direito com a norma produzida pelo Poder Competente, seja qual for o conteúdo, é permitir que por meio da Lei promova-se a barbárie, tal qual ocorrera no Nazismo (1933-1945). A Lei não pode ser rótulo para qualquer conteúdo. O sistema jurídico há de prever valores que guiem a sociedade para um estado objetivo de situações consideradas boas (aspecto axiológico dos princípios). Em regra, as pessoas que vivem em uma sociedade querem, sem discriminações (que não consagrem a isonomia), ser livres e iguais, manifestar ideias, ter e manter suas propriedades, ter acesso a um mínimo existencial (salário digno, trabalho, educação, saúde e acesso à justiça). Eis a importância dos princípios, pois estes são janelas que permitem que valores (aquilo que é considerado bom – elemento axiológico dos princípios) adentrem ao sistema normativo com força normativa (característica deôntica – expressam proibições, permissões e obrigações). Com isso, o sistema normativo acaba por consagrar dois valores: a segurança jurídica, exarada nas regras, e a busca pela Justiça, exarada nos princípios.

“A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões

acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.”[\[104\]](#)

Um sistema jurídico que tenha a pretensão de ser eficiente há de ser equilibrado, contendo regras e princípios em medidas que se mostrem necessárias. Contudo, não há formulas matemáticas. O importante é perceber que cada espécie de norma cumpre a sua função dentro do ordenamento jurídico.

Se neste só houvesse regras, seria engessado e logo se tornaria obsoleto. Isso, pois o Constituinte Originário e o Legislador não podem prever todas as situações humanas possíveis e regulá-las previamente, dando soluções a todos os conflitos, que são inerentes no convívio humano.

Se, por outro lado, somente houvesse princípios jurídicos, a falta de consenso tornaria o viver em sociedade permeada de surpresas e conseqüentemente inseguranças. Afinal, o que para muitos é concretizar a liberdade, para outros pode ser uma afronta à igualdade. Quando se envolve valores fundamentais de nossa sociedade, cujos conceitos são fluidos, há grandes probabilidades de dissenso.

Logo, é saudável que haja espécimes normativos diferentes, cada qual com a sua função e importância, de modo que aplicar a um acaba-se por denotar a importância dos outros.

Uma norma com estrutura de regra jurídica se aplicada a um caso concreto já reflete a solução de uma ponderação de princípios antecipada pelo Poder Competente (Poder Constituinte ou Poderes Constituídos), sendo que para a sua interpretação e concretização, afiguram-se importantes os postulados, tais quais o da supremacia da Constituição e o da interpretação conforme a Constituição. Eis um simples exemplo que denota como aplicar um dos elementos do sistema jurídico envolve a aplicação de todos, cada qual em sua medida, ressaltando-se a importância de todos.

Contudo, como não há espécie de normas absolutas, até mesmo as regras são passíveis de não ser aplicadas, ainda quando ocorra o fato descrito em sua hipótese de incidência.

Se se escrevesse o oposto, estar-se-ia a justificar a obediência cega às regras, o que significaria para a Ciência do Direito um olhar para trás, um retrocesso.

Interpretar as regras, aplicando-as aos casos concretos, requer a justificação de que os fatos descritos hipoteticamente no enunciado normativo ocorreram no mundo e, por isso, deve incidir a solução já previamente estabelecida no sistema.

Por isso se disse neste trabalho que a interpretação das regras cinge-se visualizar e justificar a hipótese de incidência ao caso concreto, possuindo ônus argumentativo menor que a ponderação de princípios – que deve ocorrer quando não há regras específicas. Eis a técnica da subsunção de há muito conhecida pelo estudioso do Direito.

Se as regras já são os princípios ponderados, equiparando-se à fórmula para a solução de um problema, significa que o Poder Competente (Constituinte ou Legislador) optou por dar prevaência a um determinado princípio em face de outro. Por isso é correto falar que *nas* regras já há ponderação (lei do sopesamento – Robert Alexy).

Dessa premissa se extraem outras três:

1 – Para se aplicar uma regra, sua concretização há de fortalecer os fins a que se destina, concretizando o(s) princípio(s) que lhe embasa;

2 – Quando o resultado da aplicação da regra for o de enfraquecer o(s) princípio(s) que lhe embasa, surtindo efeito oposto que aquele desejado em abstrato pelo Poder Competente (Constituinte ou Reformador), ela há de ser *afastada* no caso concreto, sem que com isso lhe seja declarada a sua invalidade;

3 – Sendo uma regra *afastada* perante um caso concreto, exsurge uma lacuna em que o intérprete (na maior parte das vezes o Juiz) há de criar uma exceção à regra, não prevista no sistema, por meio de ponderações de princípios que se revelem de acordo com os fatos do caso concreto. [\[105\]](#)

Logo, é possível que se fale em ponderação *das* regras, que consiste em ponderar o seu elemento axiológico embasador (carga axiológica decorrente do princípio constitucional preponderante) e a finalidade a que se visa promover com os meios consagrados pelas hipóteses descritas no texto.

Dessa premissa é possível concluir:

Se uma regra aplicada a certo caso não concretizar o princípio constitucional que lhe embasa e lhe sustenta (elemento axiológico), há de ser *afastado* o seu comando normativo (elemento deôntico), criando-se, pois novo comando normativo que figure exceção àquela regra, sem com isso invalidá-la, sendo que a criação dessa nova norma (uma regra prevendo a exceção de outra regra) operar-se-á por sopesamento de princípios.

Robert Alexy já escreveu a seguinte ideia, pensando em princípios jurídicos de direito fundamental, contudo, com as devidas adaptações, é plenamente possível sua utilização no contexto em que se escreve. Ei-la:

“Por meio dos sopesamentos da jurisprudência e de propostas de sopesamento aceitas pela Ciência do Direito, surge, com o passar do tempo, uma rede de regras concretas atribuídas às diferentes disposições de direitos fundamentais, as quais representam uma importante base e um objeto central da dogmática.”[\[106\]](#)

Dos sopesamentos procedidos na jurisprudência se constroem regras, que com o passar do tempo passam a ser ínsitas ao próprio sistema. Isso explica a existência de súmulas e súmulas vinculantes. Apesar de se falar que as súmulas ordinárias não vinculam o magistrado, o fato é que há regras no sistema que preveem que o magistrado há de seguir as súmulas (sopesamento feitos por tribunais), especialmente após a vigência do Código de Processo Civil de 2015. Sem adentrar na polêmica da disciplina judiciária e liberdade do magistrado, o que se defende é que seja qual for a instância de poder que pondere princípios opostos, o resultado será uma regra.

Por isso é correto afirmar que a jurisprudência e a lei se influenciam mutuamente, pois de ambas se extraem regras que permeiam o sistema, possuindo força normativa.

Contudo, há de se asseverar que superar a aplicação de uma regra é um caso *excepcional* que demanda carga argumentativa muito maior do que a da ponderação de princípios (quando da produção de regras legislativas ou quando um juiz julga um caso sem regra expressa, ou pondera direitos fundamentais em conflito).

Isso, pois as regras já apresentam solução previsível de um conflito de princípios já ponderado. Logo, demonstrar que os fatos previstos subsumem-se à hipótese de incidência da regra e, ao mesmo tempo, demonstrar que, ainda assim, não se concretiza a finalidade almejada previamente, pelo Poder Competente (Constituinte ou Constituídos), caso seja aplicada a referida regra, requer a demonstração de que o caso é extraordinário e que por isso requer tratamento

extraordinário. Somente circunstâncias excepcionais justificam a superação de uma regra sem a declaração de invalidade.

Cria-se assim, uma regra excepcional que tem a pretensão de regulamentar os casos futuros que contenham os elementos fáticos que animaram a sua produção.

Por isso que se falou da importância da argumentação jurídica na ponderação de princípios (agora na ponderação de regras) e a necessidade de uma fundamentação objetiva da interpretação da norma. Disso decorre a possibilidade de universalização do comando criado pelo intérprete, para casos futuros que contenham a mesma configuração fática dantes não prevista pelo Poder Competente.

Assim, ponderar a aplicação de uma regra, em casos excepcionais, de acordo com a concretização teleológica de seu princípio embasador, acaba por criar nova regra (exceção), que com o passar do tempo e de aplicação análoga a outros casos semelhantes acaba por consagrá-la dentro do sistema, seja por meio de súmulas ou precedentes de observância obrigatória, seja por meio de legislação.

Tal fato reforça a importância das regras no sistema jurídico, pois lhes denota a carga axiológica que possuem, enfatiza que sua aplicação não decorre de mera aplicação automática de um comando normativo, valorizando em plano indireto a importância dos princípios e sua respectiva função no ordenamento.

Façamos um exercício.

A Lei nº 12.990/2014 prevê a reserva aos negros de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

A regra principal que consagra esse direito está no artigo 1º da Lei, abaixo transcrito:

Art. 1o Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.

§ 1o A reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três).

§ 2o Na hipótese de quantitativo fracionado para o número de vagas reservadas a candidatos negros, esse será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos).

§ 3o A reserva de vagas a candidatos negros constará expressamente dos editais dos concursos públicos, que deverão especificar o total de vagas correspondentes à reserva para cada cargo ou emprego público oferecido.

Sem adentrar no mérito dessa ação afirmativa, cuja constitucionalidade já foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal (ADC 41/DF, Rel. Ministro Roberto Barroso), pensemos na seguinte situação: Fulana de Tal, negra, nos termos do artigo 2º da citada lei, se inscreve para o concurso de Juíza Federal de alguma das regiões; vindo a lograr aprovação, seja pelo seu esforço, seja pela política pública que lhe ampara; entretanto, um ano após o exercício desse importante cargo, vê que sua vocação é o Ministério Público, fato que lhe impele a prestar o concurso de Procurador da República, cujo edital está prestes a sair. Antes de imaginarmos se a Fulana de Tal passou nesse outro difícil certame, perguntemo-nos: após um ano atuando como Juíza Federal, merece essa

pessoa ser destinatária de política afirmativa que visa à inclusão de indivíduos pertencentes a grupos étnico/raciais historicamente excluídos ou desprivilegiados no Brasil? Pode ela ainda ser considerada excluída? Contemplá-la não seria tirar a oportunidade de outra pessoa de fato ainda não incluída nos postos da burocracia brasileira?

Com base no defendido nesse artigo aplicar a referida regra à Fulana de Tal seria uma distorção do sistema, dado que o caso reclama uma superação da regra, tendo em vista que o elemento deôntico por esta perseguido não é atingido, ademais, o elemento axiológico que lha embase é ferido, vez que não prestigia a isonomia.

Frise-se não se está aqui a discutir a política das cotas em concursos públicos. Pelo contrário, está-se a perquirir a sua aplicação, considerando sua validade, entretanto, vislumbrando possível caso de dissonância na aplicação da regra criada, seja por não cumprir a isonomia que embasou o seu exsurgir, seja por não atingir a finalidade ínsita, qual seja, incluir indivíduo pertencente a minoria, cujo processo civilizatório brasileiro não foi justo. Parte-se, pois, da validade da norma em abstrato, com análise de sua aplicação em caso concreto, que a torna inválida, mas apenas para aquele caso.

Assim, voltando ao exemplo anteriormente criado, a Dr^a. Fulana de Tal terá de concorrer às vagas de Procuradora da República na ampla concorrência apenas, afastando-se a incidência da referida lei, inclusive o seu artigo 3^o, isso, pois não há se falar em buscar incluir alguém que já está incluído, nem criar duas chances a um indivíduo que não precisa mais de políticas afirmativas. Um candidato pertencente à grupos raciais/étnicos não minoritários não tem esse privilégio, ainda que não pertença a uma elite econômica ou política, mas por ser socialmente incluído nos moldes criados pela r. lei, não se beneficia de duas oportunidades, quais sejam, concorrer na lista ampla ou na especial, que via de regra possuem notas de corte diferentes, sendo a primeira maior que a segunda lista, fato que justifica a política afirmativa. Se fosse o oposto, não haveria porquê criar a referida ação afirmativa.

Portanto, há casos no plano infraconstitucional, em que certas regras jurídicas, constitucionais em tese, podem num caso concreto se configurarem inconstitucionais, pois não concretizam os princípios que lhes são fundadores.

Mister frisar que no plano *constitucional*, o cuidado para se afastar uma regra constitucional há de ter maiores cautelas. Isso, pois, as regras constitucionais não podem ser afastadas diante de casos concretos, afirmando-se que aplicar a Constituição em certo caso é contrariá-la, pois estas regras são o fundamento de análise da inconstitucionalidade de uma determinada situação. Ademais, criar exceções às regras constitucionais poderia ocasionar o efeito colateral de transformar as regras em exceções e estas naquelas, enfraquecendo a sua força normativa da Constituição.

Se houver um conflito entre a aplicação de uma regra constitucional, num certo caso, e a concretização de seu escopo principiológico, este aparente conflito há de ser resolvido por meio da interpretação, sem que se afaste a aplicação da regra constitucional. Não cabe aos Poderes Constituídos proceder a ponderações quando o Poder Constituinte as fez anteriormente.

Mas nem as regras constitucionais são absolutas.

Pode ocorrer que numa interceptação telefônica determinada por um Delegado de Polícia (autoridade incompetente, de acordo com o art. 5º, XII, da Constituição Federal) descubra-se uma rede de tráfico de drogas enraizada em órgãos de Poder, envolvendo figuras importantes do governo. Mesmo nessa situação excepcional, não pode prevalecer a decisão de valer-se das interceptações a fim de julgar e punir os envolvidos, pois afastar uma regra de direito fundamental é atentar contra a própria existência do sistema jurídico. Não é o ideal conviver com situações dessa sorte, contudo, o Estado há de buscar meios lícitos e legítimos de atuação para desempenhar os seu mister, que é manter a ordem social e jurídica, garantindo-se uma vida digna a todos. Logo, mesmo num caso extremamente grave como esse, não se justifica afastar a aplicação de uma regra, por ponderação entre os meios a que visa e os fins desejados. O Constituinte já ponderou os princípios da segurança e da

liberdade ao criar regra desse jaez, consagrada como cláusula de reserva jurisdicional, ou seja, somente o Juiz pode determinar que seja realizada uma interceptação telefônica.

Por outro lado, suponha-se que a mesma interceptação telefônica inconstitucional descubra uma rede de criminosos internacionais, ligados a governos estrangeiros e que visem invadir o território nacional a fim de controlar o escoamento de drogas entre a Bolívia e o Brasil, *subjugando o país a grupos a outra nação e grupo paraestatal enraizado em sua estrutura formal (traficantes que ocupam cargos estratégicos na elite política, v.g.)*. A situação se mostra muito mais grave, pois está em xeque a existência do próprio Estado. Como todas as normas existem para preservar a existência de todos, inclusive do Estado Nacional, garantindo-se a ordem social por meio de normas jurídicas, é possível se defender a criação de uma exceção a um direito fundamental. Entre tutelar um direito fundamental, tal qual a regra do art. 5º, XII, e tutelar a existência do próprio Estado, que é a razão de ser do próprio Direito, deve-se ponderar as razões a favor da última das soluções.

Percebe-se que nem mesmo as regras constitucionais originárias, inclusive as axiologicamente mais importantes, como os direitos fundamentais, não são absolutos, pois eles só têm razão de ser, enquanto as estruturas do Estado não estão ameaçadas. Meras crises institucionais não justificam a suplantação das regras constitucionais, mas somente os casos em que o próprio Estado de Direito esteja em jogo.

Logo, as regras constitucionais podem ser ponderadas quando de sua aplicação a um caso concreto, somente se este for extraordinário o suficiente para tal mister. Do contrário, enfraquece-se a força normativa da Constituição.

Dissertando sobre as *regras de maneira geral* Humberto Ávila assim conclui: “[...] *As regras, em geral, não são absolutas, mas também, não são superáveis com facilidade, resta saber, agora, quais são as condições necessárias para sua superação.*”^[107]

O autor cita alguns exemplos em que se ponderou a aplicação de certas regras jurídicas, optando-se por afastá-las sem invalidá-las. Um deles foi o caso em que a legislação tributária federal determinou que o ingresso em programa de pagamento simplificado de tributos federais implicava não importar produtos estrangeiros. Descumprida essa regra, haveria a exclusão do referido programa. Tal vedação visava estimular a produção nacional por pequenas empresas. Houve um caso em que uma pequena empresa nacional, inclusa no programa de pagamento simplificado, importou quatro pés de sofá, a fim cumprir uma encomenda. No processo 13003.000021/99-14, 2º Conselho de Contribuintes, 2ª Câmara, sessão de 18.10.2000, resolveu-se que excluir a empresa do programa ante a situação fática exposta, implicaria resultado diverso do fim pretendido pela regra ora debatida. Decidiu-se pela permanência da empresa no sistema de pagamento simplificado. Com isso, viu-se que em certos casos excepcionais concretiza-se mais o fim das normas quando não se lhas aplica. Assim, perfaz-se possível equilibrar a justiça geral, prevista no comando da regra, e que deve prevalecer para todos, e a justiça individual, que se faz necessária em casos que fogem ao padrão delineado pela regra.

Assim disserta Humberto Ávila:

“O exame dos casos acima referidos demonstra que o grau de resistência de uma regra à superação está vinculado à promoção do valor subjacente à regra (valor substancial específico) quanto à realização do valor formal subjacente às regras (valor formal da segurança jurídica). E o grau de promoção do valor segurança está relacionado à possibilidade de reaparecimento frequente em situação similar. Conjugando esses fatores, pode-se afirmar que a resistência à superação de uma regra será tanto maior quanto mais importante for a segurança jurídica para sua interpretação.

[...]

Os casos acima referidos revelam, ademais, que a superação de uma regra não exige apenas a mera ponderação do princípio da segurança jurídica com

outro princípio constitucional específico, como ocorre nos casos de ponderação horizontal e direta entre princípios constitucionais. A superação até envolve uma ponderação entre esses princípios, mas uma ponderação diferente daquela existente no caso de ponderação direta entre princípios constitucionais colidentes. Isso porque a superação de uma regra não se circunscreve à solução de um caso, como ocorre na ponderação horizontal entre princípios mediante a criação de regras concretas de colisão; mas exige a construção de uma solução de um caso mediante a análise de sua repercussão para a maioria dos casos. A decisão individualizante de superar uma regra deve sempre levar em conta seu impacto para aplicação das regras em geral. A superação de uma regra depende da aplicabilidade geral das regras e do equilíbrio pretendido pelo sistema jurídico entre justiça geral e justiça individual.”

[...]

A superação de uma regra deverá ter, em primeiro lugar, uma justificativa condizente. Essa justificativa depende de dois fatores. Primeiro, da demonstração de incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente. É preciso apontar a discrepância entre aquilo que a hipótese da regra estabelece e o que sua finalidade exige. Segundo, da demonstração de que o afastamento da regra não provocará expressiva insegurança jurídica. [...] Enfim, a superação de uma regra condiciona-se à demonstração de que a justiça individual não afeta substancialmente a justiça geral.” [\[108\]](#)

Vê-se que a fundamentação de superação de uma regra requer um ônus muito maior do que a de ponderação de princípios colidentes. Precisa-se exteriorizar a incompatibilidade da regra e sua

finalidade subjacente ao caso concreto. Isso é deveras difícil, pois a fundamentação há de deixar demonstrado que se trata de um caso excepcional que não repercutirá substancialmente no equilíbrio do sistema. Há de se demonstrar que superar a regra é na verdade aplicá-la de acordo com sua finalidade. O que de início parece demonstrar um paradoxo, apenas revela o quão excepcional é superar uma regra (sobretudo as constitucionais).

Ademais, *“a mera alegação não pode ser suficiente para superar uma regra”*^[109], pois há de restar provada a excepcionalidade do caso concreto, com base nos fatos apresentados ao intérprete. Ou seja, não bastam os argumentos, os fatos hão de ser evidentes.

Não há elementos absolutos no sistema jurídico. Contudo, a superação das regras há de ser medida sempre excepcional, a fim de dotar o ordenamento de estabilidade, consagrando-se a segurança jurídica. Fato que não se pode ignorar é que, mesmo as regras, que já representam escolhas valoradas e ponderadas procedidas pelo Poder Competente (Constituinte ou Constituídos), não são absolutas, podendo ser afastadas diante de um caso peculiar, desde que a sua não aplicação concretize o fim que anima a própria regra. Somente se afasta o seu elemento deôntico, se concretizar o seu elemento axiológico, fato que evidencia que das regras também dimanam valores.

Acima^[110] se entabulou o exemplo, no plano infraconstitucional, da polêmica vedação da tutela antecipada em face da Fazenda Pública. Disse-se que o legislador já havia ponderado o princípio da inafastabilidade ao Poder Judiciário com outros de igual hierarquia que são os princípios da legalidade orçamentária e o da responsabilidade fiscal. Houve por bem o legislador em não permitir que se antecipe a tutela jurídica em face do erário. Há diversas regras que dão supedâneo a essa vedação, art. 2-B, da Lei 9.494/1997^[111], art. 1º, da Lei 8.439/1992^[112], e art. 7º da Lei 12.016/2009^[113]. Todas estas visam tutelar o erário para a consecução dos fins constitucionais, sobretudo no campo dos direitos de primeira e segunda geração (dimensão). Por isso há vedação expressa em se permitir que servidores públicos, por meio de liminares judiciais tenham melhorias salariais que julgam de direito. Privilegia-se o conjunto social em

vez de um grupo específico da sociedade. O erário existe para garantir uma vida digna e buscar o ideal do mínimo existencial garantido a todos, exarado nas regras do art. 6º[114] e 7º, IV[115], da Constituição Federal. Dentre o mínimo existencial está a saúde, como direito fundamental de segunda geração (dimensão). Ora um dos fins do erário é garantir a todos o acesso à saúde, pois esta é base do direito à vida. Logo, não se pode, sob pretexto de proteger o erário, vedar a tutela antecipada em face do pedido de o Estado fornecer medicamentos essenciais a um indivíduo que deles necessite para manter-se vivo, pois este é o fim mesmo dos bens públicos e a razão de ser do Estado.

O legislador já operou à ponderação entre interesse geral e interesse de classe, por isso vedou a concessão de liminares que aumentem os salários dos servidores. *Contudo, vimos que a aplicação de todas as regras do sistema não se opera de modo mecânico, mas há de ser ponderada nela mesma, ou seja, há de se perquirir se adotá-la consagrará os seus fins ou se não. Vedar a antecipação da tutela em face da Fazenda Pública, para tutelar a vida, é ir de encontro à própria razão de ser do erário; logo, eis um caso claro em que ponderar a regra e deixar de aplicá-la é fortalecer o seu escopo, sua teleologia.*

Por isso se defende que, apesar da previsão legal, é possível ponderar esse conjunto de regras, a fim de afastá-lo, quando o Estado tiver de agir a fim de concretizar os direitos fundamentais, como a saúde, que é a base da vida.

Por isso é comum se falar que não há objeções orçamentárias em face de se garantir o mínimo existencial. Eis um exemplo que bem denota que aplicar regras a casos concretos não é fazê-lo de modo mecânico. Existe ponderação *das* regras.

Se os princípios são ponderados quando em conflito com outros princípios, em que o intérprete buscará, por meio da lei de sopesamento (Alexy) construir uma regra que contenha a resolução do problema que se lhe apresenta, as regras são ponderadas nelas mesmas, pois se verifica se os seu comando (elementos deônticos) se alinha ao seu escopo (elemento axiológico).

Em havendo desarmonia, o intérprete buscará a resolução do problema criando outra regra, excepcional, a fim de alinhar o elemento deôntico ao elemento axiológico da norma. Contudo, ao proceder nessa empreitada assumirá ônus argumentativo deveras difícil de implementar, conforme acima visto. Tanto mais difícil será este ônus, conforme a hierarquia da norma. Como visto, somente em casos em que se põe em risco a *existência* do próprio Estado é que se poderá perquirir a possibilidade de se ponderar as regras constitucionais.

4 – CONCLUSÕES

O Direito, visto como sistema, é composto por um complexo de normas, que podem ser definidas nas seguintes espécies: princípios, regras e postulados.

De forma sintética, pode-se conceitua-las conforme se segue.

Os princípios são normas dotadas de baixa densidade normativa, pois estipulam fins a ser seguidos, estados ideais de coisas a serem buscados, valores vívidos na sociedade, mas não denotam os meios de concretizarem-nos.

As regras são normas dotadas de alta densidade normativa, pois estabelecem comandos deônticos (permitir, proibir, determinar) que visam direcionar o intérprete aos fins almejados, escolhidos pela ponderação de certos princípios, procedida pelo poder competente (Constituinte ou Constituídos), quando da elaboração da norma. Com isso se concluí que as regras também possuem seu aspecto axiológico.

Os postulados são normas metódicas, que visam auxiliar na aplicação das demais normas (princípios e regras), por isso é correto chamá-los de normas de segundo grau (metanormas).

Entre esses três espécimes não há hierarquia, pois cada qual cumpre sua importante função dentro do sistema jurídico.

Os princípios permitem que o ordenamento se renove, pois dada à fluidez de seus conceitos linguísticos – geralmente expressos em palavras de evidente plasticidade como igualdade, liberdade, devido processo legal, dignidade humana, moralidade – a cada geração que nasce as ideias por de trás dos signos em que se expressam modificam-se. Com isso, o ideal de justo, o de bom e o de equo permeiam o sistema, tornando-o mais consentâneo com a sociedade em que inserido. Portanto, os princípios são normas que permitem que o sistema se torne adaptável às novas demandas sociais, que surgem dia a dia, geração a geração.

As regras, devido à sua estrutura deontica, consagram o ideal da segurança jurídica, que embasa o concretizar da segurança (em geral), pois, todos os partícipes de certa sociedade sabem, de antemão, que condutas são proibidas ou não, tendo a liberdade de escolher como agir. Portanto, as regras dotam o sistema de estabilidade, pois estabelecem condutas selecionadas como boas, como arquétipo de comportamento, bem como estabelecem as sanções pelo seu descumprimento.

Os postulados balizam o ato de interpretar as normas, tornando-o o mais objetivo possível, pois o intérprete além de ser ator da comunidade linguística, terá de antemão conceitos que conformarão a extração de sentidos dos signos que pretendem regular certa situação em concreto. Sua função evidencia o proceder extremamente técnico que se tornou o Direito no pós-positivismo, sendo, pois, normas destinadas mais aos intérpretes do sistema, do que aos fatos.

Ressalve-se que o fato de o Direito ter se tornado técnico, não elimina de sua aplicação perquirir os valores sociais vigentes, por isso a existência dos princípios. Logo, tecnicidade não significa um proceder mecânico, significa um proceder objetivo, embora, humano.

A par dessas definições e funções dos espécimes normativos, tem-se que, estes não são absolutos em si mesmos. Dizer que algo se configura de certo modo, não é cristalizá-lo como tal perpetuamente.

Ao analisarmos as regras e os princípios, vimos que não há normas absolutas.

Os princípios, pela sua própria estrutura axiológica, existem para o conflito, sobretudo, num Estado de Direito que comporta uma sociedade plural como a Brasileira. Portanto, é comum que a liberdade de um grupo conflite com a liberdade de outro, ou que a liberdade de expressão esbarrem no direito à intimidade, que a moralidade na administração conflite com a estrita legalidade. Não há solução pronta para conflitos de princípios, pois caso a caso, os elementos fáticos delinearão aquele que deve momentaneamente prevalecer.

As regras também não são absolutas. Existem os critérios clássicos de resolução de antinomias: o hierárquico, o da especialidade e o do tempo. Mas há, também, casos em que as regras serão ponderadas nelas mesmas, a fim de se perquirir se de sua aplicação concretiza-se a sua finalidade, verificando-se se o elemento deôntico está alinhado ao seu elemento axiológico. Por isso é correto falar que as regras também são ponderáveis.

Em se tratando de regras infraconstitucionais há exemplos no sistema jurídico, como, por exemplo, o art. 2-B, da Lei 9.494/1997, que veda a antecipação de tutela em face da Fazenda Pública. A finalidade dela é proteger o erário e as regras atinentes à responsabilidade fiscal no gasto de recursos públicos. Isso, pois o Estado há de ter meios para satisfazer as prioridades políticas das receitas. Contudo, como o valor do ser humano é o elemento motriz do ordenamento, não há políticas públicas que devem ser privilegiadas em face da vida. Portanto, quando for necessário conceder liminar para que o Estado entregue remédios para o cidadão necessitado, não há que se falar em vedação da tutela antecipada. Isso, pois se a regra for aplicada, acabará por desprestigiar a vida, cuja proteção é o fim último do erário e do Estado. Os cofres públicos devem ser protegidos não contra o indivíduo, mas em prol dele, eis a finalidade do art. 2-B, da Lei 9.494/1997, que deve ser interpretado no sentido de que essa regra não se aplica nos casos em que se pleiteia tratamento de saúde ou entrega de remédios, pois contrariaria o próprio desiderato da norma.

Por isso é correta a seguinte afirmação: há ponderação *nas* regras e *das* regras.

A ponderação *nas* regras decorre de sua própria elaboração, quando o poder competente (Constituinte ou Constituídos) escolhe um comando deontico que julga atingir o elemento axiológico buscado. Quando se veda a interceptação telefônica como meio ordinário de investigação (Art. 5º, XII, Constituição Federal), prestigia-se a privacidade em detrimento do *jus puniendi*, dois valores que expressam um dos aspectos dos princípios da liberdade e da segurança jurídica, respectivamente.

A ponderação *das* regras ocorre quando de sua aplicação ao caso concreto. O intérprete há de perquirir se aplicar o comando deontico da regra concretiza o seu elemento axiológico ou não. Se concretizá-lo, há de se aplicar a regra, do contrário, há de se buscar uma exceção a esta, sem com isso declará-la inválida, apenas deixando de aplicá-la ao caso concreto. Tal mister demandará carga argumentativa de alta densidade jurídica, pois se estará a afastar a ponderação (*nas* regras) procedida pelo poder competente, na maioria das vezes o Legislativo, para se aplicar uma ponderação *da* regra, no caso concreto. Eis uma face do método de interpretação teleológico.

Com relação às regras constitucionais, não sendo o caso de reformas inconstitucionais, a ponderação das regras somente pode ocorrer em casos extremamente graves, que coloquem em risco a existência do próprio Estado. O exemplo da interceptação telefônica procedida por autoridade incompetente é elucidativo. Se um delegado de polícia desautorizado proceder à interceptação e, com isso, descobrir que há parlamentares envolvidos com o tráfico de drogas ilícitas, ainda assim, não se deve afastar a regra da cláusula de reserva jurisdicional, a fim de prosseguir na persecução penal. Contudo, numa outra situação, o mesmo hipotético delegado descobre que há parlamentares arquitetando uma invasão de tropas armadas estrangeiras, para proceder a um golpe de Estado, seria extremamente irracional desconsiderar o fato descoberto e deixar de tomar as medidas jurídicas cabíveis (Lei 7.170/1983 – Lei da

Segurança Nacional), pois tal inação ocasionará o fim do Estado Nacional, elemento raiz da atual noção de Direito.

Afastar uma regra do caso concreto, criando-se uma exceção, é algo deveras difícil, em termos de argumentação jurídica. Somente casos excepcionais permitem, em termos fáticos e em lógico-jurídicos, o afastamento de uma regra do caso concreto. Se a dificuldade é evidente quanto às regras infraconstitucionais, potencializa-se em inúmeras vezes, em se tratando das regras constitucionais.

Por certo, não há norma em absoluto no Direito. As espécies normativas possuem função padrão, sem com isso dizer que não haverá exceções para se as concretizar.

As regras cumprem importante papel no sistema, pois são o resultado de ponderações de princípios, logo, são o arquétipo de proceder considerado bom. Por isso, contrariar um comando normativo contido numa regra é muito mais grave que contrariar princípios jurídicos, pois pela natureza destes, eles existem para serem contrariados, pois estão sempre a colidir com outros, de acordo com os diversos conflitos sociais que existem. Já as regras existem para serem aplicadas, contudo, por não se tratar a interpretação jurídica de uma atividade mecânica, é possível as afastar em certos casos, que demandarão argumentação jurídica de alta densidade, a demonstrar que o caso concreto merece solução outra que o comando deontico da regra, para satisfazer o elemento axiológico desta. Não se demonstrando essa excepcionalidade, cometer-se-á a gravidade de afrontar uma regra, fato que em última instância é não aplicar o sistema normativo, quando ele deveria ser aplicado na íntegra; o que contribuiria para abalar as estruturas do Estado de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 – ed. alemã. Theorie der Grundrechte. Suhrkamp Verlag. 2006. São Paulo: Malheiros. 2008 .*

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12. ed. Malheiros. 2011.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – 2. ed. – São Paulo: Saraiva. 2010.*

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora – 7.ed.rev. – São Paulo: Saraiva, 2009.*

_____. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro, 5ª Edição. Ed. Saraiva. 2011.*

BULFINCH, Thomas. *O Livro da Mitologia: histórias de deuses e heróis – Rio de Janeiro: Ediouro, 2006.*

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério / Ronald Dworkin; tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes, 2002. – (Justiça e direito)*

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional. 26. ed. Malheiros. 2010.*

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição. Sergio Antonio Fabris Editor. 1991.*

STRAUSS, Claude Levi. *Antropologia Estrutural. 6. ed. Biblioteca Tempo Universitário – 7. Tempo Brasileiro Ltda.*

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade, 3ª Edição, 21ª Tiragem. Ed. Malheiros. 2012.*

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo. 28. ed. Malheiros. 2011.*

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional / Alexandre de Moraes. – 23. Ed. – São Paulo : Atlas, 2008.*

Os clássicos da política, 1 / Francisco C. Weffort, organizador. – 14.ed. – São Paulo : Ática, 2006.

Os clássicos da política, 2 / Francisco C. Weffort, organizador. – 14.ed. – São Paulo : Ática, 2006.

REALE, Miguel. *Noções Preliminares de Direito / Miguel Reale*. – 27. ed. ajustada ao novo código civil – São Paulo: Saraiva, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito / Lenio Luiz Streck*. 8. ed. rev. Atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009.

WITTGENSTEIN, Ludiwig. *Investigações filosóficas / Ludwig Wittgenstein; tradução de José Carlos Bruni*. – 2. ed. – São Paulo: Abril Cultural, 1979.

_____. *Tratacutus Logico-Philosophicus / Ludwig Wittgeinstein; Tradução, apresentação e estudo introdutório de Luiz Henrique Lopes dos Santos; [Introdução de Bertrand Russell]*. – 3. ed. 2. Reimpr. – São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2010.

NOTAS:

[1] Não se diz com isso que estão as normas apartadas da realidade, apenas se diz que têm o mister de influir na realidade.

[2] STRAUSS, Claude Levi. *Antropologia Estrutural*. 6. ed. Biblioteca Tempo Universitário – 7. Tempo Brasileiro Ltda.

[3] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* – 2. ed. – São Paulo: Saraiva. 2010, p.191/197

[4] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* – 2. ed. – São Paulo: Saraiva. 2010, p.194.

[5] Idem, p.194.

[6] WITTGENSTEIN, Ludiwig. *Tratacutus Logico-Philosophicus / Ludwig Wittgeinstein; Tradução, apresentação e estudo introdutório de Luiz Henrique Lopes dos Santos; [Introdução de Bertrand Russell]*. – 3. ed. 2. Reimpr. – São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2010.

[7] STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito / Lenio Luiz Streck*. 8. ed. rev. Atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009, p.61.

[8] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – 2. ed. – São Paulo: Saraiva. 2010, p.195 e196.*

[9] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12. ed. Malheiros. 2011, p, 30/31.

[10] WITTGENSTEIN, Ludiwig. *Investigações filosóficas / Ludwig Wittgenstein; tradução de José Carlos Bruni. – 2. ed. – São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 27/41.*

[11] ÁVILA, Humberto. *Op. Cit. p, 32/33.*

[12] Os autores citados usam nomenclaturas diferentes para designar o texto das leis (lei em sentido amplo), muitos se referem a textos normativos, ou a dispositivos, ou enunciados normativo. Mas todos diferem texto (amontoado de signos dotados de significados) e norma (produto de construção linguística).

[13] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – 2. ed. – São Paulo: Saraiva. 2010, p.197.*

[14] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição. Sergio Antonio Fabris Editor. 1991.*

[15] Pode-se até dizer que os E.U.A. não se sagraram somente vencedores materiais deste grande conflito mundial, simbolicamente influenciaram o velho mundo e as periferias ocidentais, tal qual o é o Brasil.

[16] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – 2. ed. – São Paulo: Saraiva. 2010, p. 199 e 200.198.*

[17] *Idem, p. 199 e 200.*

[18] Adiante trabalha-se melhor com o conceito de supremacia da Constituição, mediante análise do princípio da supremacia das normas constitucionais, dentro do sistema normativo.

[19] *Ibidem.*

[20] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional* / Alexandre de Moraes. – 23. Ed. – São Paulo : Atlas, 2008, p. 11.

[21] BARROSO, Luís Roberto Barroso, *op. cit*, p. 200.

[22] BARROSO, Luís Roberto Barroso. , *op. cit*, p. 201/204.

[23] *Idem*, p. 202.

[24] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. Malheiros. 2010, p. 570/572.

[25] BARROSO, Luís Roberto Barroso. , *op. cit*, p. 203.

[26] *Idem*.

[27] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional* / Alexandre de Moraes. – 23. Ed. – São Paulo : Atlas, 2008, p. 12/14.

[28] Adiante veremos ser possível falar em três estruturas básicas.

[29] Fala-se em normas jurídicas, mas ambos os autores estão preocupados com o modo como se aplicam as normas constitucionais.

[30] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora* – 7.ed.rev. – São Paulo: Saraiva, 2009, p.350/352.

[31] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério* / Ronald Dworkin; tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes, 2002. – (Justiça e direito), p. 35.

[32] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério* / Ronald Dworkin; tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes, 2002. – (Justiça e direito), p. 36/41.

[33] Por “tudo-ou-nada” pode-se entender o modelo da subsunção: premissa maior, premissa menor e conclusão.

[34] DWORKIN, Ronald, *op. cit*, p. 128.

[35] *Idem*, p. 181.

[36] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 – ed. alemã. *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp Verlag. 2006. São Paulo: Malheiros. 2008. P. 87/91.

[37] Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (*Decreto-Lei Nº 4.657, De 4 De Setembro De 1942.*)

[38] Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (*Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973*)

[39] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* – 2. ed. – São Paulo: Saraiva. 2010, p. 204/205.

[40] Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

[41] Todos os seres humanos têm direitos ao estado ideal de coisas prometidos pelos princípios jurídicos e os valores neles expressos, portanto, todos temos direito subjetivo à liberdade, igualdade, propriedade, segurança, dignidade, bem estar, trabalho socialmente valorizado, etc.

[42] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* – 2. ed. – São Paulo: Saraiva. 2010, p. 206/207.

[43] *Idem*, p. 208/212.

[44] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12ª Edição. Ed. Saraiva. 2011, p. 78/79.

[45] REALE, Miguel. *Noções Preliminares de Direito / Miguel Reale.* – 27. ed. ajustada ao novo código civil – São Paulo: Saraiva, 2002, p. 304/305

[46] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 28. ed. Malheiros. 2011, p.53/54.

[47] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12ª Edição. Ed. Saraiva. 2011, p. 134/135..

[48] ÁVILA, Humberto. *Op. Cit*, p. 147/149.

[49] O autor refere-se à distinção forte, pois contrapõe à definição de Josef Esser, Claus-Wilhelm Canaris e Karl Larenz a que nomina de diferenciação fraca, pois estabelecem como padrão de diferenciação entre princípios e regras o fato de aqueles expressarem valores e terem a

linguagem mais aberta, sem contudo minudenciar o modo de aplicação de cada uma dessas espécies normativas.

[50] Humberto Ávila diferencia os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, aduzindo que o primeiro refere-se a situações de manifesto conflito entre o geral e o individual e que o segundo a situações em que se busca relação de causalidade entre meio e fim.

Neste trabalho, seguiremos a linha predominante na doutrina brasileira e também no Supremo Tribunal Federal de tratar a razoabilidade e a proporcionalidade como (quase) sinônimos. Ambos a expressar que o direito veda comportamentos excessivos, desnecessários ou inadequados. Novamente utilizando-se de metáforas: não se mata pardais com balas de canhão.

[51] Ainda que de modo virtual, com lentes de câmera que sejam tão potentes que consigam adentrar a sala das residências de celebridades.

[52] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12ª Edição. Ed. Saraiva. 2011, p. 162.

[53] WITTGENSTEIN, Ludiwig. *Investigações filosóficas / Ludwig Wittgenstein; tradução de José Carlos Bruni. – 2. ed. – São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 27/41.*

[54] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora – 7.ed.rev. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 386/387.*

[55] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12ª Edição. Ed. Saraiva. 2011, p. 176.

[56] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora – 7.ed.rev. – São Paulo: Saraiva, 2009.*

[57] Para Luís Roberto Barroso o conceito de princípio instrumental de interpretação constitucional enquadra-se no conceito de postulado normativo aplicativo para Humberto Ávila.

[58] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora – 7.ed.rev. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 371.*

[59] *Idem.* p. 165.

[60] *Ibidem*, p. 168.

[61] Ibidem, p. 372.

[62] Não se faz aqui uma hierarquia entre os artigos originários do Constituição, aqueles existentes já desde de 5 de outubro de 1988, e os decorrentes do poder de reforma. Como se verá pelo postulado da unidade, não há hierarquia entre normas constitucionais. Contudo, há hierarquia entre Poder Constituinte e Poderes Constituídos, dentre eles o Poder Reformador cujos titulares, na órbita federal são o Poder Legislativo e o chefe do Poder Executivo, respeitadas as limitações procedimentais previstas no art. 60 da Constituição Federal.

[63] Não se desconhece a atuação do Poder Executivo e do Poder Legislativo no Controle de Constitucionalidade das leis, seja o prévio (durante o processo legislativo até a sanção ou veto presidencial), seja o repressivo (sustação dos atos normativos que exorbitem do poder regulamentar, procedida pelo Poder Legislativo e não aplicação de Lei considerada inconstitucional pelo Presidente da República, por exemplo).

[64] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora* – 7.ed.rev. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 373.

[65] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Op. Cit.* p. 194/195.

[66] Idem, p. 373.

[67] J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p.196.

[68] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora* – 7.ed.rev. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 202.

[69] Idem, p. 218.

[70] Idem, p.374.

[71] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Op. Cit.*, p. 375.

[72] A rigor é desnecessário até a reforma que mencionou a questão de portar o cigarro aceso, pois se a proibição de fumar fosse interpretada com objetividade, ninguém se daria o direito de entrar num elevador portando, mas não tragando, cigarro aceso.

[73] Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

[74] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* – 2. ed. – São Paulo: Saraiva. 2010 166/167.

[75] É viável suprimir as cláusulas pétreas se estivermos a falar de força, revolução (seja qual for a ideologia), mas não se estivermos a falar de Direito. Por isso, a doutrina e Jurisprudência do STF refutam a tese da dupla revisão, que justamente consiste em reformar o art. 60, para depois extrair da Constituição, as normas que outrora eram tidas como cláusulas pétreas.

[76] Isso dentro do sistema normativo pátrio, não se levando em consideração o conflito entre normas nacionais e internacionais, objeto de estudo de Direito Internacional Privado.

[77] Esse é o modelo teórico predominante, mas sempre é bom lembrar que já houve outros paradigmas como a Supremacia do Parlamento, a Supremacia do Rei, a Supremacia da Igreja.

[78] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora* – 7.ed.rev. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 9.

[79] Em se tratando de normas oriundas de uma Constituição posterior a outra, tudo dependerá do Poder Constituinte Originário. É possível que este recepcione a Constituição antiga como norma legal, ou mesmo que simplesmente a revogue. Pela amplitude desse tema, têm-se que foge do

foco desse trabalho que é, no momento, investigar as antinomias entre normas infraconstitucionais.

[80] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora* – 7.ed.rev. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 9.

[81] Quando há um conflito entre regras gerais e especiais não se pode falar que estas revogam aquelas, mas sim que existe prevalência das especiais sobre as gerais. Por isso o Código de Defesa do Consumidor não revogou o Código Civil, na parte que regulamenta a os negócios jurídicos, as obrigações e os contratos. Na doutrina nacional fala-se em diálogo das fontes, para designar esse fenômeno normativo em que muitas fontes normativas regulam uma mesma relação jurídica, com influência recíproca uma sobre a outra.

[82] Possibilidade de ser aplicada a futuros casos análogos.

[83] O autor se refere às normas jurídicas: princípios e regras.

[84] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 – ed. alemã. Theorie der Grundrechte. Suhrkamp Verlag. 2006. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 91/94.*

[85] Idem. p. 139.

[86] Os princípios são os valores internalizados no sistema jurídico. De acordo com Robert Alexy, os princípios possuem natureza deontológica (permitem, proíbem ou compelem) e os valores possuem natureza axiológica (conceito de bom).

[87] ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 167/169.

[88] Considerando princípios e regras constitucionais, ou princípios e regras infraconstitucionais.

[89] “Cumpre, pois, inicialmente, indicar, em que sentido estamos a tomar o termo princípio, tal como vimos fazendo desde 1971, quando pela primeira vez enunciámos a acepção que lhe estávamos a atribuir. À época dissemos: “Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.” Eis porque: “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o

sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, por que representa a insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.” (op. cit. p. 53/54).

[90] “A nosso ver, princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.” (op. cit. p. 304).

[91] Princípios mais específicos ou regras que definem comportamentos, competências e estruturam órgãos e entes públicos.

[92] O Poder Judiciário é dentre os poderes aquele que produz as regras mais concretas do ordenamento, consubstanciada no dispositivo da sentença. Mas estas não de guardar harmonia com o sistema normativo que existe, oriundo desde o Poder Constituinte Originário até os mais concretos dos atos administrativos.

[93] As normas mais concretas que são produzidas no bojo do sistema são os dispositivos da sentença, que possuem a tutela da coisa julgada material, garantia constitucionalmente por outra regra, que por sua vez estabelece meios de assegurar o princípio da segurança jurídica, uma das faces do princípio da segurança, que por sua vez é um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

[94] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12ª Edição. Ed. Saraiva. 2011, p. 90..

[95] Ibidem, p. 103/104.

[96] ÁVILA, Humberto. *Op. Cit*, p. 108.

[97] Idem, p. 106.

[98] Idem, p. 114.

[99] Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

[...]

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

[...]

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

[...]

§ 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou

de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 3º - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

[...]

[100] Tal dispositivo figura-se como verdadeira cláusula pétrea, conforme o art. 60, §4º, III, da Constituição Federal, o que justifica ainda mais a sua observância.

[101] Por isso se entende nesse trabalho que o decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 565 deve guiar os demais julgamentos de casos análogos (condenação de parlamentares e perda do cargo público). A polêmica Ação Penal 470, popularmente conhecida como *mensalão*, deve ser desconsiderada como precedente, em face de certos casuísmos que a norteou. Eis aqui um ponto no Direito Nacional que divide as mais balizadas opiniões.

[102] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor. 1991, p. 25.

[103] BULFINCH, Thomas. *O Livro da Mitologia: histórias de deuses e heróis* – Rio de Janeiro: Ediouro, 2006. p. 234

[104] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora* – 7.ed.rev. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 351/352.

[105] Por isso se disse linhas acima que os art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e o art. 126 do Código de Processo Civil merecem uma releitura, pois somente denotam uma das possíveis aplicações concretas de um princípio jurídico.

[106] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva*. 5 – ed. alemã. *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp Verlag. 2006. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 175.

[107] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12. ed. Malheiros. 2011, p. 115.

[108] ÁVILA, Humberto. *Op. Cit*, p. 118/120.

[109] *Ibidem*, p. 120.

[110] Quando se tratou de conflitos entre regras e princípios.

[111] Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.

[112] Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

§ 4º Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado.

§ 5º Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários.

[113] Art. 7 [...]

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

[...]

[114] Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[115] Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe

preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

[...]

A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL COMO CAUSA DE EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ROMERO SOLANO DE OLIVEIRA MAGALHAES:
Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Pós Graduando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

RESUMO: Este trabalho examinará o instituto da prescrição intercorrente nos processos de execução fiscal, entendendo-a como causa de extinção do crédito tributário. A prescrição é tratada enquanto perda do poder de efetivar o direito material, não sendo possível a cobrança eterna por parte do Estado de seus créditos. Nesse contexto, a inércia do credor em relação aos poderes e deveres inerentes ao exercício do direito de ação é vista como causa central para a decretação da prescrição, tornando-se impossível a contagem de prazo prescricional intercorrente quando o feito se encontra parado em razão da morosidade do Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Prescrição Intercorrente. Execução Fiscal. Inércia da Fazenda Pública.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Prescrição enquanto perda do poder de efetivar direito material; 2. Inviabilidade da cobrança estatal por tempo indeterminado; 3. Inércia do credor enquanto causa eficiente da prescrição intercorrente; 4. Impossibilidade de contagem de prazo prescricional durante paralisação do processo decorrente da morosidade do Poder Judiciário; Conclusão; Referências.

Introdução

O vocábulo “prescrição”, segundo Câmara Leal^[1], deriva do latim *praescripto*, procedente do verbo *praescribere*. Tal verbo é constituído pelos elementos *prae* e *scribere*, significando “escrever antes” ou “escrever no começo”. Em sua acepção original, advinda da Roma Antiga, *praescripto* correspondia à parte preliminar da fórmula estatuída

pelo pretor, na qual este determinava ao juiz a absolvição do réu se consumado o prazo de duração de determinada ação temporária, exceção à regra geral da perpetuidade das ações. De tal modo, o termo *praescripto* não se relacionava propriamente com o conteúdo da determinação pretoriana, mas com o caráter preliminar ou introdutório, escrito antes ou no começo da fórmula.

Diante de tal esforço histórico, surge a necessidade de definição da prescrição e delimitação do seu conteúdo. Essas questões, é de se ressaltar, não são pacíficas na doutrina, havendo uma pluralidade de concepções sobre o fenômeno. Também não é unânime o tratamento conferido ao instituto da prescrição pelo Direito positivo brasileiro. Existem normas diversas abordando o assunto, ao qual diferentes contornos são dados. Como exemplo, citam-se o Código Tributário Nacional (CTN), que, em seu artigo 156, V, prevê que a prescrição extingue o crédito tributário e o Código Civil de 2002, cujo artigo 189, diversamente, estabelece que a prescrição extingue a pretensão do titular do direito violado.

De uma forma ou de outra, o acolhimento da prescrição tolhe o credor da possibilidade de, concretamente, ter satisfeito o seu direito. É nesse contexto que, em um primeiro momento, a prescrição pode parecer injusta, de modo que apenas valores relevantes possam justificar a restrição a direitos reconhecidos.

1. Prescrição enquanto perda do poder de efetivar direito material

Pontes de Miranda define a segurança jurídica como fundamento da prescrição. Ele ensina que “os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica”^[2]. Para o referido autor, tais prazos não cancelam as pretensões, mas apenas encobrem a eficácia da pretensão, ou, dito de outro modo, “atendem à conveniência de que não perdue por demasiado tempo a exigibilidade ou acionabilidade”^[3].

A segurança é pressuposto fundamental da vida humana, necessidade das mais urgentes e primitivas e que resulta da própria natureza do homem. Significa a estabilidade das relações sociais,

extremamente necessária para que possa existir vida em sociedade. Caso as normas pudessem ser alteradas a qualquer momento, todos estariam desamparados, inseguros, sem garantias e sem a confiança de poder viver em paz e tranquilamente.

A ideia de segurança aparece na Constituição Federal de 1988 em diversos momentos, com diferentes enfoques. Identifica-se, já no preâmbulo, a segurança como requisito essencial para a existência do Estado Democrático de Direito, também sendo ela prestigiada, ao longo do corpo constitucional, como direito fundamental e como meio necessário à realização dos objetivos da República.

Juntamente com a justiça, a segurança jurídica é entendida como objetivo do Direito. Acerca desses importantes institutos, expõe Rodrigues de Ataíde Jr.:

“segurança e justiça são valores que se completam e se fundamentam reciprocamente. Não pode haver justiça materialmente eficaz se não for assegurado aos cidadãos, concretamente, o direito de ver reconhecido a cada um o que é seu”.^[4]

Consoante leciona Oliveira^[5], a prescrição sintetiza a convivência possível entre os referidos dois valores fundamentais do direito: justiça e segurança jurídica. Enquanto flui o prazo prescricional, percebe-se a supremacia da justiça, estando assegurado ao prejudicado o exercício de sua pretensão. Por outro lado, se houver inércia, conformação ou descaso, deixando-se vencer o prazo para corrigir a injustiça, a prioridade desloca-se para o valor segurança jurídica. Ficam sepultadas, sem avaliação de conteúdo, as incertezas que poderiam gerar conflitos, de modo a preservar a paz social e a estabilidade nas relações.

Gagliano e Pamplona Filho^[6], com propriedade, esclarecem que, à luz do princípio da inafastabilidade, o direito de ação sempre será conferido pela ordem jurídica ao autor. Todavia, será atingida pela prescrição a pretensão que surge do direito material violado, isto é, o poder de exigir de outrem coercitivamente o cumprimento de um dever jurídico. Isso se dá em

nome da preservação do sentido de estabilidade social e de segurança jurídica, por não ser razoável o estabelecimento de relações jurídicas perpétuas, que podem obrigar outros sujeitos sem limitação temporal.

Nesse contexto, quando propõe a ação respectiva para satisfação do seu crédito, o credor concretiza a conduta prevista pela lei de modo a afastar o fundamento prescricional e interromper seu curso. Assim, o prazo prescricional, iniciado quando a obrigação se tornou exigível, interrompe-se pela proposição em juízo do direito material violado.

2. Inviabilidade da cobrança estatal por tempo indeterminado

Especificamente no âmbito do direito tributário, o princípio da segurança jurídica ganha enfoque especial. Para o sujeito passivo da obrigação, “pessoa obrigada a pagar o tributo ou penalidade pecuniária”, nos termos do artigo 121 do CTN, “não basta a segurança com relação aos fatos passados (irretroatividade da lei), também se faz necessário um mínimo de previsibilidade quanto ao futuro próximo”, nos termos de Alexandre^[7].

O referido caráter especial se acentua ainda mais nas execuções fiscais, ação pela qual a Fazenda Pública requer de contribuinte crédito que lhe é devido. Trata-se de ação exacional própria, dotada de procedimento especial do qual dispõe a Fazenda Pública para cobrança de seus créditos, sejam tributários ou não, desde que inscritos em dívida ativa.

O enfoque especial conferido à segurança nas execuções fiscais se dá pelo fato de a Fazenda Pública buscar bens suficientes para o pagamento do crédito junto ao patrimônio do executado. Na medida em que é bastante nocivo a ele seus bens serem alvo de buscas pela Fazenda, os danos decorrentes de uma cobrança eterna por parte do Estado são incalculáveis. Lembra-se, desde logo, a impossibilidade, nessa situação, de se prever receitas e despesas, o que, indubitavelmente, prejudica ainda mais a saúde financeira do sujeito passivo da obrigação.

Nesse sentido, o Erário não pode cobrar tributos e outros créditos por tempo indeterminado. Conforme expõe Rocha:

“a duração irrazoável do processo vai de encontro a mandamentos constitucionais, que primam pela celeridade inclusive no âmbito judicial, tendo em vista, primordialmente, a necessidade de as empresas, que desenvolvem a atividade econômica, por conseguinte gerando tributos, poderem ter algum controle mínimo entre a receita e as despesas, incluindo nestas os débitos tributários. A exigibilidade indefinida de créditos não se coaduna com a ordem constitucional, tampouco com a sistemática tributária, que tem como princípio a não-surpresa”[8].

Outrossim, existindo execuções fiscais em curso, estando exigível o crédito exequendo, o devedor está impossibilitado de obter certidão negativa. Tal certidão é o documento apto a comprovar a inexistência de débito de determinado contribuinte, de determinado tributo ou relativo a determinado período.

Com efeito, considerando ser possível a Fazenda Pública cobrar por tempo incerto seu crédito, ter-se-ia a situação na qual determinado devedor insolvente não poderia obter certidões negativas. Ficaria, pois, impossibilitado de participar, por exemplo, de procedimentos licitatórios em cuja fase de habilitação o interessado precisa apresentar tais certidões sob pena de ser desabilitado.

A execução fiscal, compreendida dentro das execuções em geral, além de garantir o interesse do credor, deve também levar em consideração defesas dos direitos do devedor. Nesse sentido, Marins conclui que, juntamente com a necessidade de satisfação do crédito fazendário, “surge a necessidade de se buscar também o respeito incondicional ao sistema de garantias da relação jurídico tributária. Desse limite, por mais que se propugne pelo interesse público da satisfação do

crédito fazendário, não pode passar a execução fiscal”[9]. Conforme explanado, um desses limites é temporal, sendo inviável a cobrança estatal de dívidas por tempo indeterminado.

3. Inércia do credor enquanto causa eficiente da prescrição intercorrente

Segundo Houaiss, inércia é a “resistência que a matéria oferece à modificação do seu estado de movimento”[10]. Como se infere, tal conceito advém da Física.

A Ciência Jurídica, por sua vez, estuda o “princípio da inércia”, de acordo com o qual o Estado-Juiz só atua se for provocado (ne procedat iudex ex officio). Esse princípio foi consagrado no artigo 2º do Código de Processo Civil de 2015, segundo o qual “o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

Explicam Cintra, Grinover e Dinamarco:

“o exercício espontâneo da atividade jurisdicional acabaria sendo contraproducente, pois a finalidade que informa toda a atividade jurídica do Estado é a pacificação social e isso viria em muitos casos a fomentar conflitos e discórdias, lançando desavenças onde elas não existiam antes”[11].

Objetivando resguardar a imparcialidade na solução dos conflitos, Cintra, Grinover e Dinamarco ensinam que “quando o próprio juiz toma a iniciativa do processo, ele se liga psicologicamente de tal maneira à ideia contida no ato de iniciativa, que dificilmente teria condições de julgar imparcialmente”[12]. Assim, é desaconselhável que o Estado inicie de ofício a jurisdição, vez que estaria ensejando instabilidade social onde antes não havia.

Nesse contexto, tanto a concepção de inércia da Física quanto à do Direito abarcam a ideia de falta de mobilidade, estagnação. Quando o autor mantém-se inerte, ele deixa de buscar seu direito, ou, dito de outro modo, deixa de exercer sua pretensão. Isso cria uma situação de incerteza e insegurança jurídica, combatidas pelo instituto da prescrição. Por outro lado, uma vez proposta determinada ação buscando satisfação do direito material, está interrompido o prazo prescricional, afastada a inércia do credor.

Em matéria tributária, em se tratando de feitos executivos fiscais, opera-se a prescrição quando a Fazenda Pública não propõe, no prazo legalmente estipulado, a ação de execução fiscal para obter a satisfação coativa do seu crédito. Segundo o artigo 174, caput, do Código Tributário Nacional, “a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva”.

A concepção moderna do Direito de ação, entretanto, entende-o como de atuação contínua das partes, desde a proposição da demanda até a efetivação do direito. Dessa forma entendem Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, autores que propõem o entendimento da ação como “a síntese de uma série de poderes, faculdades, direitos e deveres e ônus que o ordenamento atribui ao autor no plano processual e ao longo do desenvolvimento do processo, desde o início da demanda até a decisão final fática”^[13].

Durante a marcha processual, pois, perdura o dever de diligência, porquanto a ideia de ação engloba a continuidade de atos. Os artigos 267, VIII, e 569, caput, do Código de Processo Civil de 1973, equivalentes, respectivamente, aos artigos 485, VIII, e 775, caput, no Código de Processo Civil de 2015, colaboram com tal entendimento. Isso porque tais dispositivos preveem a possibilidade de o autor desistir da ação e da execução, sendo possível desistir apenas de algo que tenha continuidade.

Assim, se o exercício do direito de ação vai além do momento da propositura da demanda, como visto, e tal propositura afasta a prescrição, esta também não pode restringir-se a ser interrompida com o início do processo, devendo-se pressupor sua continuidade. É de se perceber,

portanto, a existência de prescrição endoprocessual, isto é, no curso do processo, denominada prescrição intercorrente.

Ensina Arruda Alvim:

“com o curso normal do processo, a cada ato ‘renova-se’ ou ‘revigora-se’ o estado da prescrição interrompida, porquanto o andamento do processo, com a prática de atos processuais significa, em termos práticos, a manutenção deste estado. É só a partir da inércia, quando ao autor couber a prática de ato, e este não vier a ser praticado, durante prazo superior ao da prescrição, é que ocorrerá a prescrição intercorrente”.[\[14\]](#)

Pelo exposto, a prescrição intercorrente se dá quando o processo permanece paralisado por inércia do exequente, exigindo a legislação pátria em sede de execução fiscal um procedimento específico para sua decretação.

O artigo 40 da lei nº 6830/80, Lei de Execuções Fiscais (LEF), que regula a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, determina que o juiz suspenderá a execução enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, abrindo vistas para a Fazenda logo após a suspensão. O prazo no qual o processo permanece suspenso é de 1 (um) ano findo o qual, nos termos do §2º do referido artigo, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos se não localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis. Após cinco anos da decisão que ordena o arquivamento, segundo o §4º do artigo em comento, o magistrado, depois de ouvida a Fazenda acerca da existência de causas de suspensão ou interrupção, poderá decretar a prescrição intercorrente.

Trata-se a prescrição intercorrente na execução fiscal, portanto, de instituto que impede negligência por parte da Fazenda Pública, a qual fica obrigada, sob pena de perda do manejo do processo executivo e,

consequentemente, extinção do feito, a ser sempre diligente e cuidadosa na localização do executado e de seus bens.

Sob o argumento de que prescrição é matéria reservada à lei complementar, segundo o artigo 146, III, b, da Constituição Federal, pode-se pensar ser inconstitucional o mencionado §4º do artigo 40, da lei nº 6830/80. É de se perceber, todavia, que tal §4º, incluído na LEF pela lei nº 11051/04, não tratou de prazo prescricional, não alterando, por exemplo, a sistemática de contagem ou o período quinquenal, mas se limitou a dispor sobre matéria de direito processual civil. Assim considerou o Superior Tribunal de Justiça (STJ)[\[15\]](#), que, tendo em vista a natureza processual da norma, determinou sua aplicação imediata, alcançando inclusive os processos em curso.

Na defesa da constitucionalidade comentada, Marinoni e Arenhart vão além. Para eles, “a prescrição intercorrente não se trata, a rigor, de hipótese de prescrição, mas constitui hipótese de extinção da exigibilidade judicial da prestação, que ocorre pela paralisação injustificada, por culpa do credor, da execução”[\[16\]](#).

4. Impossibilidade de contagem de prazo prescricional durante

paralisação do processo decorrente da morosidade do Poder Judiciário

Diante da sobrecarga de processos que abarrotam o Poder Judiciário brasileiro hoje em dia, são bastante comuns paralisações processuais por falha ou morosidade do sistema judiciário, isto é, por questões que não podem ser atribuídas à parte exequente. São exemplos de tais paralisações a demora para expedição de certo mandado de citação e penhora e o longo período em que o processo pode se encontrar concluso aguardando pronunciamento judicial.

Pelo entendimento apresentado de que a inércia da exequente é condição essencial para a decretação da prescrição ordinária e intercorrente, durante as referidas paralisações no curso do processo não poderia fluir prazo prescricional. Tal conclusão parece simples, mas a

questão merece aprofundamento, sobretudo no tocante à prescrição ordinária.

Antes da Lei Complementar nº 118/2005, o artigo 174 do CTN previa, em seu parágrafo único, inciso I, a citação válida do devedor como causa de interrupção da prescrição do crédito tributário. Com a referida lei complementar, o dispositivo foi modificado, de modo a antecipar a interrupção prescricional para o despacho do juiz que ordena a citação do devedor tributário. Essa alteração foi benéfica para a Fazenda Pública, que era bastante prejudicada com a morosidade do Judiciário associada à dificuldade de localizar o executado. Nesse sentido, explica Alexandre:

“A prevalência da redação anterior do CTN possibilitava ao devedor fugir à citação pessoal, de forma a manter artificialmente a fluência do prazo prescricional. Tal situação era por demais injusta para a Fazenda Pública que, mesmo agindo (propondo a execução fiscal), poderia ver seu direito parecer por algo que lhe é alheio (a fuga do devedor)”[\[17\]](#).

O Código de Processo Civil de 1973 dispõe que “a interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação” (art. 219, §1º). O Novo Código de Processo Civil, de 2015, por sua vez, em seu artigo 240, §1º, estabelece que “a interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação”. Assim, aplicando subsidiariamente o diploma processual civil na cobrança judicial da Dívida Ativa da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme permite o artigo 1º da Lei nº 6830/80, tendo agido a Fazenda Pública, ajuizando o feito executivo fiscal, não há mais o que se falar em fluência de prazo prescricional, já que interrompido.

É no sentido exposto, favorável à Fazenda Pública, o teor do enunciado 106 da Súmula do STJ, segundo a qual “proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos

inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”.

Existem autores, porém, que defendem a inaplicabilidade do enunciado 106 da Súmula do STJ em execuções fiscais. Moura, por exemplo, argumenta:

“Não há que se falar em aplicação da Súmula 106 do STJ, quando o CTN (lei complementar) já fixou qual o marco para a interrupção da prescrição nas execuções fiscais, qual seja, o despacho que ordenar a citação. Se assim não fosse, o legislador teria alterado o inciso I, do parágrafo único, do artigo 174, do CTN, com a seguinte redação: ‘*A prescrição se interrompe com a propositura da execução fiscal*’, o que não ocorreu. (...) não obstante o prazo quinquenal, o Fisco deixa para propor as ações faltando poucos meses para o transcurso do prazo prescricional, e se utiliza da Súmula 106, STJ, para que a arguição da prescrição não seja acolhida. De mais a mais, quando a Fazenda Pública contribui para a ocorrência da prescrição, seja quando deixa para ajuizar a execução fiscal no último exercício ou quando propõem milhares de execuções simultaneamente, não há como ser aplicada a mencionada súmula”[\[18\]](#).

Paulsen, por sua vez, pontifica:

“O CTN enquanto lei de normas gerais de Direito Tributário, sob reserva de lei complementar, e a LEF, enquanto lei processual especial, prevalecem sobre as normas gerais de processo estabelecidas pelo CPC. Assim, ainda hoje, não tem aplicação às execuções fiscais o

disposto no §1º do art. 219 do CPC, que prevê que a interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação. Nas execuções fiscais, decorrido o prazo prescricional após o ajuizamento mas antes de proferido o despacho inicial que determinar a citação, cabe ao Juiz reconhecer de ofício, a prescrição, não havendo modo de vir a ser sanada”.[\[19\]](#)

Outro argumento apresentado por Moura para defender que a Súmula nº 106 do STJ não deve ser aplicada em execuções fiscais é o de que “há nítida diferença entre despacho e citação”[\[20\]](#), sendo o despacho, interruptor da prescrição, ato do Juiz, e não da Justiça, enquanto que a citação é ato da Justiça pelo qual se chama a juízo o sujeito passivo da relação processual para apresentar sua resposta. Moura considera, portanto, que o despacho não estaria incluído no “mecanismo da justiça”, termos da referida súmula.

Com a devida vênia, entendemos ser aplicável a Súmula nº 106 nos feitos executivos fiscais. Primeiramente, é de se afastar a ideia de que a demora para despachar não pode ser incluída como “demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça”. “Demora na citação”, nesse contexto, inclui também a demora na determinação da citação, isto é, o lapso temporal em que se aguarda o pronunciamento judicial. Igualmente, é indubitável que o juiz, cujo principal poder-dever é o de prestar a tutela jurisdicional, está inserido no mecanismo da justiça.

No tocante ao momento do ajuizamento da ação de cobrança fiscal, não importa se o Fisco movimentou a máquina judiciária faltando poucos meses para o transcurso do prazo prescricional. É indiferente, também, se ajuizou várias execuções simultaneamente. Deve-se aferir, apenas, se cada proposição deu-se dentro de prazo quinquenal, cujo termo inicial é constituição do crédito. Defender a inaplicabilidade do enunciado 106 da Súmula do STJ para executivos fiscais sob o argumento de que a Fazenda deixa para ajuizar pouco tempo antes do final do prazo é, em verdade, desconsiderar a existência do próprio prazo.

Também em sentido contrário às ideias de Moura trazidas, vem se posicionando o STJ, para quem é admissível a aplicação da Súmula 106 nas execuções fiscais. Veja-se julgado recente:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL.
VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC.
INOCORRÊNCIA. ART. 514, II, DO CPC.
REQUISITOS. **EXECUÇÃO
FISCAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO
EXECUTIVA. APLICAÇÃO DA SÚMULA
106/STJ.** (...) 3. Em recurso especial
representativo da controvérsia, decidiu o
Superior Tribunal de Justiça que iniciado o prazo
prescricional com a constituição do crédito
tributário, o termo ad quem se dá com a
propositura da execução fiscal. Outrossim, **a
interrupção da prescrição pela citação válida,
na redação original do art. 174, I, do CTN, ou
pelo despacho que a ordena, conforme a
modificação introduzida pela Lei
Complementar 118/2005, retroage à data do
ajuizamento, em razão do que determina o
art. 219, § 1º, do CPC, quando a demora na
citação não for atribuída ao
Fisco.** Precedentes: REsp 1.120.295/SP, Rel.
Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe
21/5/2010, julgado sob o rito do art. 543-C do
CPC e AgRg no AREsp 167.016/DF, Rel. Min.
BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe
19/6/2012. (...). (STJ. AgRg no AREsp
571.242/SC 2014/0216564-4, Relator: Ministro
SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento:
05/05/2015, PRIMEIRA TURMA, Data de
Publicação: DJe 14/05/2015).

O entendimento de Paulsen, para quem é inaplicável às execuções fiscais o artigo 219, §1º, do CPC de 1973, também merece ser criticado.

Isso porque o CTN, segundo nova tese do STJ, ao estabelecer o momento da interrupção da prescrição (despacho ordenando a citação, após a Lei Complementar nº 118/05), não dispôs acerca do momento no qual tal interrupção deveria começar a produzir efeitos. Essa data é buscada por analogia, equidade e princípios gerais de Direito Público no Código de Processo Civil, que estabelece o referido momento como sendo a data de propositura da ação. Eis um trecho do brilhante voto do Ministro Mauro Campbell Marques no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.392.745 - RS (2013/0214318-2)[21]:

“(...) restaram superados os entendimentos que se pretendiam literais no sentido de que a prescrição do crédito tributário somete se interrompia na data da citação pessoal feita ao devedor (redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN) ou na data do despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal (redação atual dada pela Lei Complementar nº 118/2005). Em verdade, esses entendimentos confundiam o suporte fático hipotético eleito pelo ordenamento jurídico para haver a interrupção (ocorrência de citação ou despacho) com o momento da produção de seus efeitos (data da interrupção da prescrição). Fazendo uso de outras palavras, traduzindo-se para a terminologia tributária: confundia-se o critério material de uma hipótese de incidência com o critério temporal, cousas que podem estar em normas distintas (e normalmente o estão). Com efeito, se o CTN, a exemplo do CPC, elege expressamente o suporte fático hipotético para haver a interrupção do prazo prescricional (citação ou despacho), ele é omissivo em relação ao momento da produção de seus efeitos, pois não estabelece uma data para tal. Essa data, seja por emprego da analogia, por emprego da

equidade ou dos princípios gerais de Direito Público (fórmula prevista no art. 108, I, III e IV, do próprio CTN) pode e deve ser buscada no CPC que estabelece expressamente em seu art. 219, §1º, como sendo ‘a data da propositura da ação’.

É de perceber, com o julgado colacionado, que se encontra superado o posicionamento de não aplicação aos feitos executivos fiscais do artigo 219, §1º, do CPC de 1973 (artigo 240, §1º, no CPC de 2015). O novo ponto de vista no STJ, em verdadeiro juízo de equidade e em analogia com norma vigente de Direito Processual Civil, dá ao crédito fiscal tratamento protetivo equivalente ao dado pelo para o crédito particular. É, portanto, sistematicamente melhor e atenta para o fato de que a inércia do credor se encerra com a propositura da ação.

Assim, a fluência de prazo prescricional perde sentido com o exercício do direito de ação, cuja efetivação é representada pela propositura da demanda. Desse modo, estando paralisado o processo por questões intrínsecas ao Poder Judiciário, seja pela demora a se conceder o despacho, seja pela demora a se efetivar a citação, não há o suporte fático para decretação de prescrição, qual seja a inércia da parte exequente.

Como alhures exposto, também é a inércia a condição fática eficiente para a decretação da prescrição intercorrente, cuja existência impede negligência da Fazenda Pública nas execuções fiscais em que almeja a satisfação do seu crédito e se constitui como medida punitiva para o titular de pretensão que se mantém inerte durante o processo. Dessa forma, importante consignar, igualmente, a impossibilidade de contagem de prazo prescricional intercorrente em casos de paralisação da marcha processual por questões que não podem ser atribuídas à exequente, isto é, questões ligadas à morosidade do Poder Judiciário.

Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que, configurada a inércia da parte exequente, sendo inviável a execução seguir por tempo indeterminado, flui

o prazo prescricional intercorrente. Tal prazo é o do artigo 174 do CTN, de cinco anos, que estava interrompido com o despacho ordenando a citação e é retomado verificada a necessidade da Fazenda dar andamento ao feito executivo.

Registra-se não ser possível incluir no referido prazo as longas paralisações do processo por circunstâncias que não atribuídas à exequente, isto é, paralisações por falha ou morosidade do Poder Judiciário, como a demora para expedição de determinado mandado de citação e penhora e o longo período em que o processo se encontra concluso aguardando pronunciamento judicial. Tal impossibilidade decorre da natureza do instituto da prescrição, cuja condição fática eficiente é a inércia da parte exequente, sendo aplicável às execuções fiscais o enunciado 106 da Súmula do STJ.

Referências

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 7 ed. São Paulo: Método, 2013.

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto de. MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. V.1. São Paulo: Atlas, 2010.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. Da prescrição intercorrente. In: CIANCI, Mirna (Coord.). **Prescrição no Novo Código Civil: Uma Análise Interdisciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CÂMARA LEAL, Antônio Luís. apud QUINAIA, Cristiano Aparecido. **Prescrição e decadência à luz da classificação das ações**. Disponível em: Acesso em: 09 nov. 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28^a ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. 1. 14 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOUAISS, Antônio. **Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Execução**, 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINS, James. **Direito Processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2002.

MOURA, Nelson Henrique Rodrigues de França. **Inaplicabilidade da Súmula nº 106 do STJ nos executivos fiscais**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9901/inaplicabilidade-da-sumula-n-106-do-stj-nos-executivos-fiscais>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Prescrição nas ações indenizatórias decorrentes de acidente do trabalho ou doença ocupacional**. Revista LTr, v. 70, n. 5. São Paulo: mai./2006.

PAULSEN, Leandro, **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência**, 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado - parte geral**, tomo VI. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

ROCHA, Annelise Brandeburski. **A Prescrição Intercorrente na Execução Fiscal**. Disponível em: Acesso em: 29 nov. 2017.

RODRIGUES DE ATAÍDE JR., Jaldemiro. **A criação judicial do direito: segurança x justiça. Necessidade de releitura dos princípios**. Disponível em: . Acesso em: 30 nov. 2017.

NOTAS:

[1] CÂMARA LEAL, Antônio Luís. apud QUINAIA, Cristiano Aparecido. **Prescrição e decadência à luz da classificação das ações**. Disponível em: Acesso em: 09 nov. 2017.

[2] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado - parte geral**, tomo VI. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 101.

[3] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado** - parte geral, tomo VI. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 101.

[4] RODRIGUES DE ATAÍDE JR., Jaldemiro. **A criação judicial do direito: segurança x justiça. Necessidade de releitura dos princípios.** Disponível em: . Acesso em: 30 nov. 2017.

[5] OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Prescrição nas ações indenizatórias decorrentes de acidente do trabalho ou doença ocupacional.** Revista LTr, v. 70, n. 5. São Paulo: mai./2006, p. 523.

[6] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil.** Vol. 1. 14 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 496-499.

[7] ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquemático.** 7 ed. São Paulo: Método, 2013, p. 101.

[8] ROCHA, Annelise Brandeburski. **A Prescrição Intercorrente na Execução Fiscal.** Disponível em: Acesso em: 20 nov. 2017.

[9] MARINS, James. **Direito Processual tributário brasileiro (administrativo e judicial).** 2 ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 566.

[10] HOUAISS, Antônio. **Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 420.

[11] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 159.

[12] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 159.

[13] ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto de. MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil.** V.1. São Paulo: Atlas, 2010, p. 140.

[14] ARRUDA ALVIM, José Manuel de. Da prescrição intercorrente. In: CIANCI, Mirna (Coord.). **Prescrição no Novo Código Civil: Uma Análise Interdisciplinar.** São Paulo: Saraiva, 2005, p. 27.

[15] STJ. REsp 735.220/RS, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de julgamento: 03/05/2005, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/05/2005.

[16] MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Execução**, 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 345-346.

[17] ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquemático**. 7 ed. São Paulo: Método, 2013, p. 457.

[18] MOURA, Nelson Henrique Rodrigues de França. **Inaplicabilidade da Súmula nº 106 do STJ nos executivos fiscais**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9901/inaplicabilidade-da-sumula-n-106-do-stj-nos-executivos-fiscais>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

[19] PAULSEN, Leandro, **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência**, 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2007, p. 1126.

[20] MOURA, Nelson Henrique Rodrigues de França. **Inaplicabilidade da Súmula nº 106 do STJ nos executivos fiscais**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9901/inaplicabilidade-da-sumula-n-106-do-stj-nos-executivos-fiscais>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

[21] STJ. AgRg no REsp 1.392.745/RS 2013/0214318-2, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 25/03/2014, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/03/2014.

ALIENAÇÃO PARENTAL E SEUS DESDOBRAMENTOS JUDICIAIS, SOCIAIS E PSICOLÓGICOS

CARLOS CRISTIANO CORDEIRO CABRAL:
Bacharelado pela Faculdade Maurício de Nassau.

RESUMO:A alienação parental no intuito de criar entrelace de desavenças com o uso de uma criança ou adolescente, para em algumas situações satisfazer vontade própria de mesquinhas ou vinganças emocionais contra seu opositor, nesse sentido a lei que regula a alienação parental vem com o intuito de trazer melhor harmonia e convivência entre os nubentes (cônjuges) ou ainda aqueles que detêm a guarda, tutoria, representação legal ou curatela. Dessa forma o presente trabalho científico tem o intuito de levar o conhecimento aqueles que se identifiquem com o assunto que será abordado ou acrescentar intelectualmente aqueles que já detêm algum conhecimento e assim se aprofunde o tema em questão.

PALAVRAS CHAVE:Alienação parental. Família. Incapaz. Crianças. Adolescentes.

ABSTRACT :The parental alienation in order to create interweaving of disagreements with the use of a child or adolescent, in some situations to satisfy own will of petty revenge or emotional revenge against his opponent, in that sense the law that regulates parental alienation comes with the intention of bringing better harmony and coexistence between the spouses (spouses) or those who hold custody, guardianship, legal representation or guardianship. In this way the present scientific work has the intention to bring knowledge to those who identify with the subject that will be approached or to add intellectually those who already have some knowledge and thus to deepen the subject in question.

KEY WORDS:Parental alienation. Family. Unable. Children. Teenagers.

DESENVOLVIMENTO

Alienação parental de acordo com o dicionário informal diz: “Termo cunhado por Richard A. Gardner para se referir a um distúrbio no qual uma criança cria um sentimento de repúdio a um dos pais sem qualquer justificativa.” [1], nesse sentido a criança ou adolescente terá uma análise crítica mal intencionada em relação a um dos pais, vezes essas que terão de ser analisadas as causas específicas, no entanto na maioria das situações se dá pela separação do casal e em decorrência desta fragmentação familiar, são os pais fora ao convívio direto (não detêm guarda geralmente) que causam a alienação propriamente dita do menor

incapaz de discernir sobre o certo e o errado, como pesquisa realizada pelo G1, senão vejamos:

“ALIENAÇÃO PARENTAL OCORRE QUANDO UM GENITOR FAZ CRIANÇA REJEITAR O OUTRO

Paula - Como se caracteriza uma alienação parental?

Bruna Rinaldi - Alienação parental é caracterizada quando há uma lavagem cerebral na criança, ou seja, quando uma mãe ou um pai imputa características falsas do outro genitor à criança e isso faz com que ela deteste o outro genitor, que normalmente não é o guardião.”[2]

A definição por excelência trazida por Carla Moradei Tardelli e Leandro Souto da Silva, não poderia deixar de enriquecer o corpo do presente trabalho acadêmico, assim trazem: “A alienação é o extremo da perversidade. É o desprezo pelo outro, a necessidade de vingança pelo desamor, destilado através de crianças e adolescentes, que se tornam verdadeiros instrumentos de ataque àquele que decidiu seguir sua vida sem a companhia do alienador.”[3]

Será disciplinada a alienação parental pela Lei 12.318 de 2010, que consigo traz o seu conceito no artigo 2º [4], além de acordo com o artigo 3º[5] ferir direito fundamental do menor em ter um convívio familiar saudável, para garantir a veracidade da alienação parental poderá ser feita uma avaliação psicologia, essa tal sendo de caráter científico, por profissional capacitado e regulado por lei especifica todos os atos e requisitos necessários para tal investidura, na qual será regulada pelo Conselho Federal de Psicologia (CFP), resolução 02 de 2003, dessa forma vejamos, como se baseará tal medida:

“A resolução CFP 02/03, define e regulamenta o uso de testes psicológicos:

“Art. 10 – Será considerado teste psicológico em condições de uso, seja ele comercializado ou disponibilizado por outros meios, aquele que, após receber Parecer da Comissão Consultiva em Avaliação Psicológica, for aprovado pelo CFP.

Parágrafo único– Para o disposto no caput deste artigo, o Conselho Federal de Psicologia considerará os parâmetros de construção e princípios reconhecidos pela comunidade científica, especialmente os desenvolvidos pela Psicometria.

Art. 11 – As condições de uso dos instrumentos devem ser consideradas apenas para os contextos e propósitos para os quais os estudos empíricos indicaram resultados favoráveis.

Parágrafo Único – A consideração da informação referida no caput deste artigo é parte fundamental do processo de avaliação psicológica, especialmente na escolha do teste mais adequado a cada propósito e será de responsabilidade do psicólogo que utilizar o instrumento.”

Ao realizar, portanto um trabalho pericial, além do profundo conhecimento na área da psicologia enquanto ciência, da intimidade com os instrumentos psicológicos como por exemplo os testes e técnicas psicológicas o profissional deve ter uma sólida experiência na prática da avaliação psicológica e na árdua tarefa de periciar, pois que o resultado deste trabalho de investigação e análise leva o psicólogo a lapidar o complexo raciocínio que desenvolveu durante o processo de avaliação psicológica, por meio de criterioso exame qualitativo e quantitativo, do material produzido pelo periciado juntamente com a escuta dos envolvidos. Tais conclusões porém são reguladas pelas teorias psicológicas e também segundo critérios de racionalidade, argumentação e objetividades possíveis, até a conclusão final.

Além do trabalho pericial o profissional perito trabalha muitas vezes como assistente técnico, trabalho este tão criterioso e árduo quanto o de perícia porém, com a diferença de que o PERITO é nomeado pelo JUIZ e o ASSISTENTE TÉCNICO é contratado por uma das partes.

“O Psicólogo baseará o seu trabalho no respeito à dignidade e integridade do ser humano” (Código de Ética Profissional dos Psicólogos – 2005 – CFP).”^[6]

Caberá ao artigo 6º da lei infraconstitucional a sanção, caso seja comprovado a alienação, para que assim essa seja suprida de alguma forma o dano causado pelo agente, assim tendo uma parcela do dano ressarcido mediante a gravidade e aplicado a norma em modo de equivalência para que não seja desbalanceado a imposição judicial, por tal motivo o artigo supracitado traz consigo diversas medidas para que seja abrangido os variados casos, senão vejamos:

“Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.”^[7]

Tais medidas para garantir que cesse essa intervenção psicológica desnecessária e que afeta em grande escala aqueles que ficam no meio de uma relação criada sobre o alicerce da instabilidade, ou seja, as crianças, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), traz uma matéria de suma relevância ao contexto aqui discutido, as medidas judiciais cabíveis, que devem ser tomadas e como devem ser executadas, senão vejamos:

“**Medidas judiciais** - A equipe multidisciplinar tem o prazo de 90 dias para apresentar um laudo em relação à ocorrência de alienação. Se constatada a prática, o processo passa a ter tramitação prioritária e o juiz determinará com urgência as medidas provisórias visando a preservação da integridade psicológica da criança, inclusive para assegurar a sua convivência com o genitor e efetivar a reaproximação de ambos. As medidas que podem ser tomadas, de acordo com a lei, vão desde uma simples advertência ao genitor até a ampliação do regime de convivência em favor do genitor alienado, estipulação de multa ao alienador, determinação de

acompanhamento psicológico, alteração da guarda e suspensão da autoridade parental.”[\[8\]](#)

METODOLOGIA

O meio apreciado para a contextualização do tema abordado, prepondera na lei que regula a prática da alienação parental, dessa forma introduzindo pensamentos que trarão malefícios para o convívio da criança ou do adolescente com seu genitor ou aquele que o detiver para educar e ter laço afetivo, para tanto foi utilizado para o embasamento teórico do tema e para ratificar os pontos aqui elencados e discutidos os demais meios como, jornal, resolução de entidade específica para regulação das atividades psicológicas, a própria lei que dispõe sobre a alienação parental, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que traz demais explicações simples sobre os temas em geral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese o presente trabalho vem a todos trazer como a Lei 12.318 tem sua importância perante aqueles que ainda não tinham o respaldo legal para apuração dessa prática, todavia a necessidade de alertar a sociedade para que a conscientização se dissemine, ocasionando uma generalização do tema, fazendo com que novos pais e mães não o tenham como prática cotidiana e normal perante seus filhos incapazes de ter um senso crítico sobre aquela informação que lhes estão sendo repassadas, ademais os transtornos psicológicos emocionais são demasiadamente graves ao desenvolvimento do menor enquanto ser social, crítico e que deve ter que se relacionar com sua família e com outros indivíduos, ou seja, a necessidade de adaptar-se ao meio familiar e social.

REFERÊNCIAS

Carla Moradei Tardelli/Leandro Souto da Silva. **Você sabe o que é alienação parental?**. Disponível em: <https://moradeiesouto.jusbrasil.com.br/artigos/111818831/voce-sabe-o-que-e-alienacao-parental>>. (Data de acesso: 18/09/2017)

BRASIL. Lei 12.318, Brasília, 26 de agosto de 2010. **Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm> (Data de acesso: 18/09/2017)

DICIONÁRIO INFORMAL. Disponível em: <http://www.dicionarioinformal.com.br/significado/aliena%C3%A7%C3%A3o%20parental/27078/>> (Data de acesso: 18/09/2017)

G1. Alienação parental ocorre quando um genitor faz criança rejeitar o outro. **Disponível em:** <http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2014/07/direito-de-familia-alienacao-parental-2014-07-02.html> (Data de acesso: 18/09/2017)

PERÍCIA PSICOLÓGICA. Disponível em: <http://www.avaliacaopsicologica.com/servicos/pericia-psicologica/> (data de acesso: 18/09/2017)

CNJ. **Alienação parental: o que a Justiça pode fazer?**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80167-alienacao-parental-o-que-a-justica-pode-fazer> (Data de acesso: 18/09/2017)

NOTAS:

[1] DICIONÁRIO INFORMAL. Disponível em: <http://www.dicionarioinformal.com.br/significado/alienacao-parental/27078/> (Data de acesso: 18/09/2017)

[2] G1. Alienação parental ocorre quando um genitor faz criança rejeitar o outro. **Disponível em:** <http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2014/07/direito-de-familia-alienacao-parental-2014-07-02.html> (Data de acesso: 18/09/2017)

[3] Disponível em: <https://moradeiesouto.jusbrasil.com.br/artigos/111818831/voce-sabe-o-que-e-alienacao-parental>

[4] Lei 12.318. Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

[5] Lei 12.318. Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

[6] Perícia Psicológica. Disponível em: <http://www.avaliacaopsicologica.com/servicos/pericia-psicologica/> (data de acesso: 18/09/2017)

[7] LEI **Nº** **12.318.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm.> (Data de acesso: 18/09/2017)

[8] CNJ. Alienação parental: o que a Justiça pode fazer?. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80167-alienacao-parental-o-que-a-justica-pode-fazer>> (Data de acesso:18/09/2017)

FUNDO DE SAÚDE DO EXÉRCITO E CADASTRAMENTO DE DEPENDENTES: LEGALIDADE DA LIMITAÇÃO TEMPORAL

DANILLO VILAR PEREIRA: Procurador Municipal. Graduado em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba.

RESUMO: O presente artigo teve por objetivo analisar a legalidade da limitação temporal instituída por meio da Portaria n.º 653 do Comandante do Exército para cadastramento na qualidade de beneficiário indireto do Fundo de Saúde do Exército (FUSEx). Inicialmente, será analisada a legislação que estrutura e organiza o Sistema de Saúde do Exército Brasileiro e, ao final do artigo, partindo-se dos dados apresentados, conclui-se que não há ilegalidade na limitação temporal instituída por meio da Portaria n.º 653, de 30 de agosto de 2005.

Palavras-chave: Fundo de Saúde do Exército (FUSEx). Beneficiários indiretos. Portaria n.º 653. Princípio da legalidade.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO – 2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA PRODUÇÃO DE ATOS NORMATIVOS PELO PODER EXECUTIVO – 3 CONCLUSÃO – 4 REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O Sistema de Saúde do Exército Brasileiro encontra previsão legal no Estatuto dos Militares ao conferir o direito à assistência médico-hospitalar para si e seus dependentes, assim entendida como o conjunto de atividades relacionadas com a prevenção, conservação ou recuperação da saúde, abrangendo serviços profissionais médicos, farmacêuticos e odontológicos, bem como o fornecimento, a aplicação de meios e os cuidados e demais atos médicos e paramédicos necessários.

A lei n.º 6.880 permite expressamente a regulamentação específica da matéria, razão pela qual foram editados diversos atos normativos pela Força Terrestre, desmembrando-se a assistência médico-hospitalar em Prestação de Assistência à Saúde Suplementar dos Servidores Civis do Exército Brasileiro - PASS; Sistema de Assistência Médico-Hospitalar aos

Militares do Exército, Pensionistas Militares e seus Dependentes – SAMMED e Assistência Médico-Hospitalar a ser prestada aos xx-combatentes, pensionistas e seus dependentes – SAMEx.

Nesse contexto, emerge a Portaria n.º 653 do Comandante do Exército instituindo limitação temporal para cadastramento de dependentes beneficiários indireto do FUSEx, a qual foi alvo de questionamento na via judicial quanto à sua legalidade. Em conclusão, defende-se a legalidade da limitação temporal, fundamentando-se na diferenciação entre os conceitos de assistência médico-hospitalar e Fundo de Saúde do Exército (FUSEx).

2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA PRODUÇÃO DE ATOS NORMATIVOS PELO PODER EXECUTIVO

O ponto central deste estudo cinge-se a definir se é válida limitação temporal instituída por meio da Portaria n.º 653, de 30 de agosto de 2005, para inscrição no Cadastro de Beneficiários do Fundo de Saúde do Exército (CADBEN/FUSEx) com a finalidade de ser considerado beneficiário indireto do FUSEx, com a seguinte redação:

Art. 6º São considerados beneficiários indiretos do FUSEx, os seguintes dependentes:

I - desde que incluídos legalmente no CADBEN - FUSEx, até a data de publicação destas IG, obedecidas as condicionantes de dependência econômica e outras vigentes à época da inclusão:

(...)

II - os constantes das alíneas b), c), e), f), g) e h) do § 3º, do art. 50, do Estatuto dos Militares (E1), desde que incluídos, legalmente, no CADBEN-FUSEx até 29 de setembro de 1995, obedecidas as condicionantes de dependência econômica e demais vigentes à época da inclusão.

Nesse contexto, dispõe a Constituição Federal, por meio do art. 59, que "*o processo legislativo compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções*". Estas espécies normativas são consideradas normas cuja validade decorrem diretamente da Constituição Federal.

O ato de Portaria, com o conteúdo ora submetido, insere-se no âmbito de competência do Comandante do Exército, nos termos do artigo 20, inciso XIV, da Estrutura Regimental do Comando do Exército, aprovada pelo Decreto nº 5.571/2006, que assim dispõe:

Art. 20. Ao Comandante do Exército, além das atribuições previstas na legislação em vigor e consoante diretrizes do Ministro de Estado da Defesa, incumbe:

(...)

XIV - formular a legislação específica e aprovar as normas próprias do Comando do Exército;

Com *status* inferior, a Portaria é conceituada, por meio do Manual da Presidência da República, como "*instrumento pelo qual Ministros ou outras autoridades expedem instruções sobre a organização e funcionamento de serviço e praticam outros atos de sua competência*".

Sob a perspectiva material, busca-se avaliar a compatibilidade do conteúdo da Portaria frente às normas veiculadas por meio de leis em sentido estrito, especialmente a Lei n.º 6.880, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares, evitando-se, com efeito, qualquer discrepância entre o conteúdo do ato normativo infra legal e a legislação que lhe dá suporte.

Trata-se de exercício análogo ao poder regulamentar, definido por Hely Lopes^[1] da seguinte forma:

O poder regulamentar é a faculdade de que dispõem os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução

(...)

No poder de chefiar a Administração está implícito o de regulamentar a lei e suprir, com normas próprias, as omissões do Legislativo que estiverem na alçada do Executivo. Os vazios da lei e a imprevisibilidade de certos fatos e circunstâncias que surgem, a reclamar providências imediatas da Administração, impõem se reconheça ao Chefe do Executivo o poder de regulamentar, através de decreto, as normas legislativas incompletas, ou de prover situações não previstas pelo legislador, mas ocorrentes na prática administrativa. O essencial é que o Executivo, ao expedir regulamento - autônomo ou de execução da lei -, não invada as chamadas "reservas da lei", ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, e tais são, em princípio, as que afetam as garantias e os direitos individuais assegurados pela Constituição (art. 5.º).

A faculdade normativa, embora caiba predominantemente ao Legislativo, nele não se exaure, remanescendo boa parte para o Executivo, que expede regulamentos e outros atos de caráter geral e efeitos externos (24). Assim, o regulamento é um complemento da lei naquilo que não é privativo da lei. Entretanto, não se pode confundir lei e regulamento.

(...)

Regulamento é ato administrativo geral e normativo, expedido privativamente pelo Chefe do Executivo (federal, estadual ou municipal), através de decreto, com o fim de explicar o modo e forma de execução da lei (regulamento de execução) ou prover

situações não disciplinadas em lei (regulamento autônomo ou independente). (Destacou-se).

A prestação da assistência médico-hospitalar encontra previsão legal no art. 50, IV, "e", da Lei n.º 6.880, da seguinte forma:

Art. 50. São direitos dos militares:

IV - nas condições ou nas limitações impostas na legislação e regulamentação específicas:

e) a assistência médico-hospitalar para si e seus dependentes, assim entendida como o conjunto de atividades relacionadas com a prevenção, conservação ou recuperação da saúde, abrangendo serviços profissionais médicos, farmacêuticos e odontológicos, bem como o fornecimento, a aplicação de meios e os cuidados e demais atos médicos e paramédicos necessários; (destacou-se)

Frise-se que a Lei permite que sejam elencadas condições ou limitações por meio de regulamentação específica.

Nessa vertente, o rol de dependentes é definido por meio do art. 50, §§2º e 3º, do Estatuto dos Militares, *in verbis*:

§ 2º São considerados dependentes do militar:

I - a esposa;

II - o filho menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou interdito;

III - a filha solteira, desde que não receba remuneração;

IV - o filho estudante, menor de 24 (vinte e quatro) anos, desde que não receba remuneração;

V - a mãe viúva, desde que não receba remuneração;

VI - o enteado, o filho adotivo e o tutelado, nas mesmas condições dos itens II, III e IV;

VII - a viúva do militar, enquanto permanecer neste estado, e os demais dependentes mencionados nos itens II, III, IV, V e VI deste parágrafo, desde que vivam sob a responsabilidade da viúva;

VIII - a ex-esposa com direito à pensão alimentícia estabelecida por sentença transitada em julgado, enquanto não contrair novo matrimônio.

§ 3º São, ainda, considerados dependentes do militar, desde que vivam sob sua dependência econômica, sob o mesmo teto, e quando expressamente declarados na organização militar competente:

a) a filha, a enteada e a tutelada, nas condições de viúvas, separadas judicialmente ou divorciadas, desde que não recebam remuneração;

b) a mãe solteira, a madrasta viúva, a sogra viúva ou solteira, bem como separadas judicialmente ou divorciadas, desde que, em qualquer dessas situações, não recebam remuneração;

c) os avós e os pais, quando inválidos ou interditos, e respectivos cônjuges, estes desde que não recebam remuneração;

d) o pai maior de 60 (sessenta) anos e seu respectivo cônjuge, desde que ambos não recebam remuneração;

e) o irmão, o cunhado e o sobrinho, quando menores ou inválidos ou interditos, sem outro arrimo;

f) a irmã, a cunhada e a sobrinha, solteiras, viúvas, separadas judicialmente ou divorciadas, desde que não recebam remuneração;

g) o neto, órfão, menor inválido ou interdito;

h) a pessoa que viva, no mínimo há 5 (cinco) anos, sob a sua exclusiva dependência econômica, comprovada mediante justificação judicial;

i) a companheira, desde que viva em sua companhia há mais de 5 (cinco) anos, comprovada por justificação judicial; e

j) o menor que esteja sob sua guarda, sustento e responsabilidade, mediante autorização judicial.

A prestação de serviço de saúde aos militares, apesar de ser regido por regime jurídico específico, não perde sua característica de benefício análogo à seguridade social insculpida por meio do título VIII, capítulo II, da Constituição Federal. Dessa forma, a criação, majoração ou extensão de benefícios poderá ocorrer somente se houver a correspondente fonte de custeio total, em consonância com o princípio da prévia fonte de custeio positivado no art. 195, §5º, da Constituição Federal, razão pela qual, em concomitância com o princípio da legalidade, defende-se que este rol é taxativamente definido no Estatuto dos Militares.

Não obstante a Lei n.º 6.880 permita em seu próprio corpo a instituição de condicionantes para a prestação do serviço de assistência médico-hospitalar, o rol de dependentes já é legalmente definido, sem que se possa ampliá-lo ou restringi-lo por meio de ato infra legal, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

Estabelecida esta premissa, passa-se a analisar a estruturação e prestação da assistência médico-hospitalar aos militares e seus dependentes.

De acordo com o art. 50, IV, "e", do Estatuto dos Militares, "nas condições ou nas limitações impostas na legislação e regulamentação específicas são *direitos dos militares a assistência médico-hospitalar para si e seus dependentes*". Regulamentando este dispositivo normativo, foi editado o Decreto n.º 92.512, de 2 de abril de 1986, dispondo que "a *assistência médico-hospitalar, a ser prestada ao militar e seus dependentes, será proporcionada através das seguintes organizações de saúde: I - dos Ministérios Militares; II - Hospital das Forças Armadas; III - de Assistência Social dos Ministérios Militares, quando existentes; IV - do meio civil, especializadas ou não, oficiais ou particulares, mediante convênio ou contrato; V - do exterior, especializadas ou não*".

Por meio deste Decreto, criou-se o Fundo de Saúde do Exército (FUSEx), como um subsistema da assistência médico-hospitalar aos militares e seus dependentes. Definiu-se que FUSEx compreende:

recurso extra-orçamentário oriundo de contribuições obrigatórias dos militares, da ativa e na inatividade, e dos pensionistas dos militares, destinado a cobrir parte das despesas com a assistência médico-hospitalar dos beneficiários do Fundo, segundo regulamentação específica de cada Força Singular

Esclarece-se, desde já, que o FUSEx não se confunde com assistência médico-hospitalar. Com efeito, o FUSEx sequer é mencionado no Estatuto dos Militares, que se limitou a dispor acerca da assistência médico-hospitalar como direito dos militares e seus dependentes, deferindo às Forças Armadas a regulamentação específica de como esse serviço deverá ser prestado.

Nessa toada, o Sistema de Saúde do Exército foi dividido em Prestação de Assistência à Saúde Suplementar dos Servidores Civis do Exército Brasileiro - PASS (Portaria n.º 422-DGP, de 19/06/08 e Portaria n.º 117, de 19/05/08); Sistema de Assistência Médico-Hospitalar aos Militares do Exército, Pensionistas Militares e seus Dependentes – SAMMED (Decreto n.º 92.512, de 02/04/86 e demais atos normativos relacionados neste artigo jurídico) e Assistência Médico-Hospitalar a ser

prestada aos Ex-combatentes, pensionistas e seus dependentes - SAMEx (Nota Informativa n.º 01 - DSau, de 13 de outubro de 2011).

O Sistema de Assistência Médico-Hospitalar aos Militares do Exército, Pensionistas Militares e seus Dependentes – SAMMED, subdivide-se em Fundo de Saúde do Exército (FUSEx) e prestação de assistência médico-hospitalar aos demais militares e dependentes que não se enquadrem no FUSEx, cujo custeio se dará com base no fator de custo e/ou pagamento integral das indenizações devidas pela assistência prestada, conforme art. 26, I c/c art. 31, ambos da Portaria n.º 878. Neste Parecer, tratar-se-á apenas acerca do SAMMED e suas ramificações.

Em paralelo, pode-se afirmar que há um SAMMED em amplo sentido, subdividido em FUSEx e SAMMED em sentido estrito. Para fins de esclarecimento, transcrevem-se os conceitos definidos pelo Decreto n.º 92.512 (que regulamentou a assistência médico-hospitalar):

Art. 3º Para os efeitos deste decreto, serão adotadas as seguintes conceituações:

III - Assistência Médico-Hospitalar - é o conjunto de atividades relacionadas com a prevenção de doenças, com a conservação ou recuperação da saúde e com a reabilitação dos pacientes, abrangendo os serviços profissionais médicos, odontológicos e farmacêuticos, o fornecimento e a aplicação de meios, os cuidados e os demais atos médicos e paramédicos necessários;

V - Beneficiários da Assistência Médico-Hospitalar - são os militares da ativa ou na inatividade, bem como seus respectivos dependentes definidos no Estatuto dos Militares;

VI - Beneficiários dos Fundos de Saúde - são os beneficiários da assistência médico-hospitalar que contribuem para os Fundos de Saúde e os dependentes dos militares que, a critério de cada

Força, sejam enquadrados nos regulamentos dos respectivos Fundos

Frise- que o conceito de Fundo de Saúde, nos termos atuais, foi uma criação do Decreto referido, considerando que a Lei n.º 6.880 dispõe apenas acerca da assistência médico-hospitalar e lista o rol de dependentes dos militares. Dessa forma, Beneficiários da Assistência Médico-Hospitalar são os militares e seus respectivos dependentes definidos no Estatuto dos Militares, visto que o Decreto, por ser ato regulamentar, não poderia violar a Lei n.º 6.880, restringindo dependentes definidos legalmente.

Entretanto, no que concerne ao Fundo de Saúde, fundamentada apenas no Decreto n.º 92.512, os beneficiários são grupos definidos por ato infra legal. Neste sentido, o próprio Decreto já delimitou que Beneficiários dos Fundos de Saúde são os militares que contribuem para o Fundo de Saúde e dependentes que, a critério de cada Força, sejam enquadrados nos regulamentos dos respectivos Fundos.

Perceba-se que todos os dependentes listados por meio da Lei n.º 6.880 terão direito à assistência médico-hospitalar, contudo, somente os dependentes listados em atos regulamentares das respectivas forças armadas serão beneficiários do FUSEx, subdivisão do conceito genérico de "assistência médico-hospitalar". Dessa forma, aos militares e seus dependentes é garantida a assistência médica através dos Ministérios Militares; Hospital das Forças Armadas; de Assistência Social dos Ministérios Militares, quando existentes; do meio civil, especializadas ou não, oficiais ou particulares, mediante convênio ou contrato; do exterior, especializadas ou não.

A diferença residirá apenas na coparticipação do beneficiário, caso contribua para o FUSEx, será de vinte por cento do total do atendimento, se cobertas pelo sistema, e a cem por cento, no caso de despesas não cobertas, mas financiadas pelo FUSEx; caso não se enquadre no FUSEx, haverá pagamento integral das indenizações devidas pela assistência médico-hospitalar que lhes for prestada em OMS ou, por meio de convênios ou contratos. Sublinhe-se que, em virtude do custeio parcial pelo Poder Público, a tabela de valores de ressarcimento é inferior à média do preço pago no mercado por consultas, procedimentos etc, resultando em

vantagem financeira aos beneficiários do SAMMED, não incluídos no subgrupo do FUSEx. Outrossim, nenhum beneficiário ficará desamparado e alijado do sistema de assistência médico-hospitalar.

Complementando o Decreto n.º 92.512, foi editada a Portaria n.º 653, de 30 de agosto de 2005 pelo Comandante do Exército, disciplinando o funcionamento do FUSEx, por força do art. 46 deste Decreto e art. 50, IV, da Lei n.º 6.880. Por meio desta Portaria, aprimorou-se conceitos legais, definindo-se que:

Art. 3º - Omissis

II - beneficiários do FUSEx – são os(as) militares do Exército, na ativa ou na inatividade, as(os) pensionistas, que são contribuintes do FUSEx, bem como os seus dependentes instituídos, de acordo com os arts. 4º, 5º e 6º destas IG, como também os incluídos legalmente com base em IG anteriores;

V - cadastro de beneficiários (CADBEN/FUSEx) é a relação informatizada de todos os beneficiários do FUSEx;

IX - FUSEx - é o fundo constituído de recursos financeiros oriundos de contribuições obrigatórias e indenizações de atendimento médico-hospitalar dos militares, na ativa e na inatividade, e de pensionistas de militares, destinado a complementar o custeio da assistência médico-hospitalar para si e para os seus beneficiários;

Veja que a Portaria supramencionada definiu os beneficiários do FUSEx, cuja previsão se limita ao Decreto n.º 92.512, com fundamento no art. 3º, VI, deste Decreto. Não vislumbra-se a possibilidade de conflito de legalidade neste ponto, tendo em vista que a Lei n.º 6.880 garantiu apenas o direito à assistência médico-hospitalar aos beneficiários e seus dependentes, permitindo a regulamentação específica por cada Força, sem que houvesse qualquer menção ao FUSEx.

O Presidente da República, com fundamento no exercício de seu poder regulamentar, disciplinou a matéria criando um subgrupo dentro da assistência prestada, mormente o FUSEx, o qual coexiste com a prestação de assistência médico-hospitalar aos demais militares e dependentes não incluídos no referido fundo. Considerando que o FUSEx, no cenário legislativo atual, é criação do Decreto n.º 92.512, no máximo, poderia-se cogitar em conflito entre o Decreto e a Portaria n.º 653, o que também não ocorreu, visto que este Decreto, ao instituir o FUSEx, definiu que seus beneficiários são aqueles que contribuem para os Fundos de Saúde e os dependentes dos militares que, a critério de cada Força, sejam enquadrados nos regulamentos dos respectivos Fundos.

Os militares e dependentes que não sejam incluídos no FUSEx, em virtude de critério de conveniência e oportunidade de cada Força, ingressam no regramento geral do Sistema de Assistência Médico-Hospitalar aos Militares do Exército, Pensionistas Militares e seus Dependentes – SAMMED. Perceba-se que a escolha dos beneficiários do subgrupo denominado FUSEx se encontra dentro da discricionariedade administrativa que analisará critérios de oportunidade e conveniência, balizando-se na ciência atuarial.

Neste sentido, dispõe o art. 32, §1º, do Decreto n.º 92.512 que *"os beneficiários dos Fundos de Saúde de cada Força estarão sujeitos ao pagamento de 20%.(vinte por cento) das indenizações devidas pela assistência médico-hospitalar que lhes for prestada em organizações de saúde das Forças Armadas, ou através de convênios ou contratos, sendo o restante coberto com os recursos financeiros relacionados no Título III, conforme regulamentação de cada Força"*. Noutro giro, os beneficiários da Assistência Médico-Hospitalar, não enquadrados como beneficiários dos Fundos de Saúde das respectivas Forças, estarão sujeitos ao pagamento integral das indenizações *devidas pela assistência médico-hospitalar que lhes for prestada em organizações de saúde das Forças Armadas ou através de convênios ou contratos*.

Com a finalidade de enfatizar essa dualidade entre o SAMMED custeado por fator de custo e/ou indenização integral e SAMMED custeado de acordo com recurso do Fundo de Saúde do Exército (FUSEx), ilustra-se a Portaria n.º 049-DGP, de 28 de Fevereiro de 2008, que dispõe, por meio do art. 8º, §§2 e 3º, respectivamente, que *"Os militares citados neste artigo,*

bem como seus dependentes econômicos, legalmente constituídos, deverão ser atendidos pelo Sistema de Assistência Médica aos Militares do Exército, Pensionistas Militares e seus Dependentes (SAMMED), com recursos financeiros do Fator de Custos". No que toca aos "dependentes econômicos destes militares, legalmente declarados, com base nos §§ 2º e 3º do art. 50 do E/1, deverão ser atendidos pelo SAMMED, mediante indenização de 100% das despesas geradas, em conformidade com o previsto nas IG 30-16".

Por sua vez, a Portaria n.º 878, textualiza essa divisão entre a forma de prestação de assistência médico-hospitalar:

Art. 26. Os usuários do SAMMED, ressalvadas as isenções previstas nos arts. 30 e 31 destas IG, estarão sujeitos:

I - ao pagamento integral das indenizações devidas pela assistência médico-hospitalar que lhes for prestada em OMS ou, por meio de convênios ou contratos, em OCS ou PSA; e

II - ao pagamento de vinte por cento das indenizações devidas pela assistência médico-hospitalar que lhes for prestada em OMS ou, por meio de convênios ou contratos, em OCS ou PSA, se contribuintes/beneficiários do FUSEx.

Repise-se que não há ilegalidade na estruturação da assistência médico-hospitalar em subgrupos, tendo em vista que a Lei n.º 6.880 apenas define o conceito de assistência, transferindo as condições ou limitações impostas à legislação e regulamentação específica, de acordo com o art. 50, IV, do Estatuto dos Militares.

Paralelamente à análise legislativa, deve-se consultar decisões judiciais firmadas a respeito do tema. Neste sentido, o Tribunal Regional da 4ª Região possui entendimento no seguinte sentido:

ADMINISTRATIVO. MILITAR. SOGRA -
DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA.
INCLUSÃO COMO BENEFICIÁRIA NO FUSEX -

POSSIBILIDADE. LIMITE TEMPORAL
DETERMINADO EM PORTARIA -
IMPOSSIBILIDADE.

1. Com a comprovação de que a sogra de militar é sua dependente econômica, faz jus ela à sua inclusão como beneficiária no FUSEX.

2. As Portarias não podem limitar direito concedido em lei que pretende regular.

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 2009.70.00.000259-2/PR;
RELATOR: Juiz Federal JOÃO PEDRO GEBRAN
NETO; Órgão Julgador: TRF4 - 3ª Turma).

Não obstante este precedente não discuta a inscrição de pais na qualidade de dependentes, debate-se acerca da limitação temporal que se aplica a outro grupo de dependente em situação análoga. Da leitura da fundamentação do voto, percebe-se claramente que o judiciário não tem amadurecido sua argumentação nos fundamentos ora expostos. Sequer menciona-se a existência do SAMMED e suas subdivisões. Confunde-se claramente o FUSEX com o conceito de assistência médico-hospitalar.

Percebe-se que a discussão tem se restringido ao FUSEX; art. 50, IV, da Lei n.º 6.880; princípio da legalidade e poder regulamentar da administração pública. Não se vislumbra discussão acerca do funcionamento e estruturação do sistema de saúde do Exército e suas ramificações em PASS, SAMMED e SAMEX, bem como subdivisão do SAMMED em FUSEX e prestação da assistência com base no fator de custo e/ou coparticipação/indenização integral. Não se discute no precedente se o dependente mantém esta qualidade, contudo, deverá ser inscrito no SAMMED, sem que faça parte do subgrupo dos beneficiários do FUSEX.

Frise-se também que as conclusões expostas neste artigo jurídico acerca da limitação temporal não versa sobre a (im)possibilidade de reinclusão do dependente após a publicação da Portaria n.º 653, o que, ao que me parece, tem sido admitido administrativamente.

3 CONCLUSÃO

O presente estudo permite concluir que o rol de dependentes é legalmente definido, sem que se possa ampliá-lo ou restringi-lo por meio de ato infra legal, sob pena de afronta ao princípio da legalidade. Contudo, o FUSEx não se confunde com assistência médico-hospitalar, não havendo menção no Estatuto dos Militares, que se limitou a dispor acerca da assistência médico-hospitalar como direito dos militares e seus dependentes, deferindo às Forças Armadas a regulamentação específica de como esse serviço deverá ser prestado.

O conceito de Fundo de Saúde, nos moldes atuais, foi uma criação do Decreto n.º 92.512 considerando que a Lei n.º 6.880 dispõe apenas acerca da assistência médico-hospitalar e lista o rol de dependentes dos militares. Dessa forma, todos os dependentes listados por meio da Lei n.º 6.880 terão direito à assistência médico-hospitalar, contudo, somente os dependentes listados em atos regulamentares das respectivas forças armadas serão beneficiários do FUSEx, subdivisão do conceito genérico de "assistência médico-hospitalar.

A Portaria n.º 653 do Comandante do Exército definiu os beneficiários do FUSEx, cuja previsão se limita ao Decreto n.º 92.512, com fundamento no art. 3º, VI, sem que configure conflito de legalidade neste ponto, tendo em vista que a Lei n.º 6.880 garantiu apenas o direito à assistência médico-hospitalar aos beneficiários e seus dependentes, permitindo a regulamentação específica por cada Força, sem que houvesse qualquer menção ao FUSEx.

Outrossim, tendo em vista que o FUSEx é criação do Decreto n.º 92.512, no máximo, poderia-se cogitar em conflito entre o Decreto e a Portaria n.º 653, o que também não ocorreu, visto que este Decreto, ao instituir o FUSEx, definiu que seus beneficiários são aqueles que contribuem para os Fundos de Saúde e os dependentes dos militares que, a critério de cada Força, sejam enquadrados nos regulamentos dos respectivos Fundos.

Os militares e dependentes que não sejam incluídos no FUSEx ingressam no regramento geral do Sistema de Assistência Médico-Hospitalar aos Militares do Exército, Pensionistas Militares e seus Dependentes – SAMMED, de sorte que não há ilegalidade na limitação

temporal instituída por meio da Portaria n.º 653 do Comandante do Exército.

4 REFERÊNCIAS

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23ª ed.. Malheiros: São Paulo, 1998.

BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. Apelação Cível. AC n.º 2009.70.00.000259-2/PR . Relator: João Pedro Gebran Neto. Julgado em 23 de novembro de 2010. Disponível em: < <https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18508989/apelacao-civel-ac-259-pr-20097000000259-2-trf4>>. Acesso em: 06/12/2017.

NOTAS:

[1] MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 23ª ed., Malheiros: São Paulo, 1998, p. 112.

COMENTÁRIOS ACERCA DOS DEVERES DO ADVOGADO DISPOSTOS CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB ART. 2º

PAULO BYRON OLIVEIRA SOARES NETO: Professor Efetivo do Governo do Estado de São Paulo; Licenciado e Bacharel em Matemática pela Universidade Ibirapuera; especialista em Gestão Escolar e Coordenação Pedagógica pela Uniasselvi; graduando em Direito (UNIP); Graduando em Engenharia de Produção (UNIVESP); Pós graduando em Ensino de Filosofia (UNIFESP); pós graduado em Direito Tributário e mestrando em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade del Atlântico - Espanha.

Introdução

O presente trabalho tem como propósito apresentar os deveres dos advogados dispostos no Código de Ética e Disciplina da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), com intuito de melhor compreensão ao leitor, teceremos os comentários pertinentes ao artigo 2º do respectivo código.

1. Código de Ética e Disciplina da OAB

Em sua essência aponta o imperativo de conduta que deverá ser adotada pelo profissional (advogado), nos exercícios de suas funções.

Por certo, o respectivo código, em seu cerne, tem como objetivo a primazia pela justiça, a lealdade, ética e a boa-fé nas relações profissionais que tal profissão exige a fim de alçar o bem-estar social.

2. Da ética do advogado; das regras deontológicas fundamentais

Em seu Título I, denominado da Ética do Advogado, seguido de seu primeiro capítulo (Das regras deontológicas fundamentais), trata de imediato disposto no art. 1º “*O exercício da advocacia exige conduta compatível com os preceitos deste Código, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os demais princípios da moral, social e profissional*”.^[1]

Desta feita, apesar de não fazer parte do escopo deste trabalho, mas com o intuito didático, cabe ressaltar que o exercício da advocacia deve se nortear não apenas por este Código de Ética, mas, também, pelo Estatuto, regulamento geral, provimentos e principalmente pelos princípios morais e sociais.

2.1. O artigo 2º do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil

O artigo 2º em seu *caput*, apresenta a indispensabilidade do profissional (advogado), como defensor do Estado democrático de direito. Vale ressaltar, que de maneira explícita dispõe que inerente a atividade do advogado cabe o zelo e pela cidadania, moralidade pública.

Destarte, que através do exercício da advocacia, através da defesa da Justiça procura-se a promoção da paz social. Diante do exposto, vale transcrever o referido *caput* do art. 2º, conforme segue:

O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de Direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinado a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Em conformidade com a nossa Lei Maior que traz em seu corpo, a indispensabilidade, a qual se expressa: art. 133 “*O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei*”.^[2]

Tamanha inconsequência de nossa parte, o seria, se no presente texto não apresentássemos a citação de Ruy Barbosa, que segue: “*Legalidade e liberdade são tábuas da vocação do advogado*”.

O Supremo Tribunal Federal, através do relator Marco Aurélio destaca:

O princípio da indispensabilidade não foi posto na Constituição como favor corporativo aos

advogados ou para a reserva de mercado profissional. Sua ratio é de evidente ordem pública e interesse social, como instrumento de garantia de efetivação da cidadania. É garantia da parte e não do profissional.^[3]

De extrema relevância, também, os ensinamentos de Piero Calamandrei, citado por Carlos Henrique Soares:

O advogado aparece, assim, como elemento integrante da organização judicial, como um órgão intermediário posto entre juiz e a parte, na qual o interesse público de alcançar uma sentença justa se encontra e conciliam. Por isso uma função é necessária ao Estado, como a do Juiz, enquanto o advogado, tal como o juiz, atua como servidor do Direito.^[4]

Importante colocação faz Antonio Carlos Faccioli Chedid, conforme vasta experiência na magistratura:

Afirmamos por várias oportunidades, com convicção teórica e prática, colhidas durante longos dezoito anos de magistratura comum e agora especializada que jamais se atingirá a plenitude de uma entrega justa da prestação jurisdicional sem a presença do profissional do direito.^[5]

A partir deste momento, nos resta a apresentação dos demais elementos contidos no artigo 2º do Código de Ética e Disciplina da OAB.

2.1.1. O Parágrafo único do art. 2º e respectivos incisos.

O parágrafo único do referido artigo dispões sobre os deveres do advogado, os quais são apresentados nos incisos I a IX, como apresentaremos adiante.

Primeiramente nos cabe a transcrição precisa do disposto, como segue:

Parágrafo único: São deveres do advogado:

I – preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade;

II – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé;

III – velar por sua reputação pessoal e profissional;

IV – empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional;

V – contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis;

VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;

VII – aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial;

VIII – abster-se de:

a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente;

b) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue;

c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso;

d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana;

e) entender-se diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste.

IX – pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade. [\[6\]](#)

Os deveres dispostos nos sentidos vão ao encontro do que é apresentado no caput do artigo 2º, sendo que, qualquer interpretação equivocada do que está expresso seria uma afronta ao intelecto humano.

Todavia, de maneira sucinta, comentaremos cada um dos incisos acima apresentados.

I - preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade;

Diante do exposto na introdução, deste trabalho, a conduta, honradez, nobreza, dignidade profissional são essenciais para o advogado, visto que, o mesmo deve primar pela Justiça e pelos princípios morais e sociais.

Destarte, torna-se inconcebível qualquer outra postura de um profissional de tamanha responsabilidade perante a sociedade.

II – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé

A fim de alçar a justiça em plenitude, o disposto no inciso II, é posto como razão e modo de atuação do profissional perante a sociedade e ao Estado Democrático de Direito.

III – velar por sua reputação pessoal e profissional.

A reputação pessoal e profissional do advogado é essencial, devido a sua essencialidade perante a sociedade, exemplo de conduta social.

IV - empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional.

Tanto no que tange esta profissão quanto qualquer outra, a necessidade de aperfeiçoamento é constante. No caso dos advogados, este aperfeiçoamento tornar-se-á mais frequente devido as frequentes alterações nas legislações que compõem nosso ordenamento jurídico.

V - contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis.

O advogado é o profissional integrante fundamental da Justiça, imperativo, portanto, que contribua tanto ao aprimoramento das instituições, do Direito quanto das próprias leis que integram nosso ordenamento.

VI - estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios.

O estímulo a conciliação é de fundamental importância, a fim de evitar, litígios, o advogado, por seu turno, tem o dever de atuar neste sentido. Neste ponto, vale ressaltar, que além de disposto no Código de Ética, tal obrigação é constante em nosso ordenamento jurídico e apresenta-se disposta, também, na Lei. N° 13.105/2015.

VIII – abster-se de:

- a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente;
- b) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue;
- c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso;
- d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana;
- e) entender-se diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste.

O inciso VIII, nitidamente expressa, que diante da especialidade e função social da profissão, existem limites éticos, sem os quais não alcançaríamos a função precípua que alicerça esta profissão.

IX – pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade.

De acordo com o que fora apresentado até o momento, cristalino que o advogado deva atuar de acordo com o inciso IX, a fim de alcançar os objetivos e princípios inerentes a sua profissão.

3. Considerações finais

De acordo com o propósito deste trabalho de apresentar o artigo 2º do Código de Ética e Disciplina da OAB, tecendo os comentários devidos, torna-se conclusivo que a profissão de advogado é de vital importância à sociedade, à Justiça e à manutenção do Estado Democrático de Direito.

4. Referências bibliográficas

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

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). *Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015*. Brasília, DF: Diário Oficial da União (DOU).

BRASIL, Ordem dos Advogados do. *Código de Ética e Disciplina da OAB*. Brasília, DF: OAB. 2005.

PAIVA, Mário Antônio Lobado de (Coord.). *A importância do advogado para o direito, a justiça e a liberdade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SOARES, Carlos Henrique. *O advogado e o processo constitucional*. Belo Horizonte: Decálogo. 2004.

STF. Diário da Justiça (DJ). Ação Direta de Inconstitucionalidade. *Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*. Rel. Ministro Marco Aurélio; ADIn nº1127. Distrito Federal. 1994.

NOTAS

[1] BRASIL, Ordem dos Advogados do. Código de Ética e Disciplina. Brasília – DF. 2005 p. 1.

[2] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília – DF. 1988 p. 85.

[3] STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*. Rel. Ministro Marco Aurélio; ADIn nº1127. Distrito Federal. 1994.

[4] SOARES, Carlos Henrique. *O advogado e o processo constitucional*. Belo Horizonte: Decálogo. 2004. p. 174.

[5] CHEDID, Antonio Carlos Faccioli. *Indispensabilidade do advogado e o exercício privativo do “jus postulandi” em qualquer processo judicial e administrativo*. In: Paiva, Mário Antônio Lobado de (Coord.). *A importância do advogado para o direito, a justiça e a liberdade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 80.

[6] BRASIL, Ordem dos Advogados do. Código de Ética e Disciplina da OAB. Brasília – DF: 2005. pp. 1 e 2.

A REMUNERAÇÃO DO PARTICULAR DELEGATÁRIO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO COM O PODER PÚBLICO

ROMERO SOLANO DE OLIVEIRA MAGALHAES:
Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Pós Graduando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

RESUMO: Este trabalho tratará das formas de remuneração da concessionária nos vínculos negociais de trato continuado, estabelecidos entre a Administração Pública e particulares, que tenham como objeto a prestação de serviços de interesse público sob a responsabilidade do contratante privado. Estudar-se-á as concessões comuns, regidas pela Lei 8987/1995, e as concessões patrocinada e administrativa, as quais são espécies de parcerias público-privadas, reguladas pela Lei 11079/2004, especificamente a cobrança de tarifas, a obtenção de receitas marginais e a contraprestação paga por meio de recursos públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Remuneração. Concessionária. Tarifas. Receitas marginais. Contraprestação.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Diversidade remuneratória do delegatário: a superação do conceito tradicional de concessão; 2. Pagamento de tarifas pelos usuários; 3. Receitas marginais; 4. Remuneração do concessionário pelo poder público; Conclusão; Referências.

Introdução

É bastante comum, ao se falar em concessões de serviços públicos, logo relacioná-las à cobrança de tarifas dos usuários do serviço por parte do concessionário. Tradicionalmente, enxerga-se tal cobrança como elemento central das concessões, juntamente com o fato de o serviço ser desenvolvido por conta e risco do delegatário.

Ocorre que, nas últimas décadas, para atender às complexas necessidades sociais e econômicas, as contratações pelo poder público

têm adquirido novos contornos, abarcando situações nas quais não é possível a cobrança de tarifas. É o caso, por exemplo, de uma parceria público-privada, modalidade específica de contrato de concessão, para construção de um presídio.

Nesse sentido, impossibilitada a cobrança do preço público a ser pago diretamente do usuário ao prestador, surgem novas formas de remuneração do particular concessionário do serviço, como a contraprestação paga pelo poder público e a possibilidade de exploração de atividades acessórias de modo a se obter receitas marginais.

Assim, reavaliando-se a concessão enquanto mecanismo que viabiliza a prestação de determinados serviços, tem-se a necessidade de estudo das formas de remuneração dos concessionários e de como compatibilizá-las.

1. Diversidade remuneratória do delegatário: a superação do conceito tradicional de concessão

Conforme ensina Gasparini (2009, p. 365), a Administração Pública, quando deseja transferir a execução de certa atividade ou serviço público que lhe foi outorgado pelo Ordenamento Jurídico, utiliza-se de pessoas jurídicas. Tais pessoas são criadas nos moldes do direito privado, pelos particulares (sociedade civil, comercial, industrial) ou pela própria Administração Pública (empresa pública, sociedade de economia mista).

Nessa toada, as pessoas criadas pelos particulares são permissionárias ou concessionárias de serviço público, conforme os termos e condições do respectivo contrato. Elas não integram a Administração Pública Indireta, mas executam e exploram o serviço que lhes foi delegado segundo as condições fixadas pela Administração e mediante a exigência de tarifas dos usuários.

Gonçalves (1999, p. 104) expõe a ideia clássica de concessão:

“convenção pela qual uma pessoa coletiva de direito público (o concedente) encarregava uma pessoa privada (concessionário) de instalar uma empresa de serviço público e, posteriormente, de a fazer funcionar, explorando o serviço público por sua conta e risco e remunerando-se pelas taxas cobradas dos utentes”.

Inferre-se, assim, a vantagem do regime, que, tradicionalmente, pressupõe os riscos do negócio por conta da concessionária e remuneração desta por meio da cobrança de tarifas dos usuários.

É de se perceber, porém, que são objetos de contratos de concessões, hoje em dia, serviços pelos quais não é possível a cobrança de tarifas. É o caso das concessões de rádio ou de televisão aberta, nas quais a remuneração da concessionária não é paga pelo ouvinte ou pelo telespectador, mas provém, basicamente, do pagamento recebido de anunciantes pela veiculação das suas peças de publicidade ou propaganda. É possível, ainda, que a concessão não envolva serviços públicos, versando, por exemplo, sob a edificação de obra pública a ser utilizada exclusivamente pela Administração Pública.

O contexto, portanto, é de ampliação das atividades sujeitas à concessão: além dos serviços industriais ou comerciais, pode ser veiculada através de concessão a prestação de serviços administrativos, os quais são os que a Administração Pública executa atendendo às suas necessidades internas ou preparando outros serviços que serão prestados ao público, tais como os da imprensa oficial.

Verifica-se, pois, a materialização do instituto da concessão de diferentes modos. Nos termos de Justen Filho (2014, p. 758), “não se deve considerar que todas as concessões devem contemplar regras similares e soluções idênticas quanto à responsabilidade do concessionário e extensão de seus encargos”, incluindo-se, nesse sentido, a variabilidade de arranjos remuneratórios do particular delegatário. Diante desse cenário, de acordo com o referido autor, existia insegurança jurídica sobre a

possibilidade de adoção de modelos de concessão distintos daquele explicitamente previsto na Lei 8987/1995 (concessão comum) até a edição da Lei 11079/2004, que inovou em matéria de concessão criando as parcerias público-privadas.

A necessidade da criação de tais parcerias decorreu da constatação de que o Estado não detinha mais recursos financeiros suficientes para suportar as obras públicas de infraestrutura e de que, para esses casos, a simples concessão de serviços precedida de obra pública não se mostrava interessante, em face dos altos investimentos requeridos. Esses investimentos demorariam muito tempo para que fossem recuperados, se a remuneração do concessionário fosse apenas a tarifa, que, pelo texto da lei, deve ser módica.

Conforme explica Di Pietro (2016, p. 353), embora existam várias formas de parcerias entre o setor público e o setor privado, a Lei 11079/2004 reservou a expressão parceria público-privada para duas modalidades específicas, as concessões patrocinada e administrativa. O que particulariza a concessão patrocinada é seu regime remuneratório, que deve incluir tanto tarifa cobrada aos usuários como contraprestação do poder concedente em forma pecuniária. Ressalta-se, ainda, que o art. 6º da Lei 11079/04 alude a outras formas “não pecuniárias” de a Administração remunerar concessionários ao outorgar-lhes direitos sobre bens dominicais e outros direitos contra ela própria, como, por exemplo, o direito de uso alternativo de imóveis ou de construir acima do coeficiente de aproveitamento do local.

No tocante às concessões administrativas, o art. 2º da lei das parcerias público-privadas prevê que, em tal modalidade, a Administração Pública é usuária, direta ou indireta, do serviço prestado pelo parceiro privado. Elas não comportam remuneração pelo sistema de tarifas, eis que o pagamento da obra ou serviço é efetuado diretamente pelo concedente.

Diante do exposto, percebe-se que a superação do conceito clássico de concessão gera vários efeitos na remuneração do concessionário.

2. Pagamento de tarifas pelos usuários

Conforme dito, tradicionalmente, a remuneração do concessionário acontece através do pagamento de tarifas pelos usuários, a quem é atribuído o custeio da prestação do serviço concedido.

Tarifa é o nome dado ao preço público que representa contraprestação pecuniária paga diretamente pelo usuário ao respectivo prestador, correspondendo a uma espécie de preço público, o qual se constitui como receita “oriunda da contraprestação pelo particular por um bem, utilidade ou serviço em relação de cunho comercial em que está presente a vontade do particular”, nos termos de Paulsen (2001, p. 43).

Diante da grande importância desse tema para a concessão de prestação de serviço público, impõe-se, constitucionalmente, a competência-dever do legislador de cuidar especificamente da ‘política tarifária’ (artigo 175, parágrafo único, III, da Lei Fundamental do Brasil).

Cumpre perceber que a cobrança de tarifas se submete a um regime jurídico diferente do das taxas, uma das espécies tributárias. Afinal, nos termos de Tácito (1999, p. 334), seria *um contrassenso jurídico admitir que pudesse o concessionário, que não integra o poder estatal, manter com os usuários uma relação tributária, com a competência coativa que é inerente à taxa, expressão da soberania do Estado.*

Não obstante a tarifa do serviço público concedido ser fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas na Lei 8987/1995, no edital e no contrato, segundo o artigo 9º da mencionada lei, de acordo com Bandeira de Mello (2009, p. 731), “as tarifas não têm, nem poderiam ter, de modo algum, natureza contratual, imutável. O contratual, e que, por isso, não pode ser unilateralmente modificado pelo poder público, é o valor resultante do equilíbrio econômico-financeiro, de que a tarifa é uma expressão, entre outras”.

Infere-se, portanto, que a tarifa é um elemento negocial da concessão e que integra a equação econômico-financeira do contrato.

Eventual alteração em seu valor afeta a remuneração do delegatário e os usuários. Nesse contexto, percebe-se que as tarifas se submetem a determinados princípios que ao mesmo tempo, protegem o usuário do serviço, que arca com o seu pagamento, e o concessionário que delas retira sua remuneração.

A tarifa módica, portanto, abrange duas dimensões: o concessionário em busca da remuneração e o usuário em função da sua capacidade econômica. Por um lado, tem-se a proteção à iniciativa privada em função dos custos do negócio e a receita advinda da justa remuneração. Por outro, há o interesse coletivo dos usuários em ter acesso ao serviço, pagando por ele, desde que compatível com a sua capacidade econômica.

Observa-se, portanto, que a obtenção de recursos através da exploração do empreendimento encontra limitação na capacidade econômica dos usuários. A tarifa, tradicional meio de remuneração da concessionária, não pode ser elevada a ponto de impedir os cidadãos de terem acesso ao serviço. Pelo contrário: tarifas módicas e acessíveis representam maior atendimento à população. Aliás, segundo o do artigo 6º, §1º, da Lei 8987/1995, a modicidade tarifária está incluída no conceito de serviço adequado, direito dos usuários, juntamente com condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia na prestação.

Importante destacar que, visando à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a Lei das concessões estabelece, em seu artigo 23, IV, que os contratos de concessão contenham cláusulas relativas a critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão dos preços das tarifas.

O reajuste tem como função reequilibrar os preços alterados pela desvalorização monetária, inserindo-se na etapa de planejamento da contratação e dizendo respeito à equação econômica do contrato. A revisão, por sua vez, inserindo-se na etapa de execução do contrato, diz respeito tanto à equação econômica quanto à financeira, vez que se refere

a uma recolocação econômica dos preços, a fim de que o equilíbrio inicialmente atingido seja recomposto.

Pelo exposto, as tarifas devem ser revisadas quando fatores alterarem de modo extraordinário o cenário inicial da contratação, como, por exemplo, o aumento de impostos pelo poder público que onera o concessionário. Por outro lado, a manutenção do valor real tarifário, mediante alteração que represente mera atualização, corresponde ao reajuste.

3. Receitas marginais

O artigo 11 da Lei 8987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, estabelece, em seu *caput*, a possibilidade de o poder concedente, atendendo às peculiaridades de cada serviço público, prever “em favor da concessionária, no edital de licitação, outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas”. O parágrafo único de tal artigo dispõe que “as fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato”.

Alexandrino e Paulo (2014, p. 763) exemplificam a obtenção de receita marginal com os casos de “concessionárias de serviço de conservação de estradas de rodagem que obtêm receita decorrente da locação de espaços para afixação de publicidade às margens da rodovia objeto da concessão”. Bandeira de Mello (2009, p. 732), por sua vez, traz como exemplo “a exploração de áreas do subsolo ou contíguas à obra pública (para a instalação de shoppings centers, supermercados, postos de gasolina, estacionamentos de automóveis, galerias, lojas, etc)”. São também exemplos de receitas marginais as provenientes da cobrança para utilização de espaços para passagem de cabos, tubulações e oleodutos.

Não obstante a redação genérica do mencionado artigo, é se atentar para a parte final do *caput* dele, que é clara ao estabelecer o favorecimento

à modicidade das tarifas, uma das metas da política tarifária, como grande objetivo do estabelecimento de fontes alternativas de receitas. Tais fontes devem ser consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de modo que o referido estabelecimento funciona como mecanismo de diminuição do valor das tarifas.

Cumpra-se perceber que a redução do valor das tarifas cobradas pelo concessionário do serviço público pode fazer com que mais pessoas se tornem usuárias do serviço, constituindo-se as receitas marginais, nesse contexto, como importante fator de inclusão social. Aliás, o efeito econômico das mencionadas receitas pode não só ser a desoneração parcial dos usuários, mas também a própria viabilização do negócio, se o custeio apenas através de tarifas demandar elevados valores tarifários a ponto de impossibilitar o pagamento pela população em geral.

A par do caráter inclusivista, as receitas marginais são tratadas por Mukai (1995, p. 33) como fator que incentiva uma melhor prestação do serviço. Afinal, se for escolhido o tipo de licitação da menor tarifa apresentada, tal fato poderá redundar em má prestação, pois a remuneração seria baixa. Assim, a receita alternativa pode ser elemento que traz melhores condições para oferecimento do serviço público adequado.

Machado (2004, p.101) faz importantes considerações acerca das receitas extraordinárias:

“1) o art. 11 da Lei nº 8.987/95 determina que as receitas extraordinárias devem ser empregadas em prol da modicidade tarifária, que é um dos requisitos para a adequada prestação dos serviços públicos delegados; 2) é dever do poder concedente incentivar a produção de receitas extraordinárias pelas delegatárias de serviços públicos; 3) este incentivo, pela natureza das atividades a empreender, deve vir sob a forma de repartição de ganhos entre o delegatário e a modicidade

tarifária; 4) cabe à agência reguladora dar efetividade à norma do art. 11 da Lei nº 8.987/95, definindo o percentual das receitas extraordinárias que será destinado respectivamente ao delegatário e à modicidade das tarifas e o procedimento a empreender para fazê-lo; (...)."

Como é possível inferir das ideias trazidas, o compartilhamento com o concessionário dos ganhos econômicos advindos da exploração de atividade acessória constitui medida importante para que o particular busque a exploração complementar de forma eficiente. Nesse sentido, Aragão (2007, p. 611) explica que o fato de o art. 11 da Lei 8987/95 objetivar a modicidade das tarifas não exige que todo o lucro obtido com atividades complementares seja direcionado apenas para tal modicidade. Se assim fosse, o concessionário não teria razão e estímulo para realizar os empreendimentos acessórios ao objeto principal da concessão.

O compartilhamento das receitas, portanto, configura um incentivo ao delegatário para que empreenda seus esforços no sucesso da atividade marginal. Ele não contraria o objetivo legal das atividades acessórias, pois, indiretamente, via eficiente exploração marginal, possibilita a redução do valor das tarifas.

Acertadamente, Souza (1995, p. 103) adverte ainda que a atividade marginal não poderá ser desenvolvida se prejudicar a prestação do serviço delegado. Afinal, "toda e qualquer forma de obtenção de receita pelo concessionário, cuja exploração não comprometa a ideia de prestação de um serviço adequado, deve ser considerado para viabilizar uma menor tarifa".

4. Remuneração do concessionário pelo poder público

A princípio, pode se pensar ser contraditório, numa concessão, o concessionário ser remunerado pelo poder público. Isso porque, como visto, a ideia da concessão é a de uma prestação indireta de serviços pelo Estado, partindo o poder público da premissa de que o empreendimento

será autossustentável. O Estado, pois, ao delegar a prestação de um serviço a uma empresa privada, almeja reduzir os custos estatais, tendo a empresa condições de obter os recursos imprescindíveis e suficientes para executar suas obrigações e, por explorar o serviço de forma empresarial, ainda auferir lucro.

Justen Filho (2014, p. 763) explica que, quando o serviço público objeto de delegação envolva elevados riscos ou apresente margem reduzida de lucratividade, o poder público pode contribuir para a remuneração do particular. Desse modo, constitui o aporte de recursos do poder público diretamente ao concessionário uma forma de atrair o setor privado para a prestação do serviço público. Tal concepção, segundo o autor, vigora em “todos os países de tradição similar à nossa, tendo sido confirmada na jurisprudência comunitária francesa e na orientação geral da União Europeia”.

Justen Filho (2014, p. 763) destaca ainda que, mesmo antes da lei 11079/2004, que criou no Brasil as parcerias público-privadas, já se admitia que o Estado remunerasse o concessionário, mas, segundo ele, havia quem a negasse a possibilidade, o que gerava grande insegurança. Aliás, a necessidade de aportes diretos do poder público para, além das tarifas, assegurar o retorno dos investimentos, bem como a expectativa de lucro, foi um dos motivos que fez com chegasse ao Brasil o modelo das parcerias público-privadas.

Trata-se a remuneração do delegatário pelo poder concedente, também, de um mecanismo de política pública, já que é alternativa para garantir a prestação do serviço à população que não tem condições de arcar com o pagamento das tarifas. Isso é o que se entende do exposto por Justen Filho (2003, p. 333):

“A temática da colaboração estatal para a remuneração do concessionário tem de ser interpretada em face desses princípios constitucionais fundamentais. Bem por isso, será vedada a subvenção quando configurar uma forma de benefício injustificado para o

concessionário. Não se admite, em face da própria Constituição, é o concessionário receber benesses do poder concedente, com pagamentos destinados a eliminar de modo absoluto o risco intrínseco e inafastável. Mas não haverá inconstitucionalidade quando a contribuição estatal for instrumento para assegurar a modicidade da tarifa, valor fundamental para o cumprimento das destinações do serviço público, ou a realização de funções estatais inerentes à persecução do interesse coletivo”.

Conforme estabelece o autor, os pagamentos não podem ser destinados a eliminar os riscos do concessionário. Daí se infere que a instituição de um subsídio estatal não pode desnaturar a sistemática da concessão, convertendo o contrato em simples prestação de serviços ao Estado.

O artigo 6º da Lei 11079/2004 estabelece as formas pelas quais pode ser feita a contraprestação pecuniária nos contratos de parceria público-privada. Discorrendo sobre tais formas, Carvalho Filho (2016, p. 463) destaca que a ideia de contraprestação encerra dois sentidos: o primeiro é que o poder concedente efetuará o pagamento ao parceiro privado diretamente em dinheiro e o segundo reside em que o caráter de pecuniariedade pode ser indireto, isto é, a contraprestação será efetuada através de mecanismo jurídico que, por sua vez, se converterá ulteriormente em pecúnia. Não obstante o autor falar em “pagamento em dinheiro”, adverte que essa expressão era a do projeto da lei, prevendo o texto legal a “ordem bancária”, para indicar o pagamento em cheque ou através de outro mecanismo em que o valor esteja disponibilizado em estabelecimento bancário.

Conclusão

Consoante explanado, a concessão tradicional não é suficiente para atender a necessidade de serviços públicos atualmente. Superada tal

concepção, notadamente com as parcerias público-privadas, são várias as formas de remuneração do delegatário de serviço público: tarifas, desenvolvimento de atividades que produzem receitas marginais e o recebimento direto de recursos pelo Poder Público. Tal variedade é intrínseca a cada um das referidas formas de remuneração, de modo que as tarifas não são fixadas através de critério único, são diversas as atividades fontes de receitas extras e a contraprestação pode ser pecuniária ou não.

A diversidade exposta está diretamente relacionada à necessidade de as concessões serem financeiramente viáveis, já que, enquanto ente privado, que visa ao lucro, não há o que se falar em prestação de serviço de forma desinteressada pela concessionária prestadora de serviço, que faz jus ao recebimento de remuneração justa e adequada.

O retorno financeiro, aliás, possibilita o não comprometimento da própria prestação da atividade, sendo a variabilidade de formas de remuneração consequência das várias atividades objeto de concessão e, ao mesmo tempo, instrumento para ampliação delas.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 22 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. rev., atual até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Forense, 2016.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

MACHADO, Cristiane Lucidi. Receitas Alternativas, Complementares, Acessórias e de Projetos Especiais nas Concessões de Serviços Públicos: Exegese do art. 11 da Lei nº 8.987/95. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n.7, p.97-107, jul./set. 2004.

MUKAI, Toshio. **Concessões e permissões de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 1995.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TÁCITO, Caio. A Tarifa Percebida por Concessionário de Serviço Municipal de Esgoto não tem Natureza Tributária. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 217. Parecer, p. 332-335, jul./set. 1999.

SOUZA, João Carlos Lopes de. Política tarifária e encargos do concedente e do concessionário. In: **Concessão de serviço público**. Coord.: Odete Medauar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

UBER X MOTORISTA: POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE RELAÇÃO DE EMPREGO

GABRIEL LEAL BARBOSA SILVA:
Bacharelado do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins - FACTO.

ROSELI RÊGO SANTOS CUNHA SILVA

[1] (Orientadora)

RESUMO:A Uber vem enfrentando no Brasil várias ações trabalhistas que buscam o reconhecimento da relação de emprego entre o motorista e a empresa. Por um lado, os trabalhadores alegam que o contrato com a Uber preenche os requisitos fixados na lei trabalhista para caracterização do vínculo empregatício, condições previstas no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, quais sejam: ser pessoa física, a personalidade, a não eventualidade, a onerosidade e a subordinação. Por outro, a empresa afirma que os motoristas são meros contratantes com autonomia para trabalhar quando lhe interessar. Acentua que não é uma empresa de transporte, mas sim de tecnologia. Diante da inovação tecnológica criada para o transporte privado de passageiros, surge o questionamento em relação ao contrato celebrado entre a Uber e os motoristas. Este artigo possui o intuito de analisar a questão apresentada e seu enquadramento jurídico no Direito do Trabalho. Para realizar este estudo foi utilizado o método dedutivo, onde foi desenvolvida uma pesquisa exploratória com abordagem qualitativa. Conclui-se ao final do trabalho, em decorrência da presença dos elementos da relação de emprego, a existência do vínculo empregatício entre a Uber e os seus motoristas.

Palavras-chave: Relação de emprego. Tecnologia. Transporte. Uber.

ABSTRACT:Uber has been facing in Brazil several labor actions that seek the recognition of the employment relationship between the driver and the company. On the one hand, the workers claim that the contract with Uber fulfills the requirements established in the labor law to characterize the employment relationship, conditions set forth in art. 3º of the Consolidation of Labor Laws, which are: being an individual, personality, non-eventuality, onerousness and subordination. On the other hand, the company says that

drivers are mere contractors with autonomy to work when it interests them. He emphasizes that it is not a transportation company, but a technology company. In view of the technological innovation created for the private transport of passengers, the question arises in relation to the agreement entered into between Uber and the drivers. This article intends to analyze the presented question and its legal framework in Labor Law. To carry out this study the deductive method was used, where an exploratory research with a qualitative approach was developed. At the end of the work, due to the presence of the elements of the employment relationship, the existence of the employment relationship between Uber and his drivers is concluded.

Keywords: Employment relationship. Technology. Transport. Uber.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O que é a Uber? 3 Relação de trabalho e relação de emprego. 4 Elementos fático-jurídicos da relação de emprego e a relação jurídica estabelecida com a Uber. 4.1 Prestação por pessoa física. 4.2 Pessoaalidade. 4.3 Não eventualidade. 4.4 Onerosidade. 4.5 Subordinação. 5 O princípio da primazia da realidade sobre a forma e a (im)possibilidade de caracterização da relação de emprego entre o motorista e a Uber. 6 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Consolidação das Leis do Trabalho garantem diversos direitos e benefícios ao trabalhador, dando proteção ao obreiro. Logo, deve o Direito do Trabalho acompanhar o surgimento das modernas formas de trabalho, principalmente em razão do avanço tecnológico.

Com o advento de novas tecnologias, é necessário observar atentamente quanto aos novos ramos do Direito do Trabalho, esta organização normativa oriunda da exigência social de regulação dos processos capitalistas de obtenção de valor sobre o trabalho oferecido. É evidente a necessidade de um novo modelo de organização do trabalho a partir dos avanços da tecnologia. A Uber vem enfrentando tanto no Brasil, como em outros países, várias ações trabalhistas que buscam resguardar direitos dos trabalhadores.

Este trabalho não tem o objetivo de discutir a respeito da legalidade ou não do transporte realizado pelo motorista parceiro da Uber, mas tão somente examinar a situação do trabalhador de acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho. O contrato firmado entre o motorista e a Uber apresenta que a empresa fornece serviços de tecnologia, e ainda, que o usuário que contrata o aplicativo, se cadastra para uma prestação de serviço de captação de clientes. Assegura ela que não presta serviços de transporte, não funciona como transportadora, e que todos esses serviços de transporte são prestados por terceiros independentes que não são seus empregados ou representantes, conforme se infere dos seus próprios termos e condições. Sustenta que, quem presta serviços aos motoristas é a empresa, e não o contrário.

Ao longo deste trabalho acadêmico, pretende-se expor que apesar da empresa alegar que não existe o vínculo empregatício, já há decisões no Brasil reconhecendo o vínculo, ainda que, também, haja decisões contrárias, revelando a controvérsia existente a respeito do assunto até mesmo entre juízes e especialistas. Busca-se então analisar os elementos fático-jurídicos da relação de emprego no caso concreto para verificar a ocorrência ou não de um liame empregatício.

O presente artigo norteia-se por um dos princípios basilares do direito do trabalho, qual seja, o da primazia da realidade sobre a forma, segundo o qual a realidade dos fatos prevalece sobre disposições contratuais ou registros de documentos, ainda que em sentido contrário. Sendo de importante utilidade para compreensão da atividade empresarial desenvolvida na empresa tema desta pesquisa.

2 O QUE É A UBER?

O aplicativo Uber surgiu a partir da ideia de seus fundadores Travis Kalanick e Garrett Camp, em 2008 na cidade de Paris, quando eles tiveram dificuldades em pegar um táxi. A partir disso, criaram um serviço semelhante a um táxi, onde se solicita um motorista com carro para transporte através do celular, objetivando facilitar o modo como as pessoas se deslocam nas cidades. Começou atuando em São Francisco (EUA), utilizando veículos sedã, categoria denominada UberBLACK, estando

presente nos dias atuais em mais de 77 países. No Brasil a empresa iniciou seus serviços em maio de 2014 na cidade do Rio de Janeiro, bem próximo à chegada da copa do mundo daquele ano e, em seguida, iniciou as atividades nas cidades de São Paulo, Belo Horizonte e Brasília respectivamente. Atualmente está presente em mais de 100 cidades do país e, acima de 600 localidades em todo o mundo. (UBER-F, 2017).

O que iniciou apenas com um simples aplicativo para requisitar um carro preto em algumas cidades, está atualmente oferecendo uma nova forma de transporte alternativo, como se fosse uma carona remunerada. O usuário solicita o serviço através da plataforma digital no celular e recebe o nome do motorista, o carro que ele dirige, o tempo aproximado de chegada e o preço médio da viagem. As principais categorias de serviços oferecidas nas cidades brasileiras são o UberX, que disponibiliza carros compactos, com ar-condicionado e quatro portas, o UberBLACK com carros modelos sedãs, e o UberSELECT que proporciona carros mais confortáveis e espaçosos, com o preço em média, 20% maior que o UberX.

As inovações tecnológicas produziram incontáveis oportunidades para a humanidade. Desta forma, um aplicativo para celular que oferece ao usuário um modelo de transporte de passageiros em carros particulares tem se tornado cada vez mais comum. O enorme número de viagens realizadas confirma tal alegação, a empresa que começou a operar em 2010, completou 1 bilhão de viagens realizadas no planeta no final de 2015, com apenas 6 meses depois já atingiu 2 bilhões, e em 2017 ultrapassou a marca de 5 bilhões de corridas. (CAPUTO, 2017).

A empresa inovou no segmento de motoristas particulares, apresentando uma nova forma versátil de ganhar dinheiro, além de ajudar as cidades a fortalecer as economias locais e aprimorar o acesso ao transporte. Sendo pioneira ao utilizar a concepção *e-hailing*, ou seja, o ato de se requisitar transporte privativo através de um aparelho de comunicação móvel. Esta plataforma substitui os métodos tradicionais para solicitação de transporte, como no caso de ligações telefônicas ou simplesmente busca na própria rua.

Já nos termos e condições da Uber, esta informa aos seus futuros usuários que o indivíduo reconhece que a multinacional norte-americana não presta serviços de transporte, tendo como objetivo, desde logo, o não reconhecimento de uma eventual relação de emprego.

3 RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO

O convívio social entre as pessoas constitui, de modo inevitável, a formação de vínculos entre os indivíduos, tais vínculos buscam à satisfação de diferentes necessidades, que não necessariamente refletem no âmbito jurídico. Porém, quando uma determinada relação social está presente em uma estrutura normativa, ou produz efeitos no mundo jurídico, demonstra-se existente uma relação jurídica. Esta relação envolve os sujeitos, o objeto e o liame jurídico vinculante das partes, no qual a partir daí, são concebidas as regras, princípios e institutos que sejam compatíveis e vinculados a essa relação criada. Por exemplo, no ramo trabalhista, o núcleo básico está concentrado na relação de trabalho.

Martinez (2016, p. 157) ensina que:

Diz-se existente um liame jurídico de trabalho quando os sujeitos nele envolvidos assumem posições contrapostas para que um deles ofereça sua força laboral e o outro retribua esse dispêndio de energia com uma contraprestação de natureza pecuniária. Haverá relação de emprego quando, além dos caracteres que naturalmente identificam o vínculo acima expendido — prestação do trabalho + contraprestação pelo trabalho —, estiver presente um conjunto de outros elementos.

É evidente que o termo trabalho refere-se ao gasto de energia realizada pelo ser humano, sendo uma prestação de fazer que tenha como contraprestação o recebimento de uma quantia.

Delgado (2017, p. 309) leciona que a relação de trabalho: “[...] refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada

em labor humano.” Estando esta relação inserida dentro do campo das relações jurídicas que reúne várias modalidades de trabalho, como a relação de emprego, trabalho avulso, trabalho autônomo, trabalho eventual, entre outras formas de prestação de labor. Delgado (2017, p. 310) acrescenta que a relação de emprego: “é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigentes.”

Em outras palavras, a relação de trabalho é o vínculo pelo qual uma pessoa presta serviços a outrem, em contrapartida, apesar da relação de emprego também ser consubstanciada no trabalho humano, ela é específica, gozando de características particulares que a diferenciam das diversas modalidades de prestação de serviços. Diante de uma relação de trabalho, é importante que se busque em qual modalidade o trabalhador está inserido para determinar qual será o tratamento legal previsto para aquele obreiro.

A relação de emprego por ser uma das espécies da relação de trabalho, resta configurada quando presentes os requisitos legais peculiares a esta modalidade, também conhecidos como elementos fático-jurídicos, previstos no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Os requisitos para caracterização são: a prestação de trabalho por pessoa física, pessoalidade do empregado, não eventualidade, onerosidade (pagamento de salário), e subordinação. A existência da relação de emprego se confirma quando estes requisitos estiverem presentes simultaneamente. O afastamento de pelo menos um destes elementos pode acarretar na ocorrência de uma relação de trabalho, mas, de modo algum, de uma relação de emprego.

4 ELEMENTOS FÁTICO-JURÍDICOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO E A RELAÇÃO JURÍDICA ESTABELECIDADA COM A UBER

De acordo com a CLT, empregado é "toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário" (art. 3º da CLT). A partir desta definição extraem-se os

elementos fático-jurídicos para a verificação da relação de emprego, quais sejam, a prestação de serviços por pessoa física, de forma não eventual, mediante pessoalidade, onerosidade e subordinação. Analisaremos, logo em seguida, cada um destes elementos relacionando com a relação jurídica que se estabelece entre o motorista e a Uber.

4.1 Prestação de serviço por pessoa física

Empregado é pessoa física. A proteção que a lei oferece é para o ser humano que trabalha. Os bens jurídicos tutelados pelo direito do trabalho, como a vida, saúde, bem-estar, lazer, interessam à pessoa física. Vale ressaltar, em algumas espécies de relação de trabalho, o cumprimento dos serviços também é executado por pessoa física, motivo pelo qual este quesito não é exclusivo da relação de emprego. Em relação à Uber, o sujeito que presta o serviço de motorista é pessoa física, motivo pelo qual o primeiro requisito para a caracterização da relação de emprego encontra-se preenchido.

4.2 Pessoalidade

Quanto ao elemento da pessoalidade, Martinez (2016, p. 160) leciona que:

A contratação de um empregado leva em consideração todas as suas qualidades e aptidões pessoais. Por conta dessas características é que o empregador espera ver o empregado, e não outra pessoa por ele designada, realizando o serviço contratado. No conceito de “pessoalidade” existe, portanto, a ideia de intransferibilidade, ou seja, de que somente uma específica pessoa física, e nenhuma outra em seu lugar, pode prestar o serviço ajustado. Assim, toda vez que se verificar que, contratualmente, um trabalhador pode ser substituído por outro no exercício de suas atividades, não estará ali presente um contrato de emprego, mas sim ajuste contratual diverso.

O pressuposto da personalidade requer que o trabalhador realize sua atividade pessoalmente, revestindo-se de caráter infungível, sendo que só excepcionalmente, e desde que com autorização do empregador, pode o empregado ser substituído por outra pessoa. Não podendo por sua iniciativa, fazer-se substituir por estranho.

A relação de emprego é, por conseguinte, uma relação *intuitu personae*, tendo em vista que deriva do fato de que o que se contrata não é o serviço como finalidade, mas sim, o serviço prestado pessoalmente por um sujeito.

Quanto a presença desse pressuposto, a empresa norte-americana exige prévio cadastro pessoal de cada um dos seus futuros motoristas, momento em que devem ser enviados documentos pessoais necessários para aprovação em sua equipe, como certificado de habilitação para exercer a função de condutor remunerado e certidões de “nada consta”. Atualmente, a própria Uber realiza essa busca por antecedentes criminais em todo o território nacional.

Vale ressaltar ainda, que através de consulta ao sítio eletrônico da Uber, nos termos e condições da empresa, esta estabelece que o usuário (online):

[...] não poderá ceder, nem de qualquer outro modo transferir, sua Conta a nenhuma outra pessoa ou entidade. [...] Em determinadas situações, você poderá ser solicitado(a) a fornecer comprovante de identidade para acessar ou usar os Serviços, e concorda que poderá ter seu acesso ou uso dos Serviços negado caso você se recuse a fornecer comprovante de identidade. (UBER-E, 2017).

Importante destacar que a empresa mantém um vínculo personalíssimo com cada motorista que utiliza seu aplicativo, independentemente de a pessoa ser ou não proprietário do automóvel. Portanto, o veículo cadastrado por cada motorista, é somente um instrumento de trabalho, que não tem nenhuma relação com os elementos fático-jurídicos do vínculo empregatício. Deste modo, a autorização

atribuída ao proprietário do automóvel de vincular terceiros para dirigi-lo é totalmente irrelevante, já que só é permitido ceder o veículo para outros motoristas previamente registrados na Uber. É necessário abordar este assunto, para que não haja embaraço quanto a infungibilidade da prestação de serviços do trabalhador com a possibilidade de compartilhar veículos cadastrados no sistema eletrônico.

Quanto ao argumento que não há pessoalidade entre as partes, devido a plataforma acionar o motorista que estiver mais próximo, sem haver a possibilidade de selecionar o responsável pela prestação do serviço, esta tese também não procede, por se tratar, nesse caso, de uma relação de impessoalidade do usuário com o motorista, diferente da relação de pessoalidade do motorista com a Uber. A título de exemplo, do mesmo modo que não podemos escolher qual frentista irá nos atender em um posto de gasolina, não é oferecido ao usuário do aplicativo escolher qual motorista o transportará.

Portanto, restando claro, o caráter personalíssimo da relação jurídica estabelecida entre a Uber e o motorista, sobretudo, pelo fato de não ser permitido ao motorista ceder sua conta da plataforma para outro indivíduo não cadastrado e autorizado, sendo considerado uma falta grave se realizado, com bloqueio definitivo do aplicativo.

Além do mais, no que diz respeito à possibilidade de um motorista vincular o cadastro de outros, não se verifica mesmo assim a exclusão da pessoalidade, por dois motivos. Primeiro, porque o trabalhador deve se cadastrar e passar pelos critérios definidos pela empresa, não podendo ser uma pessoa determinada exclusivamente por um motorista já cadastrado, sendo a decisão final para aceitar o registro da Uber. Segundo, porque a desvinculação do motorista originário não acarreta a suspensão dos demais, tendo a possibilidade que estes regularizem o seu próprio registro, introduzindo um veículo, podendo ser até o mesmo do motorista excluído, desde que a exclusão não seja por irregularidade ligada ao automóvel. Por fim, as avaliações e a exclusão definitiva do aplicativo é voltada somente para o próprio motorista.

4.3 Não eventualidade

Não há consenso na doutrina quanto a definição da não eventualidade, sendo que há várias teorias que tentam explicar este requisito. Nas palavras de Moura (2014, p. 161):

Segundo o critério predominante na doutrina trabalhista, a não eventualidade é definida como a prestação de serviços que atenda às necessidades do empregador e aos fins normais da empresa. Não se trata de um critério objetivo, que leve em consideração os dias de comparecimento ao trabalho. O critério é relativo. Importa saber se a prestação de serviços atende aos fins do negócio, ou da atividade, independentemente de quanto tempo o empregado pôs-se à disposição do empregador.

Posto isso, utilizar-se-á a teoria dos fins do empreendimento para análise neste caso. A teoria dos fins do empreendimento ou fins da empresa é considerada uma das mais consagradas entre as existentes. Tal teorização apresenta que o exercício das atividades estabelecidas nos fins regular da empresa configura relação de emprego, em outras palavras, importa somente que a atividade seja desenvolvida normalmente pelo tomador de serviços. Dessa forma, será eventual o trabalhador que é convocado a realizar função não inserida nos fins normais da empresa, ou seja, de maneira casual e de curta duração.

O juiz Márcio Toledo Gonçalves, Brasil-A (2017, p. 18), em sua sentença questiona, quais são os fins normais da Uber? Será esta apenas uma empresa de tecnologia ou um novo modelo de negócio para transporte de passageiros? Para responder tal indagação é necessário empregar o princípio da primazia da realidade sobre a forma, que diz: “em caso discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos.” (RODRIGUEZ, 2000, p. 144).

Desta forma, embora existam documentos que ratifiquem que a empresa explora plataforma tecnológica, como o cadastro nacional de pessoas jurídicas e o contrato social, não é o que se conclui ao analisar os serviços fornecidos com base no princípio disposto anteriormente. A

doutrina define contrato de transporte de pessoas como: "[...] é o negócio por meio do qual uma parte - o transportador - se obriga, mediante retribuição, a transportar outrem, o transportado ou passageiro, e sua bagagem, de um lugar para outro." (GUIMARÃES, 2007, p. 84).

Logo, é o que se verifica entre o usuário e a Uber quando uma corrida é requisitada. A empresa determina o valor da viagem e seleciona o motorista responsável, por consequência, sendo a fornecedora do serviço de transporte. Cabe ressaltar ainda que, na condição de ser apenas uma empresa de tecnologia, a tendência seria a cobrança de uma quantia fixa pela utilização do aplicativo, e não por cada corrida efetuada (BRASIL-A, 2017, p. 19). Ademais, é fato que a Uber vem fazendo altos investimentos em carros autônomos, o que revela mais estranheza do ponto de vista de ser apenas uma empresa de tecnologia. Assim, o que se constata é uma empresa que dirige um negócio de transporte e emprega motoristas para este fim, ficando caracterizado a não eventualidade da prestação dos serviços, em decorrência da relação da função de motorista do trabalhador com a atividade normal da empresa, qual seja, serviço de transporte.

4.4 Onerosidade

O empregado trabalha mediante o pagamento de uma retribuição intitulada de salário, não se tratando, portanto, de trabalho voluntário ou gratuito. Como se sabe, quando alguém é contratado, após a ocorrência de determinadas circunstâncias ou transcorrido determinado tempo de prestação de serviços, isso dá o direito a um retorno financeiro. Resende (2015, p. 161) leciona que: "[...] se de um lado a obrigação principal do empregado é fornecer sua força de trabalho, do outro a obrigação principal do empregador é remunerar o empregado pelos serviços prestados." A onerosidade é o valor auferido pelo empregado em virtude do contrato de trabalho, cuja quantia é devida e paga diretamente pelo empregador.

Sob uma ótica objetiva, a onerosidade se manifesta pelo pagamento, a retribuição pela prestação do serviço pelo empregador, de parcelas destinadas a pagar o empregado em razão do contrato. Já de forma subjetiva, significa a expectativa do trabalhador de receber uma contraprestação pecuniária por parte do empregador.

A empresa afirma que é o motorista que a remunera pela utilização do aplicativo, mas perante o princípio da primazia da realidade sobre a forma, tal argumento não procede, diante da real atividade econômica da empresa. Inicialmente porque a Uber, de modo individual, controla a política de pagamento, seja em relação ao preço cobrado por tempo de viagem e por quilômetros percorridos, seja quanto aos modos de pagamento, promoções ou descontos oferecidos para os usuários. Por conseguinte, não tem o motorista qualquer oportunidade de administrar o negócio, caso em que se ele fosse o responsável por remunerar a plataforma, não ocorreria. (BRASIL-A, 2017, p. 14-15).

Assim, a Uber remunera seus motoristas mesmo que a viagem seja gratuita ao usuário, conforme se depreende do seu endereço eletrônico:

Por que algumas vezes o valor parece muito baixo para a viagem que realizei? Alguns usuários possuem descontos ou promoções, e este valor é descontado também das viagens em dinheiro, por isso o valor pode ser reduzido ou até R\$0. Não se preocupe, estes descontos são custos da Uber e você receberá normalmente o valor da viagem em seu extrato. (UBER-D, 2017).

Além do mais, os pagamentos efetuados pelos clientes são destinados para a empresa, que retira a sua porcentagem e guarda o restante, para ao final de cada semana transferir ao motorista. Isso revela que a companhia não faz somente a intermediação entre passageiros e condutores, pelo contrário, lucra por cada serviço prestado, e em seguida, paga o motorista. Assim, conclui-se a existência deste elemento tanto no aspecto objetivo, com o efetivo pagamento, como pelo subjetivo, quando o condutor realiza a corrida e espera que o pagamento seja realizado pela empresa.

4.5 Subordinação

Este elemento é o principal para distinção entre a relação de emprego e o trabalho autônomo, revelando-se também o mais complexo para análise neste estudo. A doutrina enumera vários modelos de

subordinação, sendo considerado o critério da subordinação jurídica o de maior relevância tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Nas palavras de Delgado (2017, p. 91): “A subordinação é conceito que traduz situação jurídica derivada do contrato de trabalho mediante a qual o empregado se obriga a acolher a direção do empregador sobre o modo de realização da prestação de serviços.”

As transformações ocorridas no mundo do trabalho fazem com que seja necessário a realização de adequações pela Ciência do Direito, tendo em vista as novas formas de organização do labor humano, por exemplo, em razão do avanço da tecnologia, sendo indispensável a ampliação do conceito de subordinação. Mauricio Godinho Delgado defende a divisão desta submissão em três dimensões, quais sejam, a clássica, a objetiva e a estrutural.

Clássica (ou tradicional) é a subordinação consistente na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o trabalhador compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no tocante ao modo de realização de sua prestação laborativa. [...] Objetiva é a subordinação que se manifesta pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços [...]. Estrutural é, finalmente, a subordinação que se expressa pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. (DELGADO, 2017, p. 327-328).

Sob qualquer dimensão apresentada é possível evidenciar a subordinação entre a Uber e os motoristas a ela vinculados. Iniciando pelo conceito clássico, é possível afirmar a sua configuração em razão do condutor estar sujeito a ordens sobre como desenvolver a prestação dos serviços. Observe que, a empresa Uber alega que apenas informa aos seus motoristas modos de comportamento recomendáveis, não se tratando de regras obrigatórias, porém, se tais modos não forem cumpridos, poderá

haver punição, como o bloqueio ao acesso do aplicativo. Portanto, cumprir as orientações quanto a execução dos serviços é fundamental para que se tenha boas avaliações e, por conseguinte, para que continue tendo acesso ao aplicativo. Não obstante, se a Uber fosse apenas uma empresa que efetua a intermediação entre motoristas e usuários, não existiria nenhuma chance de bloqueio ao aplicativo.

Ao finalizar cada viagem, o aplicativo pede ao usuário que avalie o motorista em uma escala de 1 a 5 estrelas, tendo como objetivo indicar o grau de satisfação do usuário com o serviço prestado, exercendo o controle sobre o modo de prestação dos serviços, podendo o motorista ser desativado se obtiver avaliações baixas, conforme previsto em seu endereço eletrônico: “Os motoristas parceiros que não mantêm uma nota mínima de aprovação por parte dos usuários são desconectados pela plataforma.” (UBER-B, 2017).

O controle sobre o modo de prestação dos serviços através das avaliações realizadas pelos usuários, funciona como um novo método de vigilância e fiscalização das atividades do empregado. Tendo tal forma de controle previsão legal no art. 6º da CLT:

Art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. **Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.** (grifo nosso).

Além disso, os condutores estão sujeitos a punições caso adotem atitudes inadequadas ou infrações às regras estabelecidas pela Uber. Por exemplo, o motorista “deve aceitar pelo menos 85% dos pedidos de viagem para manter sua conta ativa.” (UBER-C, 2017). Restando claro que

a Uber utiliza seu poder regulamentar ao fixar regras, que se violadas, podem gerar, a perda do acesso a plataforma.

Quanto à subordinação objetiva, em conformidade com o que já foi dito na teoria dos fins do empreendimento, o motorista está integrado nos objetivos da atividade empresarial, prestando um serviço indispensável aos fins da empresa. Já na subordinação estrutural, o parceiro está inserido na dinâmica e no processo de funcionamento do negócio, tratando-se de atividade estruturalmente ligada ao fim do empreendimento, vale destacar que neste modelo não importa que o obreiro receba ordens diretas do tomador de serviços.

Em relação à falta de supervisão ou sujeição a horários, conforme lição de Barros (2016, p. 176):

Esse poder de comando do empregador não precisa ser exercido de forma constante, tampouco toma-se necessária a vigilância técnica contínua dos trabalhos efetuados [...]. O importante é que haja a possibilidade de o empregador dar ordens, comandar, dirigir e fiscalizar a atividade do empregado. Em linhas gerais, o que interessa é a possibilidade que assiste ao empregador de intervir na atividade do empregado. Por isso, nem sempre a subordinação jurídica se manifesta pela submissão a horário ou pelo controle direto do cumprimento de ordens.

O juiz Vitor Martins Pombo (Brasil-B, 2017, p. 4) adota outra linha de raciocínio, iniciando pelo conceito do trabalhador autônomo, relação de trabalho em que não há subordinação, alegando que pode se considerar quem não é subordinado, como autônomo. Na autonomia o indivíduo trabalha por conta própria, sendo responsável pela fixação do tempo e modo de execução dos serviços.

Também decorre da autonomia que o profissional **tenha seus próprios clientes**, com quem estabelecerá as condições especificamente acordadas da prestação de serviços. No caso de um profissional autônomo, ainda que o cliente seja

indicado por outrem, os termos do contrato não serão definidos pelo terceiro, mas sim pelo profissional autônomo e o cliente indicado. Por fim, vale destacar que é característica essencial da autonomia e da parceria, evidentemente, a **ausência de poder hierárquico/disciplinar** entre os parceiros ou submissão do autônomo a um terceiro. (BRASIL-B, 2017, p. 5, grifo do autor).

Não há possibilidade, quando autônomo, que a insatisfação de um ou mais clientes, provoque a impossibilidade de prestação dos serviços aos demais. Também não é aceito angariar usuários durante a viagem ou oferecer serviços de transporte fora do aplicativo. Além do mais, a Uber estabelece os requisitos para os veículos serem aceitos a depender da categoria escolhida. Fato que, se fosse um motorista autônomo, este determinava o veículo a ser utilizado, a finalidade do transporte, o percurso, os próprios clientes e o preço a ser praticado.

É esclarecedor também, em relação aos clientes, que o condutor não possui nenhum cliente próprio, conforme trecho da decisão onde o motorista buscava o vínculo empregatício com a Uber:

Os clientes todos são da reclamada. Mesmo após o reclamante atender algum cliente, este não passava para a base de clientes pessoal do autor, permanecendo o cliente vinculado à ré. Vale dizer, os clientes passageiros são da reclamada, não do reclamante. O reclamante sequer tinha a liberdade de escolher qual cliente da reclamada iria atender, podendo apenas aceitar ou recusar o cliente indicado pela ré. (BRASIL-B, 2017, p. 5).

É notório a liberdade do motorista em ativar e desativar a plataforma quando quiser, não sendo comum tal conduta em uma relação de emprego, demonstrando certa autonomia do indivíduo. Todavia, verifica-se a incidência de várias características de subordinação, que não são habituais em um autônomo. Conforme sentença (Brasil-B, 2017, p. 7):

Diante da existência de elementos de autonomia, próprios do autônomo, e de outros de subordinação, próprio do vínculo empregatício, cabe ao julgador enquadrar o trabalho humano na figura que mais se aproxima do ocorrido na prática, vale dizer, não é apenas porque existe um elemento de autonomia que o trabalhador será necessariamente autônomo, nem porque existe um elemento de subordinação que o trabalhador será necessariamente empregado. E, como mencionado, os elementos de subordinação são muito mais intensos do que os de liberdade. Basta pensar que não se vislumbra, em hipótese alguma, que um autônomo possa trabalhar sem carteira de clientes própria, sem definir o próprio preço e submetido a poder hierárquico e disciplinar de um terceiro [...].

Portanto, tendo em vista os fundamentos apresentados, presente este último elemento fático-jurídico da relação de emprego.

5 O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE SOBRE A FORMA E A (IM)POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO ENTRE O MOTORISTA E A UBER

Os princípios estão relacionados aos valores que o direito busca efetivar, são comandos normativos genéricos que atuam como instrumento de orientação e compreensão do ordenamento jurídico. A utilização dos princípios visa auxiliar o legislador na criação de novas normas, orientar o operador do direito em sua atividade interpretativa, e operar como meio de integração de eventuais lacunas da lei, servindo muitas vezes como meio de solução de conflitos e fundamento de origem de regras legais, ficando tais regras condicionadas a aplicação e interpretação do princípio originário.

Destaca-se, o princípio basilar da relação de emprego que é o da proteção, cujo surgimento se deu devido a necessidade de imposição de limites à exploração de mão de obra empregada, tendo por fundamento a

proteção do trabalhador. A doutrina define que este princípio se expressa sob três formas distintas: *in dubio pro operario*, aplicação da normas mais favorável e a condição mais benéfica. Garcia (2017, p. 56-57) define da seguinte maneira:

De acordo com o *in dubio pro operario*, na interpretação de uma disposição jurídica que pode ser entendida de diversos modos, ou seja, havendo dúvida sobre o seu efetivo alcance, deve-se interpretá-la em favor do empregado. [...] O princípio da aplicação da norma mais favorável é no sentido de que, havendo diversas normas válidas incidentes sobre a relação de emprego, deve-se aplicar aquela mais benéfica ao trabalhador. [...] Por meio do princípio da condição mais benéfica, assegura-se ao empregado a manutenção, durante o contrato de trabalho, de direitos mais vantajosos, de forma que as vantagens adquiridas não podem ser retiradas nem modificadas para pior.

Portanto, o que este princípio busca é proteger a parte hipossuficiente da relação de emprego, ou seja, o empregado, visando assegurar uma igualdade jurídica entre os sujeitos da relação. Em síntese, os princípios gerais do direito do trabalho têm como funções básicas: auxiliar o legislador, nortear o juiz no seu exercício, e integrar o direito. O art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e **outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho**, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. (grifo nosso)

Assim, havendo lacuna da legislação ou inexistência de normas contratuais na solução do caso, utilizar-se-á para resolução, a jurisprudência, analogia, equidade e outros princípios e normas gerais do direito.

De acordo com Rodriguez (2000, p. 17) os princípios têm três funções, quais sejam:

Função informadora (inspiram o legislador, servindo de fundamento para o ordenamento jurídico); função normativa (atuam como fonte supletiva, no caso de ausência de lei; são meios de integração do Direito); e função interpretativa (operam como critério orientador do juiz ou do intérprete).

O princípio da primazia da realidade sobre a forma, proveniente da ideia de proteção, tem como finalidade fazer com que a realidade existente na relação entre o empregador e o trabalhador predomine sobre qualquer registro que indique o contrário. Então, ocorrendo divergência entre a realidade proveniente dos fatos e os documentos apresentados, tem de se dar prioridade à primeira.

A aplicação desse princípio não está vinculada somente a proteção do trabalhador, mas também na obrigação de boa-fé, da qual necessariamente prevalece a verdade. E quando a realidade mascarada é efetivamente visualizada, tornam-se nulos de pleno direito, todos os atos violadores da legislação laboral, de acordo com o art. 9º da CLT.

Delgado (2017, p. 223) afirma que:

No Direito do Trabalho deve-se pesquisar, preferentemente, a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica. [...] O princípio do contrato realidade autoriza, assim, por exemplo, a descaracterização de uma pactuada relação civil de prestação de serviços, desde que no cumprimento do contrato despontem, concretamente, todos os

elementos fático-jurídicos da relação de emprego (trabalho por pessoa física, com personalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação).

Imprescindível salientar que este princípio constitui um instrumento poderoso para a busca da verdade real em uma situação de litígio trabalhista, como no presente caso em exame, no qual, a alegação da finalidade apresentada pela Uber através dos documentos, não se sustenta à luz deste princípio.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, buscou-se examinar a existência ou não do vínculo empregatício entre a Uber e seus motoristas, segundo a Consolidação das Leis do Trabalho, analisando cada elemento específico da relação de emprego, chegando a seguinte conclusão.

A Uber sustenta a ideia que o trabalhador é um autônomo, o que a primeira vista, é até possível visualizar, em especial devido como a Uber se apresenta através de seu *marketing*, simulando a existência de certa autonomia por parte do contratado. Porém, conforme estudado mais a fundo sobre o tema, ficou descaracterizado tal alegação. Deste modo, a criação do falso autônomo criado pela Uber, camufla o que realmente é a empresa, ou seja, não apenas um mero aplicativo de captação de clientes que conecta motoristas e usuários, mas uma plataforma que serve de instrumento para o empreendimento, atuando na área de transporte de passageiros, disponibilizando seus serviços através de motoristas cadastrados.

Assim, conforme os argumentos explanados, sobretudo, utilizando-se o princípio da primazia da realidade sobre a forma, infere-se que a plataforma não faz apenas intermediação entre passageiro e motorista, mas presta um serviço de transporte. Desse modo, estando presentes todos os elementos fáticos-jurídicos da relação de emprego entre a Uber e seus motoristas, ressaltando, quem define o preço do serviço, o pagamento realizado ao trabalhador, e as penalidades aplicadas aos motoristas que atuem de forma contrária as regras estabelecidas, é somente a empresa.

Por fim, este novo modelo de exploração dos trabalhadores tem de ser reconhecido como uma relação de emprego, já que a empresa não cumpre suas obrigações como empregador. E na hipótese do não reconhecimento do vínculo, a tendência será o aumento das reclamações trabalhistas envolvendo as condições impostas aos motoristas, particularmente em consequência do controle absoluto sobre o transporte de passageiros, levando-se em consideração o domínio que os taxistas vêm sofrendo.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016. 904 p.

BRASIL-A. Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Reclamação Trabalhista nº 0011359-34.2016.5.03.0112. Reclamante: Rodrigo Leonardo Silva Ferreira. Reclamado: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relator: Juiz Marcio Toledo Gonçalves. Belo Horizonte, MG, 13 de fevereiro de 2017. Disponível em: . Acesso em: 17 set. 2017.

BRASIL-B. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Reclamação Trabalhista nº 0010570-88.2017.5.03.0180. Reclamante: Hebert Paula Martins. Reclamado: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relator: Vitor Martins Pombo. Belo Horizonte, MG, 11 de junho de 2017.

BRASIL-C. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: . Acesso em: 16 maio 2017.

CAPUTO, Victor. **Uber ultrapassa 5 bilhões de corridas e dá US\$ 500 a motoristas**. 2017. Disponível em: . Acesso em: 02 nov. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ltr, 2017. 1691 p.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 816 p.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: Relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 944 p.

MOURA, Marcelo. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2014. 821 p.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho esquematizado.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2015. 2237 p.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do direito do trabalho.** 3. ed. São Paulo: Ltr, 2000. 233 p.

ROMAR, Carla Teresa Martins; LENZA, Pedro (Coord.). **Direito do trabalho esquematizado.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 611 p.

UBER-A. **Posso partilhar a minha conta com amigos?** Disponível em: . Acesso em: 21 ago. 2017.

UBER-B. **Como (e por que) avaliar seu motorista no app da Uber.** 2017. Disponível em: . Acesso em: 19 out. 2017.

UBER-C. **O que são as taxas de aceitação?** 2017. Disponível em: . Acesso em: 19 out. 2017.

UBER-D. **Pagamento de Viagens em Dinheiro.** 2017. Disponível em: . Acesso em: 14 out. 2017.

UBER-E. **UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. TERMOS E CONDIÇÕES.** 2017. Disponível em: . Acesso em: 12 maio 2017.

UBER-F. **Fatos e Dados sobre a Uber.** 2017. Disponível em: . Acesso em: 02 nov. 2017.

UBER-G. **Nossa história.** 2017. Disponível em: . Acesso em: 02 nov. 2017.

[1] Professora orientadora de TCC da Faculdade Católica do Tocantins. Mestre e Doutora em Direito. E-mail: roseli.silva@catolica-to.edu.br

MILITAR REINTEGRADO JUDICIALMENTE NA CONDIÇÃO DE ADIDO PARA TRATAMENTO DA SAÚDE E CÔMPUTO DO TEMPO DE EFETIVO SERVIÇO MILITAR

DANILLO VILAR PEREIRA: Procurador Municipal. Graduado em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba.

RESUMO: O presente artigo teve por objetivo analisar a possibilidade em se computar o lapso temporal em que o militar das Forças Armadas for reintegrado judicialmente na condição de adido para tratamento da saúde como tempo de efetivo serviço militar para fins de reforma com remuneração proporcional ao tempo de serviço. Ao final do artigo, partindo-se da legislação de regência e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conclui-se pela ilegalidade no cômputo do lapso temporal como tempo de efetivo serviço militar para fins de reforma com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

Palavras-chave: Militar. Reintegrado. Adido. Decisão judicial. Tratamento da saúde. Efetivo serviço militar. Reforma. Remuneração Proporcional.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO – 2 EFEITOS DA REINTEGRAÇÃO DE MILITAR NA CONDIÇÃO DE ADIDO PARA TRATAMENTO DA SAÚDE NO TEMPO DE EFETIVO SERVIÇO MILITAR – 3 CONCLUSÃO - 4 REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, encontram respaldo constitucional no art. 142, consistindo em instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República.

A normatização do ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos e os deveres serão disciplinados por lei em sentido estrito, de acordo com o art. 142, § 3º, X, da Constituição Federal. Nesse

sentido, promulgou-se a Lei n.º 6.880, de 09 de Dezembro de 1980, que dispõe sobre o estatuto dos militares.

Balizando-se pela legislação de regência e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, estuda-se o efeito jurídico da reintegração de militar por força de decisão judicial na condição de adido para tratamento da saúde na contagem do tempo de efetivo serviço militar para fins de reforma com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

2 EFEITOS DA REINTEGRAÇÃO DE MILITAR NA CONDIÇÃO DE ADIDO PARA TRATAMENTO DA SAÚDE NO TEMPO DE EFETIVO SERVIÇO MILITAR

O ponto nevrálgico deste artigo jurídico se destina a definir se o lapso temporal em que o militar das Forças Armadas for reintegrado judicialmente na condição de adido para tratamento da saúde deverá ser computado como tempo de efetivo serviço militar para fins de reforma com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

Neste contexto, o regramento da matéria é feito pela Lei n.º 6.880, que dispõe sobre o estatuto dos militares, estabelecendo que a passagem do militar à situação de inatividade, mediante reforma, se efetua a pedido ou *ex officio*. Outrossim, especifica, por meio do art. 106, II, que a reforma *ex officio* será aplicada ao militar que for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas.

O diploma normativo define as causas que podem resultar na incapacidade definitiva, conforme art. 108, *in verbis*:

Art. 108. A incapacidade definitiva pode sobrevir em conseqüência de:

I - ferimento recebido em campanha ou na manutenção da ordem pública;

II - enfermidade contraída em campanha ou na manutenção da ordem pública, ou enfermidade cuja causa eficiente decorra de uma dessas situações;

III - acidente em serviço;

IV - doença, moléstia ou enfermidade adquirida em tempo de paz, com relação de causa e efeito a condições inerentes ao serviço;

V - tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, mal de Parkinson, pênfigo, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave e outras moléstias que a lei indicar com base nas conclusões da medicina especializada; e

VI - acidente ou doença, moléstia ou enfermidade, sem relação de causa e efeito com o serviço.

Nessa senda, o militar julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes do inciso VI do artigo 108 será reformado com remuneração proporcional ao tempo de serviço, se oficial ou praça com estabilidade assegurada, ou será reformado com remuneração calculada com base no soldo integral do posto ou graduação, desde que, com qualquer tempo de serviço, seja considerado inválido, isto é, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho, de acordo com o art. 111 do Estatuto dos Militares.

Na apuração do tempo de serviço militar, será feita distinção entre tempo de efetivo serviço e anos de serviço. Define-se tempo de efetivo serviço como sendo *"o espaço de tempo computado dia a dia entre a data de ingresso e a data limite estabelecida para a contagem ou a data do desligamento em consequência da exclusão do serviço ativo, mesmo que tal espaço de tempo seja parcelado"*, de acordo com o art. 136 da Lei n.º 6.880.

Sublinhe-se a regra do art. 136, §3º, asseverando que *"não serão deduzidos do tempo de efetivo serviço, além dos afastamentos previstos no artigo 65, os períodos em que o militar estiver afastado do exercício de suas funções em gozo de licença especial"*. Nesse trilhar, os arts. 64 e 65 discorrem acerca dos seguintes afastamentos: a) núpcias; b) luto; c) instalação e d) trânsito. Frise-se que as férias e estes afastamentos mencionados são concedidos com a remuneração prevista na legislação específica e computados como tempo de efetivo serviço para todos os efeitos legais.

Em consonância com este dispositivo, a Lei n.º 6.880 disciplina, por meio do art. 139, que *"o tempo que o militar passou ou vier a passar*

afastado do exercício de suas funções, em consequência de ferimentos recebidos em acidente quando em serviço, combate, na defesa da Pátria e na garantia dos poderes constituídos, da lei e da ordem, ou de moléstia adquirida no exercício de qualquer função militar, será computado como se o tivesse passado no exercício efetivo daquelas funções".

Dessa forma, a legislação elencou as hipóteses em que o afastamento do militar será computado como tempo de efetivo serviço, especificando que, no caso de afastamento por motivo de saúde, somente fará jus ao cômputo se houver nexos de causalidade entre a enfermidade e o desempenho da atividade castrense.

O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência consolidada neste sentido, diferenciando-se a existência de causalidade entre a enfermidade e a atividade castrense na contagem de tempo de efetivo serviço. Traz-se à baila o Recurso Especial nº 1.652.745 - RS (2017/0026401-1) de relatoria da Ministra Assusete Magalhães:

É o relatório. Decido.

2. FUNDAMENTAÇÃO. A estabilidade dos militares está prevista no art. 50, inciso IV, alínea 'a', do Estatuto dos Militares, nos seguintes termos: Art. 50. São direitos dos militares: [...] IV - nas condições ou nas limitações impostas na legislação e regulamentação específicas: a) a estabilidade, quando praça com 10 (dez) ou mais anos de tempo de efetivo serviço;

In casu, a relação havida entre as partes foi objeto de análise nos autos do Processo nº. 2005.71.00.001044-5, em que, em sede de recurso de apelação, restou reconhecido ter 'direito o autor a sua reintegração ao Exército, no mesmo posto hierárquico em que se encontrava quando na ativa, sendo considerado adido para que receba tratamento médico até sua recuperação'.

Como se vê, portanto, a reintegração do autor deu-se na condição de adido para tratamento médico, situação esta que não autoriza o reconhecimento da estabilidade nos quadros do Exército, já que o

respectivo período não constitui efetivo tempo de serviço, conforme exigido pela legislação de regência.

Nesse sentido: (...)

Ressalte-se, a propósito, que o disposto no art. 139 da Lei nº. 6.880/80 não autoriza conclusão diversa, visto que, a despeito de ter sido constatado, na decisão que determinou a reintegração do autor, que a moléstia eclodira durante a prestação do serviço militar, não se adentrou na análise da existência ou não de efetivo nexo de causalidade entre a enfermidade e o serviço, consoante ressaí da leitura do acórdão proferido no Processo nº. 2005.71.00.001044-5.

(destacou-se)

Em idêntico sentido, transcreve-se trecho da fundamentação da decisão proferida no Recurso Especial nº 1.686.818 - RS (2017/0179815-1) de relatoria do Ministro Sérgio Kukina:

No que tange a (im)possibilidade de reconhecimento do direito à estabilidade dos militares temporários, após o transcurso do decênio legal, ainda que esse período seja transposto por força de decisão judicial, cumpre tecer algumas considerações.

A estabilidade do militar encontra-se regulada no art. 50 da Lei 6.880/80:

Art. 50. São direitos dos militares: (...) IV - nas condições ou nas limitações impostas na legislação e regulamentação específicas:

a) a estabilidade, quando praça com 10 (dez) ou mais anos de tempo de efetivo serviço;

No caso em exame, a folha de alterações do militar (evento 01 - outros 10) registra 07 anos e 02 dias de tempo normal de serviço militar, mais o lapso temporal em que foi mantido reintegrado, judicialmente, ao Exército totaliza mais de 10 anos de efetivo militar. Todavia, a reintegração do autor na

ação judicial deu-se na condição de adido para tratamento médico, situação esta que não autoriza o reconhecimento da estabilidade nos quadros do Exército, já que o respectivo período não constitui efetivo tempo de serviço, conforme exigido pela legislação de regência.

Em que pese a divergência jurisprudencial em todas as instâncias, a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assentou no sentido de que 'não basta o mero transcurso de tempo superior a dez anos previsto na alínea a do inciso IV do art. 50 ('a estabilidade, quando praça com 10 (dez) ou mais anos de tempo de efetivo serviço'), com ou sem amparo em decisão judicial' (REsp 1.236.678/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/ acórdão Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10/6/2014, DJe 28/10/2014). (destacou-se).

Com a finalidade de demonstrar o posicionamento dos Tribunais sodalícios, inclusive com a impossibilidade de cômputo do período em que o militar ostenta a condição de adido para tratamento da saúde ainda que por força de decisão judicial, há o seguinte precedente:

ADMINISTRATIVO. MILITAR. ESTABILIDADE DECENAL. CÔMPUTO. TEMPO COMO ADIDO PARA TRATAMENTO DE SAÚDE. IMPOSSIBILIDADE. A estabilidade decenal é assegurada aos militares quando comprovada a efetiva prestação do serviço militar por mais de 10 (dez) anos, nos termos do artigo 50, inciso IV, alínea 'a', do Estatuto dos Militares. O período em que o militar reintegrado ostenta a condição de adido para tratamento de saúde, todavia, não se amolda à previsão legal, não podendo ser computado para tal fim. (APEL 5052311-80.2014.4.04.7100/RS, 4ª Turma, Relator Des. Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, julgado em 08 de junho de 2016) ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO.

ESTABILIDADE DECENAL. CÔMPUTO DE SERVIÇO. LEI Nº 6.880/80. A estabilidade decenal é assegurada aos militares se comprovada a efetiva prestação do serviço militar por mais de 10 anos, nos termos do art. 50, IV, alínea 'a', do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80). Os períodos em que o militar permanece na condição de adido ou agregado não constituem efetivo serviço militar, não podendo ser computados no tempo de serviço. (AC 5002723-12.2011.404.7100, 4ª Turma, Relator p/ Acórdão Des. Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, D.E. 28/08/2013). (destacou-se)

Isso posto, cotejando a legislação e jurisprudência atual, conclui-se pela impossibilidade do cômputo do lapso temporal na condição de adido para tratamento da saúde quando não houver nexo de causalidade com a atividade castrense.

Nesse contexto, deve-se também analisar precedente que, em tese, pode confundir o jurista ou administrador público ao aplicar a precedentes judiciais acerca do tema. Em caso específico o Tribunal da Cidadania reconheceu como tempo de efetivo serviço o período em que o militar permaneceu na condição de adido para tratamento da saúde:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MILITAR TEMPORÁRIO. EXÉRCITO. EFETIVO EXERCÍCIO DO SERVIÇO CASTRENSE POR MAIS DE 10 ANOS, AINDA QUE IMPLEMENTADOS POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. DIREITO À ESTABILIDADE. RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR PROVIDO. NECESSIDADE DE SATISFAÇÃO DE CONDIÇÕES PREVISTAS EM LEI OU REGULAMENTO PRÓPRIOS. AGRAVO REGIMENTAL DA UNIÃO PROVIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, assegura-se ao militar temporário o cômputo do decênio legal de efetivo serviço castrense, ainda que

por força de decisão liminar, para fins de aquisição de estabilidade. Precedentes: AgRg no REsp. 1.302.450/RJ, Rel. Min.OLINDO MENEZES, DJe 9.12.2015; AgRg no REsp. 1.363.911/CE, Rel. Min.MARGA TESSLER, DJe 9.3.2015; EDcl no REsp. 1.250.522/MS, Rel. Min.HERMAN BENJAMIN, DJe 16.9.2013; AgRg no AREsp. 17.311/RS, Rel. Min.SÉRGIO KUKINA, DJe 2.8.2013.

2. No caso concreto, apura-se dos fatos assentados pela Corte de Origem que o Agravado foi incorporado ao Exército em março de 1995, vindo a acidentar-se em serviço em 11.8.1998, motivo pelo qual sobreveio sua incapacidade para o serviço do exército, sendo licenciado em 18.4.2002. Ainda naquele ano foi reintegrado às fileiras da Corporação Militar, após antecipação de tutela, em ação judicial posteriormente confirmada por sentença.

3. A decisão judicial supra mencionada impeliu a Corporação Militar a reintegrar o Agravado para fins de aguardar o seu tratamento médico e definitiva cura, com percepção de vencimentos. Não obstante a possibilidade de manter o recorrente em mero tratamento médico, a Corporação Militar determinou que o mesmo cumprisse expediente normal na Unidade Militar, o que se deu a partir de 5.6.2002, até ao menos início do ano de 2011, quando vieram as últimas manifestações das partes nos autos, sem noticiar o desligamento do Agravado da Corporação. Esse tempo de efetivo labor não pode ser desconsiderado para fins de aquisição de estabilidade, mesmo que o retorno às fileiras castrenses tenha se dado por ordem judicial.

4. Evidenciado está, assim, o cumprimento de 10 (dez) anos de efetivo serviço, um dos requisitos para reconhecimento da estabilidade Militar, nos termos do art. 50, IV, a, da Lei 6.880/1980, contudo para

declarar a estabilidade do Militar, como requerido, é necessário o exame de outros requisitos previstos em lei, que não foram examinados pelas instâncias ordinárias.

5. De fato, é firme a orientação desta Corte de que o transcurso do tempo não é suficiente, por si só, para garantir estabilidade ao Militar. Precedentes: AgRg no AREsp. 825.561/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 17.3.2016 e AgRg no AgRg no REsp. 1.470.779/RS, Rel.Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 4.12.2014.6. Agravo Regimental da UNIÃO provido para dar parcial provimento ao Recurso Especial do Particular para reconhecer que o autor satisfaz o requisito dos dez anos de tempo de Serviço Militar, sendo que a estabilidade deverá ser objeto de oportuna apreciação pela unidade militar, em conformidade com os demais requisitos postos em lei.

(AgRg no REsp 1276730/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 16/11/2016)

Ocorre que neste precedente há especificidade em que o militar continuou, de fato, desempenhando atividades militares, não obstante a reintegração tenha sido destinada para aguardar tratamento médico. Neste sentido, sublinhe-se o seguinte trecho da ementa:

3. A decisão judicial supra mencionada impeliu a Corporação Militar a reintegrar o Agravado para fins de aguardar o seu tratamento médico e definitiva cura, com percepção de vencimentos. Não obstante a possibilidade de manter o recorrente em mero tratamento médico, a Corporação Militar determinou que o mesmo cumprisse expediente normal na Unidade Militar, o que se deu a partir de 5.6.2002, até ao menos início do ano de 2011, quando vieram as últimas manifestações das partes nos autos, sem noticiar o desligamento do Agravado da Corporação. Esse tempo de efetivo labor não pode ser

desconsiderado para fins de aquisição de estabilidade, mesmo que o retorno às fileiras castrenses tenha se dado por ordem judicial.

O seguinte parágrafo do voto proferido pelo Ministro-Relator aponta expressamente a especificidade do caso:

9.Ocorre que o caso dos autos é outro, pois, não obstante a possibilidade de manter o recorrente em mero tratamento médico, a Corporação Militar determinou que o mesmo cumprisse expediente normal na Unidade Militar, o que se deu a partir de 5.6.2002, até ao menos início do ano de 2011, onde tivemos as últimas manifestações das partes nos autos, sem noticiar o desligamento do recorrente da Corporação. Esse tempo de labor não pode ser desconsiderado para fins de aquisição de estabilidade, mesmo que o retorno às fileiras castrenses tenha se dado por ordem judicial.

A fim de reforçar, transcreve-se trecho do voto-vista:

De outro lado, o fato do militar, embora reintegrado na condição de adido para fins de atendimento médico-fisioterápico, ter continuado a exercer atividades na Corporação, foi admitido pela própria União em sua contestação (fls. 24/40), devendo, por isso, ser considerado incontroverso, não dependendo de prova (artigo 334, II e III, do CPC/73).

Dessa forma, percebe-se que o precedente não tem relação com o caso sob análise, visto que o militar desempenhou de fato atividades militares, enquanto que, via de regra, o militar ficará afastado de suas funções na condição de adido por motivo de saúde.

Ante o exposto, esclarecida a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem como a legislação de regência, conclui-se que o lapso temporal em que o militar foi reintegrado judicialmente na condição de adido para tratamento da saúde não deverá ser computado como tempo de efetivo serviço militar para fins de reforma com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

3 CONCLUSÃO

O militar julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes do art. 108, VI, da Lei n.º 6.880 será reformado com remuneração proporcional ao tempo de serviço, se oficial ou praça com estabilidade assegurada, ou será reformado com remuneração calculada com base no soldo integral do posto ou graduação, desde que, com qualquer tempo de serviço, seja considerado inválido, isto é, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho.

A legislação elencou as hipóteses em que o afastamento do militar será computado como tempo de efetivo serviço, especificando que, no caso de afastamento por motivo de saúde, somente fará jus ao cômputo se houver nexos de causalidade entre a enfermidade e o desempenho da atividade castrense.

Nesse contexto, analisando-se a legislação e jurisprudência atual, não deverá ser computado como tempo de efetivo serviço o lapso temporal na condição de adido para tratamento da saúde quando não houver nexos de causalidade com a atividade castrense.

4 REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão monocrática. Recurso Especial. Resp. 1.652.745 RS. Relator: Min. Assusete Magalhães. Julgado em 08 de agosto de 2017. Disponível em: . Acesso em: 04.12.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão monocrática. Recurso Especial. Resp. 1.686.818 RS. Relator: Min. Sérgio Kukina. Julgado em 24 de agosto de 2017. Disponível em: . Acesso em: 04.12.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.276.730/RS. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 11 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1276730&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 05.12.2017.

REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL EM FACE DE ADMINISTRADORES COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 134 DO CTN

JOÃO NUNES DE VIVEIROS NETO:

Procurador da Fazenda Nacional na Advocacia-Geral da União. Formado em Direito na Universidade do Grande Rio - UNIGRANRIO - Duque de Caxias - RJ. Especialista em direito público pela Universidade Estácio de Sá- Campus Madureira -RJ

RESUMO:O presente artigo objetiva abordar o tema da responsabilidade tributária, no que diz respeito à responsabilidade de terceiro, propondo o enquadramento, inclusive, nos casos de dissolução irregular, da referida responsabilidade por transferência com base no art. 134 do CTN, e não com base no art. 135, III, do CTN.

Palavras-chaves: Responsabilidade Tributária. Redirecionamento. Execução Fiscal.

ABSTRACT:The present article aims to address the issue of tax liability, with regard to third party liability, proposing the inclusion, even in cases of irregular dissolution, of said liability by transfer based on art. 134 of the NTC, and not based on art. 135, III, of the NTC.

Keywords: TaxResponsibility. Redirection. TaxExecution.

Sumário: 1. Terceiros responsáveis na obrigação tributária principal. 2. **Aplicação da Responsabilidade de Terceiros pelo Superior Tribunal de Justiça no caso de dissolução irregular da pessoa jurídica.** 3. **Adoção do art. 134 do CTN no lugar do art. 135 do CTN no caso de dissolução irregular e de outros casos a serem aferidos caso a caso.** 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo discorrer acerca de tema de grande relevância no campo do Direito Tributário e Processual, importante

para o deslinde de processos em andamento e futuras execuções fiscais, a fim de pontuar os contornos da responsabilização tributária dos administradores de pessoas jurídicas de direito privado.

Propõe-se o enquadramento com base no art. 134, III, do CTN, em detrimento do utilizado artigo 135, em razão de certas inadequações que serão devidamente apresentadas no decorrer desta proposição.

1. Terceiros Responsáveis Na Obrigação Tributária Principal

Primeiramente, deve-se distinguir a sujeição passiva tributária na obrigação tributária principal, uma vez que o sujeito passivo pode ser um contribuinte ou um responsável, de acordo com o parágrafo único do art. 121 do Código Tributário Nacional:

I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II – responsável, quando sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa da lei.

Dentre diversas hipóteses de surgimento da figura do responsável tributário, o presente artigo tem como foco a responsabilidade de terceiros, tratada pelo Código Tributário Nacional em dois dispositivos, nos artigos 134 e 135 do CTN, apresentando hipóteses diversas de responsabilização: o art. 134 regula um tipo de responsabilização solidária dos terceiros, por atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis, sem a necessidade de violação à lei, ao contrato social ou aos estatutos ou excesso de poder, enquanto que, no artigo 135, a atuação do terceiro se dá em desrespeito à lei, contrato social, estatuto ou com excesso de poder, ensejando que os créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de tais atos sejam de responsabilidade de terceiros indicados no incisos do referido artigo.

A responsabilidade de terceiros prevista no art. 135 do CTN possui certas considerações muito importantes para presente proposição hermenêutica, conforme leciona Sacha Calmon Navarro Coêlho, nas hipóteses onde o terceiro responsável atua em desrespeito à lei, ao

contrato social, aos estatutos ou com excesso de poderes, a responsabilidade do terceiro é pessoal, e não apenas solidária, conforme abaixo exposto:

“Aqui a responsabilidade se transfere inteiramente para os terceiros, liberando os seus dependentes e representados. A responsabilidade passa a ser pessoal, plena e exclusiva desses terceiros. Isto ocorrerá quando eles procederem com manifesta malícia (*mala fides*) contra aqueles que representam, toda vez que for constatada a prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto. O regime agravado da responsabilidade tributária previsto no artigo estende-se, é óbvio, peremptoriamente àquelas duas categorias de responsáveis previstas no rol do incisos II e III (mandatários, prepostos, empregados e os diretores, gerentes e representantes de pessoas jurídicas de Direito Privado”.

Não deve ser desprezado, com muito acerto, o entendimento de parte da doutrina que entende que quando a pessoa jurídica se beneficiar do ato praticado com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto, deverá responder solidariamente pelo débito com o terceiro responsável designado por lei, em conformidade com o art. 124 do Código Tributário Nacional. Neste sentido é a lição de Leandro Paulsen:

“Certo é que, se a pessoa jurídica se beneficiou do ato, ainda que praticado com infração à lei ou com excesso de poderes, sua responsabilidade decorrerá, ao menos, da incidência do art. 124 do CTN, que diz da responsabilidade por interesse comum”

2. Aplicação da Responsabilidade de Terceiros pelo Superior Tribunal de Justiça no caso de dissolução irregular da pessoa jurídica

A jurisprudência pacífica do STJ possui entendimento sedimentado no sentido de possibilitar o redirecionamento da execução fiscal nas hipóteses do artigo 135 III do CTN.

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. PRECEDENTES.

1. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. **A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.(...)** 3. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) **são responsáveis**, por substituição, pelos créditos correspondentes a **obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN.** (Grifo Nosso)” (EREsp nº 260.017, Rel. Min. José Delgado, DJU de 19.4.2004)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO PARA O SÓCIO-GERENTE. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N.º 07/STJ. ARTIGO 543-C, DO CPC. RESOLUÇÃO STJ 8/2008. ARTIGO 557, DO CPC. APLICAÇÃO.

1.O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, **somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa.** Precedentes: RESP n.º 738.513/SC, deste relator, DJ de 18.10.2005; REsp n.º 513.912/MG, DJ de 01/08/2005; REsp n.º 704.502/RS, DJ de 02/05/2005; EREsp n.º 422.732/RS, DJ de 09/05/2005; e AgRg nos EREsp n.º 471.107/MG, deste relator, DJ de 25/10/2004.(...) 6. À luz da novel metodologia legal, publicado o acórdão do julgamento do recurso especial, **submetido ao regime previsto no artigo 543-C, do CPC**, os demais recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557, do CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008). 7. [Agravo regimental](#) desprovido. (Grifo Nosso)

Fica claro, portanto, que jurisprudência pacífica do colendo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) serem responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias quando há dissolução irregular da sociedade, inclusive, com entendimento sumulado:

Súmula 435: Presume-se dissolvida **irregularmente** a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente. (Grifo Nosso)

Presume-se a dissolução irregular da sociedade, de acordo com a súmula 435 do STJ, diante de a empresa executada não se encontrar estabelecida em seu endereço cadastrado junto ao banco de dados da Administração Pública, cuja constatação nos autos da ação executiva fiscal é realizada por meio de certidão expedida pelo Oficial de Justiça, no cumprimento do mandado, conforme já foi reconhecido pelo E. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO – REDIRECIONAMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – SÓCIO-GERENTE – POSSIBILIDADE – CERTIDÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA – COMPROVAÇÃO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR – SÚMULA Nº 435/STJ – 1. A orientação da 1ª Seção do STJ firmou-se no sentido de que, se a Execução Fiscal foi promovida apenas contra pessoa jurídica e, posteriormente, redirecionada contra sócio-gerente cujo nome não consta da certidão de Dívida Ativa, cabe ao Fisco comprovar que o referido sócio agiu com excesso de poderes, infração a lei, contrato social ou estatuto, ou que ocorreu dissolução irregular da empresa, nos termos do art. 135 do CTN. 2. A jurisprudência do STJ consolidou o entendimento de que a **certidão emitida pelo Oficial de Justiça, atestando que a empresa devedora não mais funciona no endereço constante dos assentamentos da junta comercial, é indício de dissolução irregular, apto a ensejar o redirecionamento da execução para o sócio-gerente.** Precedentes do STJ. 3. Recurso especial Provido (STJ, Resp 201001902583, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 04.02.2011) (Grifo Nosso)

A presunção em tela é *juris tantum*, podendo o terceiro responsável incluído no pólo passivo desconstituí-la mediante a apresentação de embargos à execução, conforme entendimento da maioria da doutrina e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA QUE INFORMA NÃO TER ENCONTRADO A EMPRESA NO ENDEREÇO INDICADO PELO FISCO PARA CITAÇÃO. REDIRECIONAMENTO. PRESUNÇÃO “JURIS TANTUM” DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR. ART. 135, DO CTN. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 435/STJ. 1. Em execução fiscal, certificada pelo oficial de justiça a não localização da empresa executada no endereço fornecido ao Fisco como domicílio fiscal para citação, presume-se (*juris tantum*) a ocorrência de dissolução irregular a ensejar o redirecionamento da execução aos sócios, na forma do art. 135, do CTN. Precedentes: EREsp 852.437/RS, Primeira Seção. Rel. Min. Castro Meira, julgado em 22.10.2008; REsp 1343058/BA, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 09.12.2012. 2. É obrigação dos gestores das empresas manter atualizados os respectivos cadastros junto aos órgãos de registros públicos e ao Fisco, incluindo os atos relativos à mudança de endereço dos estabelecimentos e, especialmente, os referentes à dissolução da sociedade. Precedentes: EREsp 716412/PR, Primeira Seção. Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 12.9.2007. 3. Aplica-se ao caso a Súmula n. 435/STJ: “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio–gerente”. 4. Recurso especial provido. (Resp 1374744/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMERA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 17/12/2013) (Grifo Nosso)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO-GERENTE. ART. 135, III, DO CTN. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. POSSIBILIDADE. 1. **Havendo indícios de que a empresa encerrou irregularmente suas atividades, é possível redirecionar a execução ao sócio, a quem cabe provar o contrário em sede de embargos à**

execução, e não pela estreita via da exceção de pré-executividade. 2. Agravo regimental desprovido. (AGA 561.854/SP, Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 19.04.04). (Grifo Nosso)

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL – MATÉRIA DE DEFESA: PRÉ-EXECUTIVIDADE - PRESCRIÇÃO – RESPONSABILIDADE DO SÓCIO - DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. 1. Doutrinariamente, entende-se que só por embargos é possível defender-se o executado, admitindo-se, entretanto, a exceção de pré-executividade. 2. Consiste a pré-executividade na possibilidade de, sem embargos ou penhora, argüir-se na execução, por mera petição, as matérias de ordem pública ou as nulidades absolutas, o que não ocorre com a prescrição, que não pode ser reconhecida de ofício. 3. A jurisprudência da Primeira Seção firmou-se no sentido de que não se admite a responsabilidade objetiva, mas subjetiva do sócio, não constituindo infração à lei o não-recolhimento de tributo, sendo necessária a prova de que agiu o mesmo dolosamente, com fraude ou excesso de poderes, excepcionando-se a hipótese de dissolução irregular da sociedade comercial. 4. **Havendo indícios de que a empresa encerrou irregularmente suas atividades, é possível redirecionar a execução ao sócio, a quem cabe provar o contrário em sede de embargos à execução.** 5. Recurso especial conhecido, mas improvido. (REsp 474.105/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 19.12.03) (Grifo Nosso)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL - REDIRECIONAMENTO – CITAÇÃO NA PESSOA DO SÓCIO-GERENTE – ART. 135, III, DO CTN – DISSOLUÇÃO IRREGULAR. 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o simples inadimplemento da obrigação tributária não caracteriza infração à lei. 2. Em matéria de responsabilidade dos sócios de sociedade limitada, é necessário fazer a distinção entre empresa que se dissolve irregularmente daquela que continua a funcionar. 3. Em se tratando de sociedade que se extingue irregularmente, cabe a responsabilização dos sócios-gerentes se constatado pela diligência do oficial de justiça que a empresa deixou de funcionar no endereço fornecido como domicílio fiscal sem comunicação aos órgãos competentes, comercial e tributário. **Caberá, então, àqueles**

provar não terem agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder. 4. Recurso especial improvido. (REsp 667.406/PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma do STJ. D.J. 14.11.2005) (Grifo Nosso)

Atualmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aponta que os sócios que respondem pelo referido descumprimento da lei são os administradores à época da dissolução irregular, sendo este o marco temporal para aferir a responsabilidade em questão, o que exclui o sócio administrador pelo simples inadimplemento da obrigação tributária, conforme enunciado da Súmula 430 do STJ:

Súmula 430: O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.

Destaca-se que a matéria ainda está pendente de consolidação no Superior Tribunal de Justiça quanto aos requisitos para a responsabilidade dos sócios-administradores à época da dissolução irregular, se basta tal fato ou se deve cumulativamente ser igualmente o mesmo sócio-administrador à época da inadimplemento da obrigação tributária. No caso desta última corrente, a sua construção carece de coerência com a própria súmula 430 do STJ, que entende tal fato como não caracterizador de ato ilegal.

Observa-se, portanto, que a possível adoção deste posicionamento, bem como de outras diversas questões que podem surgir a partir da aplicação do art. 135 do CTN no presente caso merece uma reflexão aprofundada sobre o tema.

3. Adoção do art. 134 do CTN no lugar do art. 135 do CTN no caso de dissolução irregular e de outros casos a serem aferidos caso a caso

O próprio enquadramento da dissolução irregular com base no art. 135 do CTN recebe críticas doutrinárias em razão do próprio texto legal, que dispõe que a responsabilidade se deve em relação aos **“créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados** com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou

estatutos”, não se estendendo, se seguida a literalidade, a quaisquer outros créditos que não sejam oriundos dos atos praticados com excesso ou em desacordo com a lei, contrato social ou estatutos.

Contudo, a título de exercício do pensar, ainda que este artigo não tenha aplicação na dissolução irregular, como alguns defendem, equívoco dos maiores é a defesa sobre a inexistência de previsão legal para responsabilidade tributária neste caso.

Assim, o sócio-administrador à época da dissolução irregular, após redirecionamento, passa a responder por créditos inscritos em face da pessoa jurídica de direito privado, ainda que não sejam créditos oriundos de tais atos, o que não se pretende com este artigo afastar tal responsabilidade, mas sim utilizar de outro fundamento legal: o art. 134, III, do CTN.

Parte da doutrina defende, inclusive, que o art. 135 do CTN, embora esteja topograficamente como responsabilidade por transferência, seja na sua essência uma hipótese de responsabilidade por substituição, na qual a obrigação tributária nasce diretamente para o responsável tributário. Em que pese discussões sobre sua natureza, o presente artigo propõe analisar cuidadosamente a hipótese do art. 134, III, do CTN, constatando sua adequação legal ao substrato fático em discussão, bem como o atendimento à segurança jurídica, ao interesse público em arrecadar e à justiça fiscal.

Assim dispõe o art. 134, III, do CTN:

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

Primeiramente deve ser buscado o cumprimento pelo contribuinte, quando, após, se infrutífero, gera uma responsabilidade solidária entre o contribuinte e o terceiro, dentre os indicados nos incisos.

Desta forma, no caso de impossibilidade de cobrança dos créditos tributários da pessoa jurídica (independentemente de seu objeto social e do tipo societário, nos casos em que é possível sua adoção), ora contribuinte, será possível, diante da responsabilidade solidária estabelecida, o redirecionamento ao administrador de bens de terceiros, que, no caso, administra bens da pessoa jurídica, ente dotado de personalidade jurídica própria.

O importante para definir se é possível o redirecionamento aos administradores de bens de terceiros será a análise dos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis, ou seja, por atos comissivos ou omissivos que estejam dentro de sua responsabilidade. Ressalta-se que, conforme já dito, não é necessária para tal responsabilização a existência de excesso de poder ou infração à lei, contrato ou estatuto, contudo, a ocorrência de tais situações são perfeitamente aptas para gerar a responsabilidade prevista no art. 134 do CTN, uma vez o referido artigo exigiu menor gravidade em relação ao artigo 135 do CTN, não excluindo logicamente qualquer situação relevante consistente em ação ou omissão que seja de responsabilidade do terceiro em relação ao contribuinte.

A exteriorização da vontade/atos da pessoa jurídica de direito privado depende, por óbvio, da conduta humana, que enseja naturalmente a correlata responsabilidade de seus administradores, conforme regulado nos diversos ramos do direito, que, no presente caso, decorre da ocorrência de dois (2) requisitos: primeiro, a impossibilidade inicial de cobrança da obrigação tributária principal da pessoa jurídica de direito privado; concomitantemente, que haja por parte do administrador atos em que interveio ou omissão de que foi responsável.

Exatamente desta forma muitas execuções fiscais se desenvolvem: inicialmente são propostas em face do contribuinte (no presente caso discutido, a pessoa jurídica), quando, após tentativa infrutífera de

pagamento, diante da dissolução irregular da empresa (podendo, neste momento, outras hipóteses caracterizarem atos e omissões dentro da esfera de responsabilidade do administrador), são promovidas em face do administrador à época deste ato ilegal.

Para a devida utilização do art. 134 do CTN, deve-se atentar para evitar que qualquer conduta omissiva ou comissiva seja utilizada para a execução fiscal ser redirecionada para o administrador, devendo ser estabelecidos parâmetros pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça nestes casos, a luz da razoabilidade e proporcionalidade, mas sendo certo que, conforme atualmente já aceito pela sua jurisprudência sumulada, a dissolução irregular deve ser uma dessas omissões que devem ensejar a utilização do art. 134 do CTN.

A presente hipótese de responsabilização não se confunde com o regramento próprio de outros ramos do direito quanto à responsabilidade de sócios-administradores, dirigentes e outras figuras que administram os variados tipos de pessoa jurídica de direito privado no nosso ordenamento jurídico, uma vez que está a se tutelar o crédito público, cuja normatização se revela preponderante para atender este importante meio de custeio das necessidades coletivas.

Conclusão

A sociedade evolui rapidamente, e conseqüentemente surgem diversas formas de o executado se organizar para não pagar o tributo devido, e, embora a legislação, às vezes, não tenha mecanismos para acompanhar sua evolução, não é o caso da presente discussão, visto que o art. 134 do CTN possui redação simples, segura e de fácil subsunção aos fatos, prescindido que haja tantos requisitos e/ou necessidade de frontais infrações às leis que acabam por esvaziar a proteção do crédito público.

Utiliza-se, portanto, de um tipo legal mais aberto, sem, contudo, descuidar da segurança jurídica necessária para o tema.

Eventual utilização inadequada do artigo 134 do CTN a fim de responsabilizar administradores em razão de condutas, seja comissiva ou omissiva, irrelevantes do ponto de vista da razoabilidade e proporcionalidade, serão devidamente rechaçadas pelo poder judiciário, que, com base em tal redação e em atenção ao mundo moderno, poderá consolidar uma jurisprudência norteadora dos limites nos quais certos atos devem ou não ser passíveis de subsunção ao art. 134 do CTN.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquemático**, 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo:Método, 2011.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 9 ed. Rio de Janeiro:Forense, 2008.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal: Comentários e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARAUJO, Juliana Furtado Costa. **O Prazo para redirecionamento da ação de execução fiscal em face de terceiros responsáveis**. Disponível em: [HTTP://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/%3C?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11778](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/%3C?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11778).

MARETTI, Luis Marcello Bessa. **O marco inicial do prazo prescricional para o redirecionamento da cobrança do crédito tributário na execução fiscal feito com base no artigo 135 do Código Tributário Nacional**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-marco-inicial-do-prazo-prescricional-para-o-redirecionamento-da-cobran%C3%A7a-do-cr%C3%A9dito-tribu>

Martins, Ana Luisa Fernandes; Carvalho, Felipe Quintella Machado de; Máximo, Frederico dos Santo. **O redirecionamento da execução fiscal por dissolução irregular - a responsabilização dos sócios.** Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=1261&n_link=revista_artigos_leitura

Site do STJ

ECA- ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE /MAIORIDADE PENAL?

RITA FERREIRA DA SILVA ALVES: Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga- FADIPA; Graduanda em Pós em Processo Civil, pela Faculdade Anhanguera - Uniderp; Graduanda em Pós em Direito Público pela Faculdade Anhanguera - Uniderp; Conselheira Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente do Estado de Minas Gerais.

RESUMO: O objetivo deste trabalho é fazer um breve estudo acerca da maioridade Penal, frente a sua Constitucionalidade, tendo como parâmetro os direitos fundamentais , e que são inerentes ao ser humanos e que devem ser adotados por toda administração Público . Inicialmente iremos fazer uma breve análise da evolução histórica dos cuidados com as crianças e adolescentes, juntamente com os princípios norteadores da infância e juventude, para que assim se pondere se há ou necessidade de se alterar a legislação vigente para diminuir a menoridade penal dos adolescentes. É de suma importância analisar o tema em questão, visto que vem causando várias discussões entre os operados do direito.

Palavras-chave: Estatuto da Criança e do Adolescente , Sinase, Inimputabilidade

ABSTRACT: The objective of this work is to make a brief study about the criminal majority, in front of its Constitutionality, having as a parameter the fundamental rights, which are inherent to being human and that must be adopted by all public administration. Initially, we will make a brief analysis of the historical evolution of child and adolescent care, together with the guiding principles of childhood and youth, so as to consider whether there is or need to change the current legislation to reduce the juvenile criminality of adolescents. It is of paramount importance to analyze the issue in question, since it has been causing several discussions among law operatives

Keywords: Statute of the child and adolescent, Sinase, Could include,

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 antecipou-se à Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança e incorporou no ordenamento jurídico brasileiro, os princípios fundantes da Doutrina da Proteção Integral, os quais estão previstos nos artigos 227 e 228.

No entanto, cumpre observar que o Estatuto não disciplinou apenas direitos, também elencou diversas obrigações, uma vez que quando os adolescentes cometerem algum ato previsto na lei como crime ou contravenção penal, terão de responder pela prática de ato infracional, ficando assim, sujeitos às medidas socioeducativas.

O adolescente autor de ato infracional responde pelo cometimento de atos infracionais perante o ECA, legislação que veio regulamentar dispositivos constitucionais, os quais são considerados por grande parte da doutrina como direitos fundamentais da população infanto-juvenil, portanto, não é possível a sua alteração, uma vez que estão inseridos no rol das cláusulas pétreas.

Uma boa parte da sociedade, pessoas que foram vítimas ou já vivenciaram de alguma maneira a criminalidade executada por adolescentes, almejam hoje a redução da maioridade penal, contudo a sua inserção ao mundo do crime, é um fato relevante para o mundo do direito, visto que o Estado a Sociedade e a família é quem tem o dever de garantir que crianças e adolescentes tenham seus direitos garantidos.

A hipocrisia impede que aqueles que vivem em situação privilegiada somem esforços no intuito de tentarem balancear as inúmeras desigualdades existentes na sociedade.

Assim, o presente trabalho tem por escopo demonstrar que a idade adequada para se responsabilizar o adolescente é a de dezoito anos. Bem assim, esclarecer que o jovem responde pelo cometimento de atos infracionais perante o ECA, legislação que veio regulamentar dispositivos constitucionais, os quais são considerados por grande parte da doutrina como direitos fundamentais da população infanto-juvenil, portanto, não é

possível a sua alteração, uma vez que estão inseridos no rol das cláusulas pétreas. A metodologia utilizada neste trabalho fez uso de pesquisa bibliográfica, artigos de Internet, dados estatísticos e doutrina, ele será dividido em 3 capítulos. No primeiro capítulo tratará da Infância e a legislação Brasileira , o segundo capítulo Imputabilidade Penal , no terceiro a Inconstitucionalidade da redução da maioridade penal.

Por fim, o propósito desse trabalho é fazer uma reflexão sobre a problemática da Inimputabilidade do Adolescente autor de ato infracional relatando opiniões jurídicas para verificar a existência de soluções numa visão jurídica.

2. A INFÂNCIA E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

2.1 As primeiras leis Brasil império 1822-1889

Após a independência, o Brasil voltou-se para a reformulação da legislação penal (código criminal de 1830), naquela época ,. Os “menores” adolescentes eram objeto da responsabilização penal.

Neste período as crianças e adolescente não eram sujeitos de direitos.

2.2 A assistência e Proteção Primeira Republica 1889-1929

Neste período ocorreram grandes transformações políticas, econômicas e sociais, o “menor” criança e adolescente é visto com preocupação pela justiça e a Assistência , passando o tema ser discutido em congresso internacionais , ganhando força a ideia de educação e a “reabilitação” das crianças pobres por meio do trabalho.

1921 foi aprovado a organização geral da assistência com provisão orçamentaria da União.

1923 foi criado o primeiro juizado de menores

1927 foi promulgado o Código de Menores

2.3 1930-1964 “Direitos sociais, medidas de controle”

Em 1930 Getúlio Vargas fez varias reformas dentre ela a elaboração de lei focadas na assistência a criança e adolescentes na áreas de saúde e educação, destacando-se o Conselho Nacional da Criança e da Legião Brasileira de Assistência Social (LBV).

2.4 Ditadura e redemocratização.1964-1980

1964 foi marcada pelo autoritarismo de uma ditadura militar e o esvaziamento do debate sobre os direitos da criança e do adolescentes.

Em 1979 no código de menores foi introduzido o conceito de “menor” em situação irregular “

A criança e o adolescente não era visto com prioridade, eles eram visto como objetos de intervenção do Estado.

Uma preocupação ideológica cristã de ampara as crianças órfã e desvalida de intervenção do Estado.

2.5 Direitos fundamentais

Os órgãos internacionais, aprovaram uma gama de tratados, pactos, diretrizes que visam resguardar e garantir os direitos inerentes às crianças e adolescentes.

Tais tratados procuram tanto resguardar como garantir tais direitos às crianças e adolescentes, além de voltar a atenção aos jovens infratores, tecendo regras mínimas de aplicação em tais casos.

Dentre os tratados podemos citar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos Declaração Universal Dos Direitos Humanos, Declaração Dos Direitos Da Criança, Declaração Mundial Sobre A Sobrevivência, A Proteção E O Desenvolvimento Das Crianças No Anos 90, Diretrizes Das Nações Unidas Para A Prevenção Da Delinquência Juvenil – Diretrizes De Riad, Regras Mínimas Das Nações Unidas Para Proteção Do Jovens Privados De Liberdade, Convenção Sobre Os Direitos Da Criança,

2.6 Estatuto da Criança e do Adolescente- 1990

O Brasil foi a primeira nação a promulgar um, marco legal em sintonia com a Convenção sobre os direitos da criança e do adolescente, aprovada seis meses antes, ao final de 1989 , no âmbito das Nações Unidas.

Com a Construção do Estatuto, o Brasil inovou na tradição sócio jurídica, instituindo os Conselhos de Direitos e tutelares, uma experiência singular, estabelecendo um espaço de participação social, aonde criança e adolescente são sujeitos de Direitos.

O ECA está constituído por inúmeras regras de Direito Público, ao instituir políticas públicas relacionadas com o direito de crianças e adolescentes.

Dentre eles os princípios da prevenção geral; prevenção especial; atendimento integral; garantia prioritária; proteção estatal; prevalência dos interesses do menor; sigilosidade e gratuidade.

Esses princípios mostram o dever do Estado de assegurar à criança e ao adolescente o necessário para o seu desenvolvimento como pessoa em desenvolvimento,

3 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS (ARTIGO 112 DO ECA)

Um dos temas centrais resultantes do modelo instaurado pelo Estatuto, diz respeito ao tratamento dispensado ao adolescente em conflito com a lei.

Apesar de configurarem resposta à prática de um delito, apresentam um caráter predominantemente educativo e não punitivo.

Dentre as medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescentes , temos

Advertência , é mais branda das medidas socioeducativas, embora não deixa de ser uma sanção.

Obrigação de reparar o dano, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.

Prestações de serviço à comunidade, consiste na efetivação de tarefas gratuitas de interesse geral.

Liberdade assistida, A liberdade assistida possui um prazo que deverá ser fixado na sentença pelo juiz, que no mínimo será de seis meses, podendo, a qualquer tempo, ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor.

Medida de semiliberdade, na dicção do artigo 120 do ECA, a medida de semiliberdade não tem um prazo estipulado, valendo as disposições relativas à internação, cabível como primeira medida ou forma de transição para meio aberto, representa uma alternativa à imposição da medida de internação.

Medidas de internação, A medida de internação é considerada a mais grave das medidas socioeducativas devido ao grau de interferência na esfera de liberdade individual dos jovens.

A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

4. IMPUTABILIDADE

4.1 Conceito

Imputabilidade penal é a condição ou qualidade que possui o agente de sofrer a aplicação de pena.

Para ser imputável o agente deve ter capacidade de: 1- entender o caráter ilícito do fato (compreensão das coisas) e 2 – determinar-se de acordo com esse entendimento (capacidade de dirigir sua conduta considerando a compreensão que anteriormente teve).

De acordo com Fernando Capez, a imputabilidade apresenta um aspecto intelectual, consistente na capacidade de entendimento, e outro volitivo, que a faculdade de controlar e comandar a própria vontade.

4.2 Imputabilidade e responsabilidade

A imputabilidade não se confunde com a responsabilidade penal, que corresponde às consequências jurídicas oriundas da prática de uma infração.

Ele depende da imputabilidade do indivíduo, pois não pode sofrer as consequências do fato criminoso (ser responsabilizado) senão o que tem a consciência de sua antijuridicidade e quer executá-lo.

4.3 Fundamento da imputabilidade

De acordo com a teoria da imputabilidade moral, o homem é ser inteligente e livre e por isso responsável pelos atos praticados.

A capacidade de entender o caráter criminoso do fato não significa a exigência de o agente ter consciência de que sua conduta se encontra descrita em lei como infração.

4.4 Causas de exclusão da imputabilidade

Fernando Díaz Paíos, assim define imputabilidade: Inimputabilidade é a incapacidade para apreciar o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com essa apreciação.

O Artigo 27 do Código Penal afirma que os menores de 18 anos de idade são "penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial" (Estatuto da Criança e do Adolescente e leis complementares).

Partindo do pressuposto de que todos, maiores de 18 anos de idade, são imputáveis, o legislador, no artigo 26 e seguintes do CP arrola as hipóteses em que a presunção é arredada, ou seja, as hipóteses em que há a inimputabilidade.

4.5 A Inconstitucionalidade da redução da maioridade penal

Diversas propostas com o objetivo de reduzir a maioridade penal, sob a falsa expectativa de que seria uma medida eficiente no combate a

criminalidade no país. Tais propostas refletem reações emocionais e imediatistas, causadas pelo desespero decorrente da crise da segurança pública e da alta taxa de criminalidade.

Estas propostas são destituídas de eficácia, visto que representam, uma afronta á constituição Federal.

Para a Constituição Federal de 1988, o direito a proteção especial a crianças e adolescentes compreende o cumprimento de princípios constitucionais, da brevidade excepcionalidade e respeito a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando a aplicação de qualquer medida privativa de liberdade.

Esse direito a proteção especial implica o direito á imputabilidade penal a menores de dezoito anos, previsto pelo artigo 228 da Constituição Federal.

O artigo 227, parágrafo 3º demanda, quando da aplicação de medida privativa de liberdade, um regime especial aonde contempla os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, sendo assim esse regime não pode ser o do código Penal.

Desse modo o direito constitucional a proteção especial aos adolescentes que cometem ato infracional vê-se condicionado ao direito a inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos.

Não obstante a afronta a direitos e princípios constitucionais, a proposta vê-se corroída de inconstitucionalidade, ao violar clausula pétrea nos termos do artigo 60 parágrafo 4º inciso IV , que proíbe qualquer proposta de emenda que tende a reduzir , fragilizar e limitar o alcance dos direitos e garantias constitucionalmente previstos .

Além de violar clausula pétreas violar e afronta parâmetros internacionais de proteção dos direitos humanos, que o Estado Brasileiro se comprometeu a cumprir, como os artigos 37,b, 40 e 41 da Convenção sobre os direitos da criança, ratificada pelo Brasil em 1990, que preveem

excepcionalidade e a brevidade das medidas privativas de liberdade aplicáveis a adolescentes .

4.6 Imputabilidade e maioridade penal

O modelo Brasileiro da inimputabilidade dos menores de 18 anos , embora tradicional na nossa doutrina , á na atualidade uma decorrência da norma incluída no artigo 228 da constituição federal , que faz menção a esse limite , e do Pacto de San José da costa Rica , que o Brasil é signatário.

De fato, embora diferentes legislações contemplem regras estabelecendo a maioridade penal em 16, ora em 14 ou 12 anos, apreciando-a comumente com critérios biopsicológicos , e não meramente biológicos, todos esses sistemas determina que eles sejam submetidos as regras de lei especial e tribunais especiais que lhes cominam penas próprias a serem cumpridas em estabelecimentos distintos dos adultos .

É de conhecimento geral o estado lamentável em que se encontram o nosso sistema prisional, que sofre de um déficit de estabelecimentos e de profissionais para atuar na execução das penas.

Num cenário desse, com ausência de uma previsão e melhoria a curto prazo, não podemos sequer imaginar as consequências daninhas que um rebaixamento de limite de maioridade penal pode provocar, com o aumento de já volumosa população carcerária.

Estariamos cometendo os mesmos erros do passado quando crianças e adolescentes eram condenados e sentenciados a prisão juntamente com adultos, podendo inclusive serem condenados à pena de morte como no passado quando a família Real veio para o Brasil trazendo com sigo lei e costumes da época.

CONCLUSÃO

Diante da falta de consenso entre juristas e doutrinadores no que tange a redução da maioridade penal.

É preciso que toda a sociedade juntamente com o poder público cumpram o que está previsto na Constituição Federal e no Eca,

População juntamente com os representantes do povo exerça os direitos previstos na Constituição Federal, garantindo as crianças e adolescentes uma vida melhor, com educação, moradia, saúde, emprego e lazer.

Portanto, foi possível constatar que enquanto o tempo passa, a proposta de reduzir a idade penal fica travada na discussão se estaria ou não violando uma norma de direito fundamental consagrado na Constituição Federal, em meio à espera de uma solução.

Os estudos realizados, demonstraram que é necessário criar planos de ações, diretrizes, para aplicar os direitos estabelecidos na Constituição Federal.

Diante de todo o exposto, percebeu-se que pois de nada adianta reduzir de 18 para 16 anos a maioridade penal sem criar mecanismos que combatam o problema diretamente, ou seja, políticas públicas voltadas para a proteção do menor tais como expressas na Constituição Federal e ratificadas pelo Brasil em tratados internacionais.

Reduzir a maioridade penal é simplesmente conduzir o menor que já estava desassistido pelo Estado a uma assistência, mas pelo sistema prisional, que não educa o adulto, quanto mais o adolescente, devemos procurar através de políticas públicas direcionadas a população infanto juvenil evitar que os adolescentes entrem no mundo da criminalidade.

REFERENCIAS

<http://www.pergamum.univale.br/pergamum/tcc/ainimputabilidadedomenorinfrator.pdf>

http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_janeiro2002/corpo_discente/graduacao/educativas.htm

<https://aldoadv.wordpress.com/2009/12/13/da-imputabilidade-penal/>

<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1239/1181>

http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11414

<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/199507/os-principios-que-regem-a-aplicacao-da-internacao-ao-menor-infrator>

<https://18razoes.wordpress.com/quem-somos/>

<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/rita-de-cassia-caldas-da-silveira.pdf>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm

COMENTÁRIOS ACERCA DAS INFRAÇÕES E SANÇÕES DISCIPLINARES DISPOSTAS NO ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA OAB EM SEU ARTIGO 34.

PAULO BYRON OLIVEIRA SOARES NETO: Professor Efetivo do Governo do Estado de São Paulo; Licenciado e Bacharel em Matemática pela Universidade Ibirapuera; especialista em Gestão Escolar e Coordenação Pedagógica pela Uniasselvi; graduando em Direito (UNIP); Graduando em Engenharia de Produção (UNIVESP); Pós graduando em Ensino de Filosofia (UNIFESP); pós graduado em Direito Tributário e mestrando em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade del Atlântico - Espanha.

Introdução

O Estatuto da Advocacia e da OAB é o alicerce fundamental ao profissional da advocacia. Servindo como elemento norteador em defesa de suas prerrogativas, expondo os deveres inerentes ao exercício adequado da profissão, com o intuito de aperfeiçoar a justiça brasileira.

O presente artigo, tecerá comentários acerca do artigo 34 do referido Estatuto, que trata das infrações disciplinares dos advogados. Utilizaremos a metodologia bibliográfica e recorreremos a doutrinadores a fim de alicerçar de forma mais coerente ao leitor, acerca dos comentários aqui expostos.

1. Das infrações disciplinares dispostas no artigo 34

Art. 34. “Constitui infração disciplinar:”

O caput do art. 34 inaugura os itens que serão considerados infrações disciplinares no exercício da advocacia. Em qualquer profissão, ou mesmo no convívio social existem regras de conduta, morais, éticas e jurídicas.

Destarte a advocacia, não poderia se diferenciar, pois o descumprimento de determinadas regras caberá sanção, estas

disciplinadas por este Estatuto e, também, pelo Código de Ética e Disciplina da OAB.

Neste ponto cabe apontarmos o disposto por Carlos de Almeida Andrade (OAB/PR 10.517):

Tanto nas mais entusiastas democracias quanto nas mais nefastas ditaduras, a imposição de sanções para descumprimento de regras sociais, morais, jurídicas, éticas, disciplinares e assim por diante é absolutamente inafastável. O sistema exige a incidência de penas para aquilo que em determinado tempo se tem como correto ou adequado para o desenvolvimento da sociedade.^[1]

De acordo com os ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello:

a razão pela qual a lei qualifica certos comportamentos como infrações administrativas, e prevê sanções para quem nelas incorra, é a de desestimular a prática daquelas condutas censuradas ou constranger ao cumprimento das obrigatórias. Assim, o objetivo da composição das figuras infracionais e da correlata penalização é intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem em conformidade de regra que lhes demanda comportamento positivo.^[2]

As infrações disciplinares previstas no referido Estatuto (Lei nº 8.906/94), podem ser cometidas por advogados ou estagiários regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil.

Desta feita, aquele que por omissão e ação no empenho de sua atividade profissional vier a violar as condutas previstas nesta norma, poderá sofrer as sanções nela dispostas.

1.1. Art. 34, inciso I

O art. 34, em seu inciso I, traz taxativamente em seu corpo textual o seguinte: “exercer a profissão, quando impedido de fazê-lo, ou facilitar, por qualquer meio, o seu exercício aos não inscritos, proibidos ou impedidos”;

O referido inciso trata do exercício irregular da profissão de advogado, ou ainda aponta a hipóteses de facilitar o exercício da advocacia por indivíduos impossibilitados e incapacitados de exercê-la naquele momento.

1.2. Art. 34, inciso II

Disposto expressamente no inciso II, do referido artigo, temos: “manter sociedade profissional fora das normas e preceitos estabelecidos nesta Lei”;

O texto exposto é amplo, abrangendo, portanto, qualquer possível irregularidade referente a sociedades de advogados, as quais desrespeitem as normas desse estatuto, bem como regras derivadas.

A fim de auxiliar ao leitor para uma melhor compreensão, expomos os comentários de Evaristo Aragão Ferreira dos Santos (OAB/PR 24.498):

tais sociedades representam modelo societário especial, motivo pelo qual ficam sujeitas a regras também especiais. São prioritariamente regidas pelo Estatuto da OAB, o Regulamento Geral da Advocacia e demais Provimentos editados pelos Conselhos Federal e Seccionais. Assim, apenas subsidiariamente e quando insuficientes essas regras especiais, as sociedades de advogado buscarão disciplina no Código Civil. Estando em desacordo com essa estrutura de regras, em tese é possível caracterizar-se a infração disciplinar prevista no dispositivo aqui analisado. Diz-se, em tese, porque a análise do caso concreto é imprescindível.[3]

1.3. Art.34, inciso III

O inciso III do referido artigo dispõe: “valer-se de agenciador de causas, mediante participação nos honorários a receber”;

O advogado não pode se valer de agenciador, ou seja, comerciante ou “arrematador de clientes”, firmando compromisso de participação em honorários a receber pela respectiva demanda.

Gisela Gondin Ramos define agenciador da seguinte maneira: “*encaminha negócios para outrem, sendo remunerado com uma porcentagem sobre este mesmo negócio*”.^[4]

Vale ressaltar os ensinamentos de João Eurico Koerner (OAB/PR 34.748), no que se refere as sanções previstas para esta prática, conforme segue:

Conforme previsto na Lei n. 8.906/1994, à infração do art. 34, III, é cominada a pena de censura (art. 36, I), a qual, havendo circunstância atenuante, poderá ser convertida em advertência, em ofício reservado, sem registro nos assentamentos do inscrito (art. 36, parágrafo único). Por outro lado, se presentes circunstâncias agravantes, à pena de censura pode ser cumulada a sanção de multa, "variável entre o mínimo correspondente ao valor de uma anuidade e o máximo de seu décuplo", nos termos do art. 39, do referido diploma legal.^[5]

1.4. Art. 34, inciso IV

Dispõe o art. 34, IV: “angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros”;

Dispositivo mais abrangente que o anterior proíbe ao advogado que peça para si ou atraia, conquiste causas. Sendo assim, o advogado deve ser procurado pelo possível cliente e não lhe procurar, com o intuito de atender determinada demanda.

Conforme leciona Robison Baroni:

ao advogado descabe inculcar ou induzir o público, 'fazer propaganda', captando assim a clientela mas, se o desejar, poderá fazer 'publicidade', informando a todos sua existência, divulgando seu labor rigorosamente dentro dos parâmetros ético-estatutários.^[6]

1.5. Art. 34, inciso V

No que tange o inciso V do referido artigo, temos: “ assinar qualquer escrito destinado a processo judicial ou para fim extrajudicial que não tenha efeito, ou em que não tenha colaborado”;

Caracteriza-se pela falta de veracidade e honestidade em relação ao vínculo autoral entre o profissional e o conteúdo escrito, p.ex., plágio.

Conforme destaca Fernando Previdi Motta (OAB/PR 25.335):

O tipo não exige que a assinatura seja de próprio punho, incorrendo na hipótese infracional aquele que pratica tais condutas por meio de assinatura eletrônica, intitulando-se autor do escrito quando não é nem colaborou com o resultado final do respectivo conteúdo. Porém, não se enquadra neste tipo de conduta quem utiliza sua assinatura eletrônica, por exemplo, para fins de viabilizar o protocolo de peça processual de outro advogado [...].^[7]

1.6. Art. 34, inciso VI

No artigo 34, inciso VI, encontra-se disposto: “advogar contra literal disposição da lei, presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior”;

Infração disciplinar imposta ao advogado que atua com a finalidade de atingir determinado objetivo contrário a lei, ou seja, ilegal.

Todavia, cabe ressaltar decisão do Conselho Federal sobre este dispositivo:

o advogado que propõe ação para discutir inconstitucionalidade de lei, age com presunção de boa-fé, que sendo relativa, só pode ser afastada se provado o dolo. (Recurso nº 2298/2001/SCA-SP. Relator Conselheiro Waldemar Pereira Júnior (GO), unânime, DJ 01.06.2001, p. 629, S1e - Ementa 051/2001/SCA).

1.7. Art. 34, inciso VII

No referente inciso apresenta-se expresso: “violar, sem justa causa, sigilo profissional”;

O sigilo profissional é inerente a profissão do advogado, também disposto no Código de Ética e Disciplina da OAB.

Vale destacar o entendimento do Conselho Federal, no que tange o recurso nº 2008.08.05572-05/SCA, de 2 de dezembro de 2009: “*atividades conjuntas exercidas no mesmo espaço físico, angariam causas ou clientes e comprometem o direito/dever de sigilo profissional*”.

1.8. Art. 34, inciso VIII

O referido dispõe em seu texto: “estabelecer entendimento com a parte adversa sem autorização do cliente ou ciência do advogado contrário”;

O referido inciso apresenta-se disposto, também, no Código de Ética e Disciplina da OAB, em seu art. 2º, parágrafo único, VIII.

Segundo os ensinamentos de Paulo Lôbo: “*o advogado deve receber autorização prévia do cliente e cientificar o outro colega. A lei não*

exige que haja instrumento escrito de autorização, mas deve o advogado acautelar-se quanto à necessidade de prova-la".[\[8\]](#)

1.9. Art. 34, inciso IX

Dispõe que: “prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio”;

Refere-se a hipótese na qual o advogado, por culpa grave, acaba por prejudicar o cliente. Desta forma, caberá responsabilização disciplinar, a qual não isentará o advogado da possibilidade de representação na esfera cível e criminal.

Segundo Eduardo Couture: “*a lealdade do defensor para com seu cliente deve ser constante e não deve faltar [...]*”.[\[9\]](#)

1.10. Art. 34, inciso X

Neste inciso o referido texto apresenta: “acarretar, conscientemente, por ato próprio, a anulação ou a nulidade do processo em que funcione”;

Premissa de dever do advogado o zelo dos preceitos garantidores da justiça, sendo assim, qualquer ato vil, premeditado arretará em sanção disciplinar.

1.11. Art. 34, inciso XI

No referido inciso, encontra-se expresso: “abandonar a causa sem justo motivo ou antes de decorridos dez dias da comunicação da renúncia”;

Cabe punição disciplinar ao advogado que de maneira injustificada, abandone a causa sob sua responsabilidade ou faça antes de dez dias contados da comunicação da renúncia.

De acordo com o Código de Ética e Disciplina da OAB, em seu art. 12: “ *o advogado não deve deixar ao abandono ou ao desamparo os feitos, sem motivo justo e comprovada ciência do constituinte*”.

1.12. Art.34, inciso XII

Dispões que: “recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência jurídica, quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública”;

Caracteriza-se por uma conduta negativa do advogado, ou seja, fora dos padrões desejáveis do profissional, portanto, poderá ensejar em ação disciplinar.

1.13. Art.34, inciso XIII

Disposto no referido artigo, temos: “fazer publicar na imprensa, desnecessária e habitualmente, alegações forenses ou relativas a causas pendentes”.

De cunho ético e sigiloso, premissas fundamentais, alicerce da profissão do advogado. Neste caso o advogado comete infração disciplinar ocorre na conjugação dos eventos de publicação na imprensa de fatos relacionados a causas sob seu patrocínio e pendentes de julgamento, de maneira habitual.

1.14. Art.34, inciso XIV

Expresso neste inciso: “deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa”;

O artigo expões uma ação de má-fé pelo referido advogado. A qual além de evidenciada neste artigo, é parte constante do Código de Ética e Disciplina da OAB, em seu art. 6º, que dispõe: “*defeso ao advogado expor os fatos em Juízo ou na via administrativa falseando deliberadamente a verdade e utilizando de má-fé*”.

Em relação a sanção disciplinar, segue lição exposta de João Eurico Koerner (OAB/PR 34.748): “*Por outro lado, se presentes circunstâncias agravantes, à pena de censura pode ser cumulada a sanção de multa*”.[\[10\]](#)

1.15. Art. 34, inciso XV

Referente a este inciso, encontra-se expresso: “fazer, em nome do constituinte, sem autorização escrita deste, imputação a terceiro de fato definido como crime”;

Cabe relevância a este artigo lembrar que segundo a Lei nº 8.906/1994, em seu art. 7º, § 2º que o “*advogado tem imunidade profissional*”, não constituindo, portanto, injúria ou difamação puníveis.

Por seu turno, de acordo com o artigo 138 do Código Penal, a imputação falsa de fato definido como crime constitui calúnia. Diante desta perspectiva, cristalino que o art. 34, XV do EAOAB, vai além, engloba tanto a imputação verdadeira como falsa entre as sanções disciplinares.

1.16. Art. 34, inciso XVI

Resta disposto neste inciso: “ deixar de cumprir, no prazo estabelecido, determinação emanada do órgão ou autoridade da Ordem, em matéria da competência desta, depois de regularmente notificado”;

A partir do momento da notificação e ciência da respectiva determinação, cabe ao advogado cumpri-la dentro do prazo estipulado, sob pena de sanção disciplinar.

De acordo com Gisela Gondin Ramos a conduta disposta no referido inciso do artigo 34 é omissiva, e assim leciona: “*o advogado deixe transcorrer in albis o prazo estabelecido sem atender à determinação*”.[\[11\]](#)

1.17. Art. 34, inciso XVII

Dispõe que: “Prestar concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário a lei ou destinado a fraudá-la”.

Tanto advogado quanto estagiário, regularmente inscritos na OAB, se atuarem com o intuito de burlar ou fraudar a legislação sofrerão sanções disciplinares, o que não os impede, conforme o caso, de responderem, também, na esfera cível e criminal.

A fim de exemplificar comportamentos relativos ao referido inciso, segue ensinamento de Flávio Olímpio de Azevedo:

O exemplo clássico de ato ilícito – e que infelizmente resulta em várias representações nos Tribunais de Ética e Disciplina da OAB – são as reclamações trabalhistas simuladas. Advogados inescrupulosos, em conluio com outros colegas, simulam reclamatória com acordo prévio avençado, buscando a homologação deste pelo Judiciário (...) Objetivando esse fim, induzem os empregados demitidos, pessoas simples, a erro (...) tudo em verdadeiro ato simulatório, pois todos os termos do acordo já estão pactuados antes da propositura da reclamatória.(...) A doutrina ainda refere outros atos ilegais ou fraudulentos gravíssimos, maculando a dignidade da advocacia: destinar importância recebida para aquisição de objetos furtados (...)’ ou “advogado que se utiliza de alvará de soltura ostensivamente falso para libertar constituintes seus.”^[12]

1.18. Art.34, inciso XVIII

No que tange o inciso XVIII, este dispõe: “solicitar ou receber de constituinte qualquer importância para aplicação ilícita ou desonesta”;

Cabível, diante de uma infração formal, nada mais nos resta que comentarmos tal inciso através do exposto no Código de Ética e Disciplina da OAB, em seu art. 2º, II:

Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade

pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce. Parágrafo único. São deveres do advogado: (...)

II – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé;

1.19. Art.34, inciso XIX

Referente a este inciso, em seu corpo encontra-se expresso: “ receber valores, da parte contrária ou de terceiro, relacionados com o objeto do mandato sem expressa autorização do constituinte”;

Cristalino que o referido inciso prescreve forma agravada ao inciso VIII deste mesmo artigo.

Destaca-se ainda, neste momento, que a advocacia tem por finalidade proteger a relação cliente advogado, ou seja, os direitos e interesses do constituinte.

1.20. Art.34, inciso XX

Disposto em seu corpo textual, temos: “locupletar-se, por qualquer forma, à custa do cliente ou da parte adversa, por si ou interposta pessoa”;

Trata-se, portanto, do enriquecimento ilícito por parte do advogado, sendo assim, refere-se ao dever-poder da prestação de serviços advocatícios.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello: “[...] *existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem*”.[\[13\]](#)

1.21. Art. 34, inciso XXI

Neste referido inciso, temos: “recusar-se, injustificadamente, a prestar contas ao cliente de quantias recebidas dele ou de terceiros por conta dele”;

Dever inerente ao advogado a prestação de contas do estado do processo, mas, também de valores percebidos pelo cliente ou de terceiros para com ele, até para os devidos cálculos de honorários que lhe cabem.

1.22. Art.34, inciso XXII

Conforme disposto, segue: “reter, abusivamente, ou extraviar autos com vista ou em confiança”;

Prerrogativa do advogado ter acesso aos autos e de leva-los (carga), porém, obviamente, é dever restituí-los ao findar ao prazo ao qual foi autorizado.

Em relação ao extravio, cabe comprovação de culpa, conforme leciona Paulo Lôbo: “*não basta o fato objetivo de extravio dos autos, pois a intenção de fazê-lo há de estar provada ou inferida inquestionavelmente das circunstâncias*”.[\[14\]](#)

1.23. Art.34, inciso XXIII

Neste inciso resta exposto: “deixar de pagar as contribuições, multas e preços de serviços devidos à OAB, depois de regularmente notificado a fazê-lo”.

Após notificação, caso a pendência de pagamento persista, configura-se a inadimplência, a qual é reprimida mediante o devido processo legal, garantida a ampla defesa e o contraditório.

1.24. Art. 34, inciso XXIV

Este dispositivo dispõe que: “incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional”;

Configura-se inépcia profissional a falta de conhecimento técnico para o exercício da profissão, bem como, por erros linguísticos e falha reiterada.

Segundo leciona Paulo Lôbo:

Dá-se o tipo quando: a) há erros grosseiros de técnica jurídica ou de linguagem; b) há reiteração. Erros isolados não concretizam o tipo. No entanto, a reiteração pode emergir de uma única peça profissional, quando os erros se acumulem de forma evidente, embora seja recomendável o cotejo com mais de uma. [\[15\]](#)

Neste pleito, vale destacar o brilhantismo dos ensinamentos de Eduardo Couture: “*como todas as artes, a advocacia só se aprende com sacrifício, e, como em todas as artes, também se vive em constante aprendizagem, (...), e seu estudo só termina com sua própria vida*”. [\[16\]](#)

1.25. Art. 34, inciso XXV

O referido inciso aponta: “manter conduta incompatível com a advocacia”;

Apesar de contestado, traremos uma interpretação simplista, ou seja, a fim de esclarecermos este inciso recorreremos, novamente, ao Código de Ética e Disciplina da OAB, conforme disposto em seu artigo 1º: “*O exercício da advocacia exige conduta compatível com os preceitos deste Código, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os demais princípios da moral, social e profissional*”.

1.26. Art.34, inciso XXVI

No presente inciso trata-se: “ fazer falsa prova de quaisquer requisitos para inscrição na OAB”;

Os requisitos necessários para a inscrição do advogado na OAB, dispostos na Lei nº 8.906/1994, ou seja, no Estatuto da Advocacia e da OAB, são: capacidade civil, diploma de graduação em direito, título de

eleitor e quitação do serviço militar, aprovação em exame da Ordem, ausência de exercício de atividade incompatível com a advocacia, idoneidade moral, prestação de compromisso perante a OAB.

A falsidade poderá ser material ou ideológica. No que tange a falsidade material, citaremos documentos rasurados, alterados ou com vícios em sua elaboração.

Por seu turno, a falsidade ideológica se dá através da declaração de fato inverídico, ou seja, o conteúdo de um documento pode ser falso, todavia o próprio documento verdadeiro.

1.27. Art. 34, inciso XXVII

Referente ao inciso, este claramente dispõe: “tornar-se moralmente inidôneo para o exercício da advocacia”;

Caracteriza-se pelo cometimento de crime pelo profissional da advocacia.

1.28. Art. 34, inciso XXVIII

Este inciso aponta: “praticar crime infamante”;

Este inciso demonstra um conceito indeterminado, pelo simples fato de não restar pacificado o que seria exatamente o “crime infamante”.

Por certo, a maioria define crime infamante sendo aquele que repercute contra a moral da advocacia.

1.29. Art. 34, inciso XXIX

O inciso XXIX, aponta que: “praticar, o estagiário, ato excedente de sua habilitação”;

Os atos permitidos a realização por parte do estagiário estão dispostos no artigo 29 do Regulamento Geral, e a este o estagiário deverá obediência.

1.30. Art. 34, Parágrafo único

O Art. 34 em seu parágrafo único elenca condutas exemplificativas, conforme segue:

Parágrafo único. Inclui-se na conduta incompatível:

- a) prática reiterada de jogo de azar, não autorizado por lei;
- b) incontinência pública e escandalosa;
- c) embriaguez ou toxicomania habituais.

Por fim, aponta comportamentos que considerar-se-ão incompatíveis, com a advocacia, porém dependendo da interpretação do julgador.

NOTAS:

[1] BRASIL, Ordem dos Advogados do. *Estatuto da Advocacia e da OAB Comentado*. Paraná: OAB/PR. 2015. p.255.

[2] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 2008. pp. 864 e 865.

[3] BRASIL, Ordem dos Advogados do. *Estatuto da Advocacia e da OAB Comentado*. Paraná: OAB/PR. 2015. p.266.

[4] RAMOS, Gisela Gondim. *Estatuto da Advocacia*. 3.^a ed. Santa Catarina: OAB/SC. 2003. p. 368

[5] BRASIL, Ordem dos Advogados do. *Estatuto da Advocacia e da OAB Comentado*. Paraná: OAB/PR. 2015. p.270.

[6] BARONI, Robison. *Ética na advocacia*. 2.^a ed. São Paulo. Ltr. 2009, p. 75

[7] BRASIL, Ordem dos Advogados do. *Estatuto da Advocacia e da OAB Comentado*. Paraná: OAB/PR. 2015. p.280.

[8] LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*, 5a ed., p. 208

[9] COUTURE, Eduardo. *Os mandamentos do advogado*. Porto Alegre: Fabris. 1987. p. 48.

[10] BRASIL, Ordem dos Advogados do. *Estatuto da Advocacia e da OAB Comentado*. Paraná: OAB/PR. 2015. p.296.

[11] RAMOS, Gisela Gondim. *Estatuto da Advocacia*. 3.^a ed. Santa Catarina: OAB/SC. 2003. p. 418.

[12] AZEVEDO, Flávio Olímpio de. Disponível em <
https://www.direitocom.com/estatuto-da-advocacia-comentado/titulo-i-da-advocacia-do-artigo-1-ao-43/capitulo-ix-das-infracoes-e-sancoes-disciplinares-do-artigo-34-ao-artigo-43/artigo-34o-ao-43o#_ftnref2 > ,

Acessado em 16 de outubro de 2017

[13] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 62.

[14] LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*, 5a ed., p. 230.

[15] LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*, 5a ed., p. 225.

[16] COUTURE, Eduardo. *Os mandamentos do advogado*. Porto Alegre: Fabris. 1987. p. 23.