

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 839

(Ano X)

(03/02/2018)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2018

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



30/01/2018 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [Mazelas do Sistema Jurídico e "Teoria da Gambiarra": a Súmula 07 do I Fórum Nacional de Juízes Criminais](#)

ARTIGOS

02/02/2018 Jullieth Kellyn da Silva Gois

» [A Audiência de Custódia como instrumento de Justiça Restaurativa](#)

02/02/2018 Izabella Christina Carolino de Souza

» [A visão da ciência jurídica de Kelsen](#)

02/02/2018 Sarah Venancio Ponte

» [Evolução legislativa dos principais dispositivos pátrios voltados à realização dos direitos das mulheres: histórico](#)

02/02/2018 Filipe Serafim Mapilele

» [A Reincidência Criminal nas Sociedades Contemporâneas: Uma Reflexão Sobre o Comportamento Criminal nos Últimos Tempos](#)

01/02/2018 Luciana Câmara Soares

» [Da análise da utilização da sociedade em conta de participação como meio de obtenção de crédito imobiliário.](#)

01/02/2018 Bruno Menezes Soutinho

» [Da legalidade das apreensões de mercadoria como meio de fazer cessar infrações materiais de efeitos permanentes. Da necessidade de aprofundamento da Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal e o distinguishing a ser realizado.](#)

01/02/2018 Filipe Serafim Mapilele

» [Nampula nas intercaleres: que cenário se espera?](#)

31/01/2018 Marília de Miranda Chiappetta dos Santos

» [Litisconsórcio ativo na recuperação judicial: análise de casos e possibilidades](#)

31/01/2018 Heloisa Pessoa Teles de Oliveira

» [Direito religioso: liberdade religiosa e limites internos](#)

31/01/2018 Paulo Byron Oliveira Soares Neto

» [Princípios conceituais do Direito Alfandegário \(Aduaneiro\) Internacional](#)

31/01/2018 Bruno Bortolucci Baghim

» [Redução da maioria penal e o cinismo de quem não assume os seus erros](#)

30/01/2018 Heloisa Pessoa Teles de Oliveira

» [A proposta lógica de S. Toulmin como forma de superação do silogismo juspositivista](#)

30/01/2018 Luciana Câmara Soares

» [Análise das relações poliafetivas sob a perspectiva do Direito como integridade e das normas internas e internacionais.](#)

30/01/2018 Milena Tenório de Lemos

» [Estudo da ocorrência de prescribibilidade na ação de improbidade administrativa](#)

30/01/2018 Samuel de Jesus Vieira

» [O estado de coisas inconstitucional e seus reflexos na Administração Pública](#)

30/01/2018 Bruno Bortolucci Baghim

» [Pena de morte: um fetiche brasileiro.](#)

29/01/2018 Rômulo de Andrade Moreira

» [Freud e a Religião](#)

29/01/2018 Samuel de Jesus Vieira

» [A judicialização de políticas públicas no estado do bem-estar social \(Welfare State\): considerações sobre a abrangência da atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos sociais previstos no texto constitucional brasileiro](#)

29/01/2018 Heloisa Pessoa Teles de Oliveira

» [Legalidade da inclusão da tarifa de TUSD e TUST na base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica](#)

29/01/2018 Leonardo de Tajaribe R.H. da Silva Junior

» [O postulado pas de nullité sans grief, ineficácia contagiosa e embate principiológico no processo penal](#)

MAZELAS DO SISTEMA JURÍDICO E "TEORIA DA GAMBIARRA": A SÚMULA 07 DO I FÓRUM NACIONAL DE JUÍZES CRIMINAIS

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.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça (STJ) se manifestou acerca da questão do acesso, em investigação criminal, a comunicações por aplicativos como whatsapp e outros meios informáticos, bem como por intermédio de viva – voz. Com a *prudência* e o acato às normas constitucionais que deve marcar a jurisprudência, firmou entendimento de que há necessidade de ordem judicial para que o sigilo dessas comunicações possa ser violado (STJ, HC 51.531 – RO; RHC 75.800 e REsp. 1630097). [1]

Surpreendentemente, em posição oposta a essa orientação jurisprudencial do STJ e outros tribunais estaduais que seguem pela mesma senda, o I Fórum Nacional de Juízes Criminais elaborou o Súmula n. 07 com o seguinte teor:

“O acesso ao conteúdo de todos os dados, dentre eles, aplicativos e contatos telefônicos, em celular apreendido durante flagrante pela polícia *não precisa de autorização judicial*” (grifo nosso).

Procura-se defender essa tese, considerando as dificuldades de comunicação e morosidade para obtenção de autorizações judiciais nestes casos. Ocorre que esse é um problema prático, um problema ligado à estrutura das instituições, suas relações e logística, sua comunicação e

interação. O argumento jurídico não é autorizado a solucionar esse tipo de questão. Para problemas jurídicos, devem ser moldadas soluções jurídicas; para problemas práticos, soluções práticas, jamais obtidas por meio de desvirtuamento da legislação ordinária e muito menos por violação das garantias constitucionais da intimidade, vida privada e reserva de jurisdição. É plenamente possível apresentar propostas de agilização e integração entre Judiciário, Ministério Público e Polícia Judiciária, ao invés de simplesmente manter o “status quo” deficitário desses órgãos e optar pela suposta “solução” consistente na desconsideração da letra da lei e dos ditames constitucionais. Já estamos fartos de abundante legislação penal e processual penal meramente simbólica. Ninguém precisa de um judiciário que venha a aderir ao simbolismo e apresentar-se, não como sujeito imparcial, mas como uma espécie de “justiceiro” e reparador das mazelas das instituições, mediante distorções interpretativas. Isso não colabora para a melhora do sistema, antes o mantém emperrado à custa de violar direitos e garantias individuais.

Binder destaca a dificuldade em estabelecer critérios seguros para o reconhecimento de nulidades, devido ao fato de que as decisões judiciais variam motivadas por “considerações valorativas do momento” apartadas “de qualquer marco de referência teórico”. [2]

A forma no processo pode, eventualmente, e especialmente numa realidade precária como a brasileira, onde são sucateados órgãos como o Judiciário, o Ministério Público e a Polícia Judiciária, parecer um entrave. No entanto, há que lembrar com Ihering que “inimiga da arbitrariedade, a forma é irmã gêmea da liberdade”. [3] Na verdade, as formalidades legais exigidas são instrumentos de proteção de princípios voltados para a consecução concreta de garantias e direitos individuais, que devem permanecer incólumes diante de abusos do poder penal. [4]

Infelizmente, o posicionamento dos Juízes Criminais que se espelha na Súmula 07 de seu I Fórum Nacional, revela a (in) consciente “inversão de lugares” por que passa o judiciário. Antes visto como um poder de manutenção de expectativas institucionais, agora se apresenta o Poder Judiciário como uma espécie de fonte esperançosa para mudanças. A Justiça passa de algo instituído para força instituidora. [5]

Acontece que o Juiz não é um “justiceiro”, um “policial”, um “acusador”, um “revolucionário” ou “reformador político”, ele é, ao reverso, aquele a quem cabe manter as promessas institucionais, especialmente aquelas fundadas nas normas constitucionais. Uma alteração nesse quadro, longe de produzir maior liberdade e justiça, tende ao arbítrio, uma espécie de ditadura ou totalitarismo judiciário. Nesse cenário, lei e constituição vão perdendo sua consistência, tornando-se cada vez mais evanescentes e indefinidas. A já frágil ideia de segurança jurídica se dissolve totalmente.

Eis o campo fértil para o populismo judicial. Nas palavras de Garapon:

“A tentação populista se caracteriza, antes de mais nada, por sua pretensão a um acesso direto à verdade. Alguns indivíduos aproveitam a mídia para se emancipar de qualquer tutela hierárquica. Ela lhes oferece um acesso direto, conforme expressão de Perelman, ao ‘auditório universal’, quer dizer, à opinião pública. Um juiz considera-se prejudicado por sua hierarquia? Ele apela imediatamente para a arbitragem da opinião pública. Todas as anulações processuais são purgadas por essa instância de recurso selvagem que a mídia representa, e os argumentos técnicos do direito ou processuais não tardam a revelar-se para a opinião pública como argúcias, astúcias, desvios inúteis, que impedem a verdade de ‘vir à tona’. A busca direta da aprovação popular por intermédio da mídia, acima de qualquer instituição, é uma arma temível à disposição dos juízes, o que torna muito mais presente o desvio populista. O populismo, com efeito, é uma política que pretende, por instinto e experiência, encarnar o sentimento profundo e real do povo. Esse contato direto do juiz com a opinião é proveniente, além disso, do aumento de descrédito do político. O juiz

mantém o mito de uma verdade que se basta, que não precisa mais da mediação processual”. [6]

Daí surge uma espécie de “ativismo” que simplesmente passa como um trator sobre a legalidade e a constitucionalidade, fundando-se na “inquisição e denúncia selvagem, emoção, horror, desconfiança em relação às instituições tradicionais e uma espécie de presunção de culpabilidade”. [7]

Assassinando sem piedade o respeito pelos direitos e garantias individuais e as formalidades legais, pretende-se conformar uma atuação mais justa, célere e eficiente. Porém, o único resultado de tudo isso é um caos institucional, porque, como já dito antes, os lugares e temas estão trocados. Movendo-se na área jurídica se pretende obter soluções práticas e na seara prática, soluções jurídicas!

Em encerramento, ficam as questões: por que ao invés de os Juízes Criminais proporem a desconsideração da reserva de jurisdição para o acesso às comunicações telefônicas em aplicativos, não apresentam sugestões tais como: investimento em pessoal e material para o Judiciário, Ministério Público e Polícia Judiciária; instituição de programas de intercâmbio imediato, via telemática, entre Juízes, Promotores e Delegados de Polícia para casos de urgência (pedidos de mandados de busca, de quebra de sigilo telefônico, de interceptação etc.); integração de redes de inteligência dos Estados e Federal na área das polícias em geral e do Judiciário e Ministério Público; instituição urgente de um documento de identificação único com banco de dados nacional; instituição de um banco de dados nacional para consulta sobre mandados de prisão e passagens criminais (mas, algo realmente eficiente, não o sistema precário hoje vigente). Por que não essas e outras propostas práticas para a solução de um problema prático? Por que escolher a via fácil e deletéria de desconsideração das regras e princípios? Por que a opção pela “gambiarra” ao invés dos ajustes adequados?

REFERÊNCIAS

BINDER, Alberto M. *Descumprimento das Formas Processuais*. Trad. Angela Nogueira Pessoa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Viva – Voz e prova ilícita: Decisão do STJ. *Boletim IBCCrim*. n. 297, ago., p. 11 – 12, 2017.

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

IHERING, Rudolf von. *El espíritu del derecho romano*. Madri: Revista de Occidente, 1962.

NOTAS:

[1] A questão foi tema de trabalho deste autor publicado pelo IBCCrim: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Viva – Voz e prova ilícita: Decisão do STJ. *Boletim IBCCrim*. n. 297, ago. 2017, p. 11 – 12.

[2] BINDER, Alberto M. *Descumprimento das Formas Processuais*. Trad. Angela Nogueira Pessôa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 3.

[3] IHERING, Rudolf von. *El espíritu del derecho romano*. Madri: Revista de Occidente, 1962, p. 284.

[4] BINDER, Alberto. *Descumprimento das Formas Processuais*. Trad. Angela Nogueira Pessôa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 36.

[5] GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 49.

[6] Op. Cit., p. 66.

[7] Op. Cit., p. 99.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA

JULLIETH KELLYN DA SILVA GOIS:
Graduada em Direito. Universidade
Federal de Alagoas.

RESUMO: A superlotação carcerária, a violação aos direitos humanos do preso, os altos índices de reincidência, dentre outros fatores relacionados à conjuntura contemporânea do sistema prisional brasileiro, atestam a falência do modelo penal retributivo, punitivo e dissuasório. Como alternativa, não no sentido de exclusão, mas sim de complementação, surge a figura da justiça restaurativa, máxima em fornecer a ideia de restauração e inclusão do preso à sociedade, além da promoção da justiça social. A audiência de custódia, por sua vez, foi implementada no Brasil ao ser regulamentada pelo CNJ, em atenção às disposições dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pela ordem interna. Este instituto proporciona ao indivíduo acometido pela prisão o contato direto com o juiz em um curto espaço de tempo, assegurando seus direitos fundamentais e propiciando uma análise pessoal e humana da necessidade da segregação cautelar. Com isso, este artigo pretende analisar a função da audiência de custódia como eficaz instrumento de justiça restaurativa, através da verificação de sua aplicação, de seus efeitos e não se olvidando de trazer à baila os seus avanços e desafios para que haja um efetivo alcance de seus objetivos primordiais.

Palavras-Chave: Justiça Restaurativa. Audiência de Custódia. Direitos Humanos. Resolução de Conflitos.

ABSTRACT: Prison overcrowding, the violation of the prisoner's human rights, high rates of recidivism, among other factors related to the contemporary situation of the Brazilian prison system, testify to the bankruptcy of the retributive, punitive and dissuasive penal model. As an alternative, not in the sense of exclusion, but in the sense of complementation, the figure of restorative justice appears, maximizing the idea of restoration and inclusion of prisoners in society, as well as the promotion of social justice. The custody hearing, in turn, was implemented

in Brazil when regulated by the CNJ, in accordance with the provisions of the International Human Rights Treaties ratified by the internal order. This institute provides the prisoner with direct contact with the judge in a short time, assuring their fundamental rights and providing a personal and human analysis of the need for prudential segregation. This article aims to analyze the role of the custodial audience as an effective instrument of restorative justice, by verifying its application, its effects and not forgetting to bring forward its advances and challenges so that there is an effective scope of its primary objectives.

Keywords: Restorative Justice. Custody Hearing. Human rights. Conflict resolution.

Sumário: Introdução. 1. A judicialização do conflito e os meios alternativos de resolução. 2. A justiça restaurativa como alternativa ao modelo punitivo. 3. A audiência de custódia como efetivo mecanismo de práticas restaurativas. 4. Consequências da audiência de custódia: seus avanços e desafios. Conclusão. Referências.

Introdução

O Direito Penal, enquanto ramo do direito, tem em sua constituição princípios formadores que definem seu objeto e determinam quais os bens jurídicos relevantes que serão tutelados devido à gravidade de sua atuação, uma vez que tem o poder de cercear a liberdade dos indivíduos através da aplicação de sanções.

Nesse sentido, tem função subsidiária, ou seja, só efetivamente interfere nas relações sociais quando nenhum outro ramo do direito tenha conseguido solucionar de forma eficaz o conflito em questão.

Por este motivo, tal concepção é fruto de uma evolução histórica, através de diversas análises de estudiosos de outros ramos do conhecimento, pelas quais objetivou-se auferir a origem do crime e do criminoso, as formas de punição, bem como entender os motivos preponderantes e condições sociais dos delitos.

Desta forma, o entendimento de vingança privada foi sendo superado gradativamente, passando-se ao Estado o dever de punir e recriminar todos os métodos degradantes de punição, de modo a atribuir, por fim, a todo indivíduo, o direito ao cumprimento de penas dignas e não degradantes, respeitados, para isso, o devido processo legal e demais garantias processuais necessárias.

Surge então a figura da prisão, medida que implica na restrição de liberdade do indivíduo, o que de alguma maneira acaba acometendo o princípio da dignidade da pessoa humana. Nos dizeres de Guilherme e Naila Nucci, “é a privação da liberdade, coibindo-se, através do recolhimento ao cárcere, o direito natural e constitucional do ser humano de ir, vir e permanecer” (NUCCI, 2008, p. 157).

Contudo, a prisão não pode ter por objetivo apenas o cerceamento do direito de ir e vir do sujeito, mas, também, deve haver um viés voltado à sua ressocialização, funcionando como uma via de mão dupla que objetiva impedir a impunidade e, no mesmo passo, promover a pacificação social, servindo ao desenvolvimento e à eficácia da instrução penal e a contribuir à efetividade da prestação jurisdicional e tutela da sociedade (AVENA, 2012, p. 293).

Não somente um princípio, a presunção da inocência é um direito fundamental do indivíduo, cuja previsão em seu art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, preconiza que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Desta feita, a liberdade é regra e a prisão, exceção.

Entretanto, o cenário do sistema carcerário no Brasil vem mostrando uma realidade diversa, não sendo difícil constatar uma banalização das prisões preventivas, que são muitas vezes decretadas com o fito de atender a um clamor social, sem observar severamente a sua necessidade real, tampouco se sua aplicação respeita os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Daí o seguinte questionamento: quais alternativas seriam viáveis ao controle do excesso de prisões cautelares existentes no Brasil e o conseqüente desafogamento do sistema prisional?

Nesta toada, surge a figura da justiça restaurativa que pode vir a ser instrumentalizada através das audiências de custódia, que vêm se configurando em importante ferramenta de redução da judicialização do conflito e da prevenção do ciclo de violência e criminalidade.

Este artigo apresenta uma análise doutrinária no que concerne ao tema proposto, sob a ótica do Direito Processual Penal, e de estudos acerca dos conceitos e interpretações de doutrina e jurisprudência, pretendendo-se obter um entendimento aperfeiçoado em relação à audiência de custódia e seu papel como importante ferramenta à materialização da justiça restaurativa.

1. A judicialização do conflito e os meios alternativos de resolução

O conflito é um fenômeno natural e inerente à condição humana, visto que é produto das divergências ocorridas entre os sujeitos e se constitui em pretensões adversas derivadas do dissenso de valores, interesses ou expectativas que podem vir a ser contrariados entre indivíduos que estão em convivência na sociedade [1].

Carlos Vasconcelos esclarece que, “embora seja contingência da condição humana, e, portanto, algo natural, numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga”. Entretanto, apesar de que esta visão seja corriqueira, a mesma se apresenta como equivocada, haja vista que o conflito não é necessariamente negativo. A falta de diálogo entre os sujeitos é o que proporciona o acirramento da violência.

A busca por meios de solução pacífica dos conflitos tem sido constante na sociedade, em especial por aquele que é encarregado de solucioná-los, o Poder Judiciário. Sob o prisma da autocomposição, busca-se estimular, difundir e educar os indivíduos a resolverem os seus conflitos por meio de ações comunicativas.

Deve-se pensar, desta feita, sob o viés de que o conflito não é apenas algo inerente, como também, necessário às relações interpessoais. Contudo, a sociedade brasileira se encontra sujeita a uma cultura

adversarial com a concepção de que uma das partes sempre sairá ganhando sobre a outra, demonstrando sua dependência em relação à recorrência ao Poder Judiciário na resolução de seus conflitos.

Esta banalização dos conflitos acarreta não apenas o enraizamento da cultura do litígio e a ausência do protagonismo dos sujeitos na solução da lide, mas, sobretudo, esta subordinação à justiça, acaba sobrepujando-a, impedindo que o Poder Judiciário alcance a eficiência em sua atuação e que satisfaça a sociedade, assegurando o cumprimento do princípio da razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Os métodos autocompositivos, em sua maioria, são aplicados entre sujeitos que possuem uma prévia relação interpessoal. Assim, surge a indagação sobre a possibilidade de aplicação de práticas restaurativas em conflitos derivados de práticas criminosas, haja vista que, na grande maioria das vezes, não há relação alguma anterior ao fato entre vítima e ofensor.

Sabe-se que o Direito Penal é um dos ramos do direito que tem como um dos princípios a subsidiariedade, ou seja, é o último instrumento, somente utilizado quando todos os demais ramos do Direito não conseguem resolver determinado conflito, sendo assim considerado como a *ultima ratio*. Contudo, não são raras as vezes as quais a sociedade não o vê como tal, sobretudo em virtude do desejo premente de justiça, configurado na ideia de vingança velada, posto que o senso comum social vê a prisão como uma forma de amenizar a sensação de impunidade.

Se a judicialização do conflito é latente na seara cível, migrando-se ao campo criminal seus efeitos são potencializados. Isto se deve, dentre outros aspectos, ao caráter estigmatizante que a sociedade atribui a um sujeito que venha a cometer um fato delituoso. O autor de um crime é visto no corpo social como um inimigo público, que unicamente merece a punição, e a ideia de ressocialização muitas vezes é vista equivocadamente como impunidade.

Esta situação ocasiona diversos prejuízos à convivência harmônica em sociedade, baseada na igualdade de direitos, na tolerância e no

respeito a indivíduos que em sua maioria estão presos não apenas no cárcere, mas também, em um ciclo vicioso de violência. Este ciclo apenas se agrava quando da inobservância a uma das principais finalidades sociais da pena, qual seja, a reintegração de uma pessoa novamente ao convívio social por meio de políticas humanísticas. Neste sentido, impende destacar as lições de Cerneluti:

O homem, quando é suspeito de um delito, é jogado às feras, como se dizia uma vez dos condenados oferecidos como alimento às feras. A fera, a indomável e insaciável fera, é a multidão. O artigo da Constituição, que se ilude de garantir a incolumidade do acusado, é praticamente inconciliável com aquele outro que sanciona a liberdade de imprensa. Logo que surge o suspeito, o acusado, a sua família, a sua casa, o seu trabalho são inquiridos, investigados, despidos na presença de todos. O indivíduo, assim, é feito em pedaços. E o indivíduo, assim, lembremos, é o único valor da civilização que deveria ser protegido.^[2]

Diante deste quadro, conforme destacado anteriormente, o Judiciário brasileiro, seguindo uma tendência mundial, vem se reinventando e adotando políticas que visam a satisfazer a implementação da cultura de restauração de conflitos, pois até mesmo aqueles oriundos de fatos delituosos são passíveis de métodos alternativos de resolução.

2. A justiça restaurativa como alternativa ao modelo punitivo

Lamentavelmente, a pena privativa de liberdade não vem atingindo a finalidade social a qual está atrelada. Muito pelo contrário, representa um fracasso na tentativa de reabilitação do indivíduo a qual está submetido à medida e, sobretudo, na sua reinserção à sociedade.

A concepção tradicional de direito penal simplesmente sobre o puro viés retributivo, se encontra totalmente obsoleta, diante dos desafios da criminalidade contemporânea e das finalidades de pacificação e controle

social que urgem a novos mecanismos e estratégias mais eficazes à mudança profunda no paradigma de justiça criminal[3].

O modelo punitivo utilizado reiteradamente pela Justiça Criminal apresenta-se ineficaz perante a ressocialização do sujeito, sobretudo em virtude de seu caráter dissuasório e da indiferença do Estado em relação às reais necessidades do infrator, haja vista que a sua reintegração à comunidade é ponto primordial quanto aos aspectos positivos que esta proporciona perante as concepções de justiça e paz social.

A ideia de justiça retributiva simplesmente visa o infrator com o objetivo de puni-lo e intimidá-lo, reforçando sua estigmatização e discriminação perante a sociedade, além de quase não se ofertar, por parte do Estado, assistência psicológica, social, econômica ou jurídica, o que acarreta a sensação de frustração e ressentimento com o sistema, que, dentre outros termos, agravam o problema da reincidência, dificultando o encerramento do ciclo vicioso de violência.

O modelo punitivo, como o próprio nome sugere, apenas pune o ofensor, olvidando-se da necessidade real de responsabilizá-lo por seus atos, posto que sequer, na maioria das vezes, há sua participação no processo, posto que sua ampla defesa e comunicação com o sistema é efetuada simplesmente na figura do advogado, restando ao infrator a desinformação e alienação a respeito dos fatos processuais, o que afasta a sua capacidade de inteirar-se a respeito das conseqüências de seus atos para vítimas e sociedade[4].

Por outro lado, a justiça restaurativa representa um novo paradigma aplicado ao Processo Penal ao intervir positivamente nos conflitos exteriorizados pelo crime, posto que possui uma finalidade político-criminal, representando uma importante ferramenta de intervenção social que pode transformar de forma construtiva, e até mesmo, menos desgastante, o fenômeno do crime[5].

O modelo de justiça restaurativa visa a encontrar a origem e a causa daquele conflito, para que possa possibilitar o amadurecimento pessoal do infrator, bem como a redução dos danos suportados pela vítima e pela

comunidade, constituindo um importante e eficaz meio de resolução do conflito.

A prioridade, após a prática do crime cometido pelo infrator, não deve ser sua punição, mas sim a sua responsabilização, através da conscientização dos danos que causou à vítima e a definição das necessidades desta. Deste modo, busca-se solucionar o conflito enfatizando às necessidades do ofendido, mas atentando-se à reparação do dano, sem, contudo, retirar a cidadania do ofensor.^[6]

Propõe-se uma análise crítica do sistema criminal, onde, através do diálogo e autonomia das partes para solucionarem o seu conflito, seja possível encontrar uma solução que acarrete a pacificação social e o empoderamento dos envolvidos, para que, no âmbito criminal, vítima e ofensor, possam compreender o conflito vivenciado, e que, conjuntamente, participem do processo de solução, com vistas à restauração.^[7]

Segundo Morales, a justiça restaurativa objetiva romper a dicotomia vítima/agressor, permitindo que o infrator restaure na medida do possível as consequências advindas da prática do delito, bem como que seja proporcionado à vítima a sua participação em tal reparação.^[8]

Renato Pinto condensa este entendimento ao enaltecer a eficácia do modelo restaurativo:

[...] o modelo restaurativo pode ser visto como uma síntese dialética, pelo potencial que tem para responder às demandas da sociedade por eficácia do sistema, sem descuidar dos direitos e garantias constitucionais, da necessidade de ressocialização dos infratores, da reparação às vítimas e comunidade e ainda revestir-se de um necessário abolicionismo moderado.^[9]

Sob a ótica dos impactos da justiça restaurativa perante a figura do vitimário, seus resultados se configuram na sua responsabilização espontânea, posto que a oportunidade de dialogar e participar ativamente

representam um grande potencial de assumir sua obrigação pelos danos e consequências do delito, além de facilitar sua acessibilidade e envolvimento ao processo, bem como a sua conseqüente reintegração à sociedade.^[10]

A proposta da Justiça Restaurativa não visa abolir o sistema penal ou sua substituição por outro modo de controle social, mas, o que se pretende, são soluções em que haja um sistema eficaz para todos, tanto vítima, quanto ofensor e até mesmo a comunidade, objetivando uma recomposição dos danos causados pelo conflito, evitando, pois, o desgaste emocional que envolve todo o processo penal, onde os próprios protagonistas da situação solucionariam a questão envolvida^[11].

Neste sentido é o que apresenta a Resolução nº 12 de 2002 da ONU ao enaltecer que a utilização de programas de justiça restaurativas em matéria criminal não prejudica o direito público subjetivo dos Estados de processar presumíveis ofensores, posto que vem a complementar os padrões ordinários da justiça penal.

Esta resolução é certa ao ressaltar a importância das práticas restaurativas na construção de uma sociedade pacífica e harmônica, sobretudo quando enfatiza que “a justiça restaurativa evolui como uma resposta ao crime que respeita a dignidade e a igualdade das pessoas, constrói o entendimento e promove harmonia social mediante a restauração das vítimas, ofensores e comunidades”.^[12]

Paul McCold e Ted Wachtel, do Instituto Internacional por Práticas Restaurativas (International Institute for Restorative Practices), em trabalho apresentado no Rio de Janeiro, enfatizaram o caráter colaborativo de práticas restaurativas e de como estas são capazes de propiciar aos envolvidos a oportunidade de explanarem seus pontos de vista com o fito de não apenas haver punição dos culpados, mas, sobretudo, de terem a consciência de suas verdadeiras responsabilidades. Em suas palavras:

A abordagem restaurativa, com alto controle e alto apoio, confronta e desaprova as transgressões enquanto afirmando o valor intrínseco do transgressor. A essência da justiça restaurativa é a

resolução de problemas de forma colaborativa. Práticas restaurativas proporcionam, àqueles que foram prejudicados por um incidente, a oportunidade de reunião para expressar seus sentimentos, descrever como foram afetados e desenvolver um plano para reparar os danos ou evitar que aconteça de novo. A abordagem restaurativa é reintegradora e permite que o transgressor repare danos e não seja mais visto como tal.^[13]

A Lei dos Juizados Especiais Criminais, responsável por regular o procedimento aplicável às infrações penais de menor potencial ofensivo (contravenções e crimes cuja pena máxima não exceda dois anos ou multa), adota como princípio fundamental a busca da aplicação de medidas alternativas através do consenso entre vítima e ofensor.

Este consenso deve ser buscado em audiência preliminar onde será esclarecido às partes sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade^[14]. Como se pode notar, a conciliação em matérias criminal trazida por esta lei constitui-se em importante porta de entrada à instauração de práticas restaurativas na seara criminal, ainda que se trate de crimes de maior potencial ofensivo.

Migrando-se para o Código Penal Brasileiro, as medidas cautelares diversas da prisão se mostram como importantes ferramentas na busca por novos paradigmas de reestruturação do sistema jurisdicional e à atenuação dos índices de reincidência que provocam ciclos viciosos de violência, majorando a marginalização e dificultando o rompimento dos processos de criminalização.

A Resolução nº 213 do CNJ é clara ao ressaltar a necessidade de se atender às finalidades das medidas cautelares diversas da prisão, sobretudo quando pontua o incentivo à participação da comunidade e da própria vítima na tentativa de se solucionar estes conflitos pacificamente, e a garantia dos direitos individuais e sociais da pessoa submetida a estas medidas.

Estas finalidades salientam a importância da participação da sociedade na restauração das relações sociais e na manutenção do indivíduo com a comunidade e enaltecem o papel da audiência de custódia como uma importante ferramenta a fim de se evitar a judicialização do conflito e a corroborar para a instituição de práticas restaurativas.^[15]

Desta feita, a justiça restaurativa não apenas garante a reparação do dano sofrido pela vítima, como também é importante ferramenta na reinserção do ofensor à sociedade, em virtude de seu potencial efeito de transformação e responsabilização perante seus atos e possíveis conseqüências, capazes de proporcionar ao infrator a consciência em relação aos danos ocasionados por sua conduta.

Este modelo de justiça, como se vê, por excelência, não apenas reduz a criminalidade e os altos índices de reincidência, como também se constitui em um importante instrumento de redução dos impactos ocasionados pelo crime na sociedade, dado o seu caráter participativo com exímio poder de transformação, promovendo os direitos humanos, a cidadania, a inclusão e, sobretudo, a paz social.

3. A Audiência De Custódia Como Efetivo Mecanismo De Práticas Restaurativas

Após um apanhado geral a respeito do modelo de justiça restaurativa, surge a figura da audiência de custódia como importante instrumento no alcance aos objetivos traçados por este novo método de intervenção penal.

A audiência de custódia, embora venha sendo efetuada sem a presença da vítima, figura fundamental na resolução dos conflitos através de técnicas autocompositivas, possui como resultado previsível a análise da consideração do cabimento da mediação penal, evitando a judicialização do conflito e corroborando para a instituição de práticas restaurativas.^[16]

Contudo, processos restaurativos vão muito mais além da restrição a mecanismos de autocomposição de resolução de conflitos. A audiência de custódia se apresenta como um meio de círculo decisório ao fornecer resultados restaurativos, sobretudo quando oferta a possibilidade de reparação, restituição, serviço comunitário ou medidas cautelares diversas da prisão que atendem às necessidades individuais,

coletivas e responsabilidades das partes, bem como visa a promover a reintegração do ofensor ao meio social.

A possibilidade de se estabelecer um contato direto com o juiz e o ofensor em um curto interstício temporal à prática do crime, aparece como um importante mecanismo de prática restaurativa, principalmente pela oportunidade de se fazer cessar eventuais ocorrências de maus tratos ou tortura no momento de sua prisão, bem como pela promoção de um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e, sobretudo necessidade da prisão.

Neste sentido, esclarece Carlos Weis que a audiência de custódia “aumenta o poder e a responsabilidade dos juízes, promotores e defensores de exigir que os demais elos do sistema de justiça criminal passem a trabalhar em padrões de legalidade e eficiência”.^[17]

A oportunidade de o ofensor poder estar diante do juiz, havendo o contato direto, logo após o cometimento do ato ilícito, representa um verdadeiro ato de humanização do ritual judiciário, com repercussões importantes à efetividade do direito de defesa do indiciado, sobretudo por propiciar o poder do diálogo, intenção máster de todo e qualquer procedimento restaurativo.

O contato direto do juiz com o indivíduo que se encontra preso é bastante diferente de se proferir uma decisão vendo o caso apenas por detrás de uma tela de sistema informático. Há diversos elementos que jamais poderiam ser transmitidos pela fronteira do papel, com o mero envio de um auto de prisão em flagrante.^[18]

A promoção deste encontro imediato do juiz com o preso apresenta um verdadeiro caráter humanista, posto que seja uma autêntica maneira de se dialogar amparado pelas devidas garantias e dentro de um prazo razoável, gerando um importante efeito inclusivo.

Estas características são justamente aquilo que visam às práticas restaurativas em matéria criminal: a oportunidade de se dialogar e de se observar as reais necessidades de aplicação de medidas cautelares que visem não somente a atender as demandas da sociedade, mas, sobretudo, a suficiência e adequação da medida ao ato praticado.

Neste sentido, mais uma vez, é o que nos esclarece o preâmbulo da Resolução nº 12 de 2002 da ONU, ao demonstrar que “essa abordagem permite que as pessoas afetadas pelo crime possam

compartilhar abertamente seus sentimentos e experiências, bem assim seus desejos sobre como atender suas necessidades”.[\[19\]](#)

Trazendo à baila dados estatísticos que comprovam a eficácia da audiência de custódia como exímio mecanismo de justiça restaurativa, impende destacar que muitos estados brasileiros, ao fazerem levantamentos, constataram que o índice de reincidência dentre aqueles que passaram pelo procedimento é extremamente baixo, onde em alguns casos, como o exemplo do estado do Rio de Janeiro, não chegou nem a 2%, segundo sua Defensoria Pública. [\[20\]](#)

No estado de São Paulo este percentual fica na casa dos 4%[\[21\]](#), enquanto que no estado do Mato Grosso o baixo percentual não ultrapassa os 9%.[\[22\]](#) Isto demonstra que a audiência de custódia se apresenta como um importante instrumento de política pública e pacificação social, tanto sobre o viés de redução de prisões desnecessárias a aquelas pessoas que possuem grandes chances de ressocialização, quanto à solução do desafogamento do sistema carcerário.

Mas, ademais do combate às superlotações, a audiência de custódia tem como objetivo primordial o efetivo cumprimento às determinações dispostas nos pactos internacionais de direitos humanos aos quais o Brasil é signatário, atentando-se aos direitos fundamentais do preso.

Ou seja, o direito do indivíduo de ser conduzido à figura da autoridade judicial, sem demora, tem por conseqüência a diminuição do número de prisões provisórias, sobretudo pela especial atenção que é dada às medidas cautelares diversas da prisão que cumprem efetivamente com os padrões de legalidade e eficiência da política criminal, impactando significativamente na superlotação carcerária.

Na audiência de custódia, o que se pretende é que o juiz atue como um exímio operador do direito a serviço da sociedade, representando um grande passo em relação à evolução do processo penal brasileiro, posto que propicia a evolução do direito penal e da prática humanitária.

Isto nada mais é que um atestado de uma prática que apenas está começando a ser implementada no Brasil e que, havendo maior atenção e investimento por parte do poder público, trará importantes

resultados às finalidades sociais pretendidas pelo Direito Penal e sua concepção de Justiça.

4. Consequências da audiência de custódia: seus avanços e desafios

Há um grande desafio que vem sendo proposto: o de se implementar uma vara específica e própria para a realização das audiências de custódia. Estas varas específicas poderiam atingir mais facilmente e em maiores proporções os objetivos pretendidos pela realização das audiências de custódia. Isto se deve, obviamente, por aquilo que o saber popular já pontuava “a prática leva à perfeição”. Um juiz especializado, maduro, capacitado e direcionado à efetuação destas audiências, seguramente, traria maior segurança jurídica e eficiência quanto aos resultados almejados, sobretudo com vistas à restauração.

Há diversos outros desafios que obstam à efetiva implementação de audiência de custódia, não são somente em relação aos números de realizações, mas sim quanto ao alcance de seus reais objetivos, o da ressocialização do indivíduo, da avaliação da real necessidade da prisão e o conseqüente desafogamento carcerário.

A deficiência de estrutura do Poder Judiciário e a sua concentração à realização apenas na capital do estado são situações que urgem mudanças para que se possam alcançar efetivamente as finalidades pretendidas por esse valioso instrumento de justiça restaurativa.

Outro grande desafio é o da falsa sensação de impunidade que a audiência de custódia pode transmitir à sociedade. Não são raras as vezes em que se veiculam vídeos imagens, notícias, nos meios de comunicação diversos, fazendo alusão de que este procedimento simplesmente concederia liberdade a aqueles que vieram a cometer um delito, sem se preocupar com as conseqüências e responsabilização do indivíduo.

O que acontece é que o crescente número de prisões, não diminui os índices de criminalidade, haja vista que o Brasil possui uma das maiores populações carcerárias do mundo, enquanto que, simultaneamente, é um dos países com maiores índices de violência e insegurança do mundo. Estes dados claramente demonstram ser uma

falácia a concepção de que a criminalidade diminui com o aumento da quantidade de pessoas presas.^[23]

Contudo, esta falsa sensação de impunidade e de eventual insegurança jurídica não condiz com a realidade. Os números expressivos elencados anteriormente são categóricos ao demonstrar a eficiência da audiência de custódia quanto aos objetivos e finalidades sociais de justiça no direito penal, bem como as garantias dispostas nos pactos internacionais de direitos humanos ao qual nosso país aderiu.

Muito pelo contrário, as audiências de custódia, pelo que se observa na prática e até mesmo no direito comparado, resultam em uma maior segurança jurídica, sobretudo porque impedem que sujeitos, muitas vezes primários ou com um baixo grau de periculosidade, ingressem no sistema carcerário e saiam de lá muito piores do que quando entraram, dificultando cada vez mais um fim a esse ciclo vicioso de violência.^[24]

A audiência de custódia é um importante mecanismo de reestruturação do sistema, posto que há uma análise do cárcere mais célere e justa, evitando-se o encarceramento desnecessário. É uma valiosa oportunidade de fazer com que o preso se sinta a par de seu processo criminal, que possa explicar os motivos que o levaram à prisão, mas que, especialmente, possa se responsabilizar por seus atos praticados sem haver a necessidade de violação de seus direitos, mas sim, de alcance dos ideais de justiça, proteção dos interesses sociais, reinserção social do agente e pacificação social.

Conclusão

A função jurisdicional primordial do Poder Judiciário é a resolução dos conflitos atinentes à sociedade, garantindo os direitos sociais, coletivos e individuais. Entretanto, atendo-se à seara criminal, não é preciso se fazer um estudo aprofundado ou científico para se constatar a crise no sistema contemporâneo carcerário brasileiro que demanda por medidas urgentes de solução.

A superpopulação carcerária, a banalização da prisão preventiva e a violação massiva dos direitos humanos fundamentais, sobretudo em relação à dignidade e à integridade física e psíquica das pessoas sujeitas à prisão, atestam facilmente a falência do sistema de justiça retributiva.

O modelo restaurativo aparece como importante ferramenta à superação do paradigma punitivo e dissuasório do sistema penal vigente. Contudo, não se trata de abolir o sistema penal, é apenas uma complementação ao paradigma de justiça retributiva, até mesmo porque, a inafastabilidade da atividade jurisdicional é essencial em um Estado Democrático de Direito.

Trata-se da adoção de novos conceitos e estratégias mais eficazes que atendam às demandas dos desafios da criminalidade contemporânea, através de medidas construtivas de resolução dos conflitos, permitindo ao infrator a possibilidade de sua reinserção à sociedade sem haver o caráter estigmatizante.

Diante disto, surge a figura da audiência de custódia, que, no plano internacional não se apresenta como nenhuma inovação, haja vista que diversos diplomas processuais estrangeiros a possuem devidamente regulamentada. No entanto, no Brasil, em observância aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos que aqui se encontram ratificados, ou seja, positivados pela nossa ordem interna, e com a implementação regulamentada pelo CNJ, aparece como um novo e importante mecanismo de justiça restaurativa.

A possibilidade de apresentação do preso à autoridade judicial, sem demora, permite a verificação da legalidade da prisão, da necessidade de ser mantida ou da possibilidade de aplicação de medidas diversas ao cárcere, a fim de que sejam atendidos os ideais de justiça e proteção dos interesses sociais, evitando-se prisões desnecessárias ou desproporcionais, bem como para que sejam constatadas e evitadas violações aos direitos humanos quando do momento da prisão do indivíduo.

Seu primordial fundamento é o de se coibir questões que violem os direitos humanos pertinentes à pessoa presa, como tortura e maus tratos, tais quais previstos nas normas internacionais de Direitos Humanos. Todavia, seus impactos vão muito mais além, ao possibilitarem ao infrator o direito de ser ouvido pela figura do juiz, além de se evitar as determinações de prisões ilegais ou desnecessárias, contribuindo assim, ainda que de forma consequencial, à redução da superlotação carcerária.

Embora não sejam raras as críticas quanto à implementação da audiência de custódia, sobretudo entre aqueles que alegam o agravamento de uma sensação de impunidade e insegurança jurídica, o que se constata na verdade é que o instituto vem proporcionando um baixo nível de reincidência entre aqueles que se fizeram presentes em audiência. Esta concepção de tolerância ao crime em audiência de custódia deve ser superada, pois o objetivo primordial da justiça penal não é a punição, mas sim a pacificação e a promoção de justiça social.

Este instituto é um relevante meio de se efetivar a justiça restaurativa, posto que engloba os interesses sociais a serem preservados, norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, promove a reinserção social, ameniza os impactos sofridos pelo caráter estigmatizante da pena e, ao mesmo tempo, não retira do Poder Judiciário as suas funções jurisdicionais.

A audiência de custódia, apesar de não estar totalmente implementada em todo o território brasileiro (embora presente em todos os estados da federação), sobretudo em virtude de ser um instituto relativamente recente em nosso ordenamento, necessita ainda de muita atenção por parte do poder público para seus objetivos primordiais possam ser atendidos e para que haja sua efetiva implementação.

Somente assim, com a correta aplicação da exegese das normas convencionais que a regulamentam poderá ser capaz a demonstração prática de seus resultados, seja em relação à prevenção do ciclo de violência e criminalidade, ou em virtude de ser máxima observância às normas de direitos humanos e garantias constitucionais.

Referências

AZEVEDO, André Gomma de. **O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma Breve Apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição**. Coletânea de Artigos. Slakmon, C., R. de Vitto, R. Gomes Pinto, org., Justiça Restaurativa. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD: 2005.

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 9.099, de 26 setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em 09 de novembro de 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução 213, de 15 de Dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em . Acesso em 09 de novembro de 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Audiência de Custódia**. Brasília: CNJ, 2016 Disponível em: Acesso em 14 de agosto de 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Reincidência em audiências de custódia é de 1,4% no Rio de Janeiro**. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: . Acesso em 09 de novembro de 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Sistema Carcerário e Execução Penal – Audiência de Custódia**. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>>. Acesso em 09 de novembro de 2017.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal, tradução, José Antonio Cardinalli**, Conan 1995.

COSTA, A. C. A.; LINDOSO, K. P. M. **Práticas De Mediação No Processo Penal: um estudo descritivo do Projeto Restauração de Justiça Juvenil Restaurativa**. Mediação, Processo Penal e suas Metodologias/Cássius Guimarães Chai (org.). – São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA), 2014.

Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso. **Audiências de Custódia em Cuiabá revelam índice de reincidência de apenas 9%**. Disponível em: . Acesso em 09 de novembro de 2017.

DE VITTO, Renato Campos Pinto. **Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos**. Coletânea de Artigos. Slakmon, C., R. de Vitto, R. Gomes Pinto, org. Justiça Restaurativa. Brasília - DF:

Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

LEAL, César Oliveira de Barros. **A justiça restaurativa: uma visão global e sua aplicação nas prisões**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre – RS: Magister Editora, v.7, n. 38, 2010.

MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. **Em Busca de um Paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa**. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia, 10-15 Agosto de 2003, Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.restorativepractices.org/library/paradigm_port.html#top. Acesso em 07 de novembro de 2017.

MORALES, Emiliano Carretero. **Justicia Restaurativa en Delitos de Terrorismo**. Mediação e Direitos Humanos/Cássius Guimarães Chai (org.). – São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA), 2014.

O Estadão. **Audiências de custódia têm 4% de presos reincidentes**. Disponível em: . Acesso em 09 de novembro de 2017.

ONU. Resolução Nº 12 DE 2002. **Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal**. Disponível em: . Acesso em 07 de novembro de 2017.

PAIVA, Caio; LOPES JR., Aury. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal**. Em Revista Liberdades, publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), nº 17 – setembro/dezembro de 2014.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa: É possível no Brasil?** Coletânea de Artigos. Slakmon, C., R. de Vitto, R. Gomes Pinto, org., Justiça Restaurativa. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD: 2005.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

WEIS, Carlos. **Trazendo a realidade para o mundo do direito**. Informativo Rede Justiça Criminal, Edição 05, ano 03/2013. Disponível em: . Acesso em 09 de novembro de 2017.

NOTAS:

[1] VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008, p.19.

[2] CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal, tradução, José Antonio Cardinalli**, Conan 1995. p. 33.

[3] LEAL, César Oliveira de Barros. **A justiça restaurativa: uma visão global e sua aplicação nas prisões**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre – RS: Magister Editora, v.7, n. 38, 2010, p. 39.

[4] PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa: É possível no Brasil?** Coletânea de Artigos. Slakmon, C., R. de Vitto, R. Gomes Pinto, org., Justiça Restaurativa. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD: 2005, p. 27.

[5] DE VITTO, Renato Campos Pinto. **Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos**. Coletânea de Artigos. Slakmon, C., R. de Vitto, R. Gomes Pinto, org. Justiça Restaurativa. Brasília - DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p.9.

[6] COSTA, A. C. A.; LINDOSO, K. P. M. **Práticas De Mediação No Processo Penal: um estudo descritivo do Projeto Restauração de Justiça Juvenil Restaurativa**. Mediação, Processo Penal e suas Metodologias/Cássius Guimarães Chai (org.). – São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA), 2014, p 86.

[7] DE VITTO, Renato Campos Pinto. **Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos**. Coletânea de Artigos. Slakmon, C., R. de Vitto, R. Gomes Pinto, org. Justiça Restaurativa. Brasília - DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p.9.

[8] MORALES, Emiliano Carretero. **Justicia Restaurativa en Delitos de Terrorismo**. Mediação e Direitos Humanos/Cássius Guimarães Chai (org.). – São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA), 2014, p. 81.

[9] PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa: É possível no Brasil?** Coletânea de Artigos. Slakmon, C., R. de Vitto, R. Gomes Pinto, org., Justiça Restaurativa. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD: 2005, p. 20.

[10] Ibidem, p. 27.

[11] AZEVEDO, André Gomma de. **O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma Breve Apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição**. Coletânea de Artigos. Slakmon, C., R. de Vitto, R. Gomes Pinto, org., Justiça Restaurativa. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD: 2005, p. 35.

[12] ONU. Resolução Nº 12 DE 2002. **Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal**. Disponível em: . Acesso em 07 de novembro de 2017.

[13] MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. **Em Busca de um Paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa**. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia, 10-15 Agosto de 2003, Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.restorativepractices.org/library/paradigm_port.html#top. Acesso em 07 de novembro de 2017.

[14] BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 9.099, de 26 setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em 09 de novembro de 2017.

[15] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução 213, de 15 de Dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em . Acesso em 09 de novembro de 2017.

[16] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Audiência de Custódia**. Brasília: CNJ, 2016 Disponível em: Acesso em 14 de agosto de 2017.

[17] WEIS, Carlos. **Trazendo a realidade para o mundo do direito.** Informativo Rede Justiça Criminal, Edição 05, ano 03/2013. Disponível em: . Acesso em 09 de novembro de 2017.

[18] PAIVA, Caio; LOPES JR., Aury. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal.** Em Revista Liberdades, publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), nº 17 – setembro/dezembro de 2014, p. 10.

[19] ONU. Resolução Nº 12 DE 2002. **Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal.** Disponível em: . Acesso em 07 de novembro de 2017.

[20] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Reincidência em audiências de custódia é de 1,4% no Rio de Janeiro.** Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: . Acesso em 09 de novembro de 2017.

[21] O Estadão. **Audiências de custódia têm 4% de presos reincidentes.** Disponível em: . Acesso em 09 de novembro de 2017.

[22] Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso. **Audiências de Custódia em Cuiabá revelam índice de reincidência de apenas 9%.** Disponível em: . Acesso em 09 de novembro de 2017.

[23] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Sistema Carcerário e Execução Penal – Audiência de Custódia.** Brasília: CNJ, 2016. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>>. Acesso em 09 de novembro de 2017.

[24] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Audiência de Custódia.** Brasília: CNJ, 2016 Disponível em: Acesso em 14 de agosto de 2017.

A VISÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA DE KELSEN

IZABELLA CHRISTINA CAROLINO DE SOUZA:
Bacharelada em Direito na UnB - Universidade de
Brasília.

Resumo: O presente artigo visa explicar parte do pensamento do jurista Hans Kelsen e sua maneira de estudar a ciência jurídica, não como se analisava o Direito pertencente às outras ciências.

O autor Hans Kelsen preocupa-se com as condições de possibilidades das práticas jurídicas. No seu livro “Teoria pura do Direito” ele defende que o Direito deve ser estudado juridicamente, como ciência em si, e não ser apenas objeto de estudo de outras disciplinas. Ao estabelecer um ordenamento jurídico racionalista em seus pressupostos, Kelsen se aproxima dos racionalistas, mas ele também defende que os costumes e as experiências são criadores do Direito, assim como os empiristas. Sendo assim, para ele nenhuma das duas correntes teóricas está totalmente correta nem completamente errada.

Kelsen diz que a ordem jurídica é um sistema de normas. As normas jurídicas são unidades de análise jurídica, que juntas formam o sistema, a dinâmica jurídica, em que se estabelecem direitos e deveres. Essas normas possuem níveis, as superiores, que são mais abrangentes e fonte de validade, e as inferiores, mais específicas que garantem a validade. A norma fundamental, é apenas uma base para todas as outras normas, uma vez que, ela não é escrita, mas é apenas um princípio que fundamenta as outras. (KELSEN, 1998)

As normas jurídicas, para Kelsen, podem ser válidas ou não-válidas, ou seja, estar ou não de acordo com o ordenamento jurídico, ter sido criada a partir de uma regra definida, se a ordem for válida, então as normas individuais pertencentes a essa ordem, são válidas. A validade da norma se encontra no conceito de auto referência, pois está no âmbito do direito. A eficácia está ligada à conduta dos homens, se agem de acordo com as normas, o que a enquadra na concepção de hetero referência, uma vez que vai além do direito, para a esfera social. Sendo assim, a eficácia

uma condição da ordem jurídica total para a validade das suas normas constituintes. (KELSEN, 1998)

O “dever ser” (a razão prática, o comportamento esperado que a sociedade tenha em relação à norma) e o “ser” (como realmente é a sociedade, ligado a eficácia) possuem total relevância para o ordenamento jurídico, pois não há ordem se a esfera social não agir de acordo com tal. Ademais, a eficácia possui relevância para a validade, pois se a norma permanecer ineficaz, ela perde sua validade por “desuetude”(“o efeito negativo do costume”), ou seja, o “dever ser” e o “ser” não estão em conformidade, deste modo, o costume pode criar normas, mas também pode anular. (KELSEN, 1998)

Além disso, há o princípio da legitimidade, que consiste em determinar conformidade em certas atividades e estarem de acordo com o ordenamento jurídico, ou seja, não foram invalidadas pela ordem jurídica. No caso de uma revolução, em que se há mudança da ordem, as normas da antiga ordem deixam de ser válidas, a não ser que haja uma “recepção”: “a nova ordem dá validade (coloca em vigor) a normas que possuem o mesmo conteúdo que normas da velha ordem. Este princípio é restrito pelo da eficácia. (KELSEN, “1998)

O autor defende que as normas jurídicas gerais devem ser criadas a partir de costumes ou legislação e as individuais por meio de atos judiciais e administrativos ou de transações jurídicas, sendo elas parte do Direito porque emanam de uma autoridade criadora de Direito. Deste modo, se enquadra no conceito dinâmico que define o Direito como “algo criado por certo processo, e tudo o que é criado desse modo é Direito”. Kelsen define o Direito como “qualquer coisa que foi criada de acordo com o procedimento descrito pela constituição fundamental dessa ordem.”, mas as normas são apenas normas jurídicas se possuem o objetivo de regular a conduta humana “por meio de um ato de coerção como sanção”, a aplicação de uma pena correspondente à violação da lei. (KELSEN, 1998)

A constituição, nível mais alto dentro do Direito nacional, pode ser compreendida em dois sentidos: formal e material. Kelsen define o sentido formal como “certo documento solene, um conjunto de normas jurídicas

que pode ser modificado apenas com a observância de prescrições especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas” e o material “consiste nas regras que regulam a criação das normas jurídicas gerais, em particular a criação de estatutos”. Deste modo, implica-se que as leis constitucionais são mais difíceis de serem criadas do que as leis ordinárias. (KELSEN, 1998)

Dentro da ordem jurídica há o Direito Estatutário ou posto, o que está em vigor, e o Direito Consuetudinário, formado a partir dos costumes. Sendo assim, o costume é considerado um fato criador do Direito, mas tal consideração só pode ser feita se a constituição (no sentido material) fundamentar o costume como institui a legislação para tal função. Além disso, a constituição possui funções como determinar os órgãos, o processo de legislação, uma base para os conteúdos de leis e estatutos futuros. Ademais, a aplicação do direito por um órgão envolve dois tipos de normas gerais que Kelsen define como: normas formais (determinam a criação do órgão e o processo que ele deve seguir) e as materiais (“determinam o conteúdo do seu ato judicial ou administrativo”). (KELSEN, 1998, p. 183 a 188)

O Direito ainda pode ser subdividido em substantivo, que possui um sentido mais amplo e em adjetivo, que possibilita o acesso à lei, cria mecanismos para facilitar a aplicação do direito substantivo. Isso se aplica tanto à lei em seu sentido material (“normas jurídicas gerais na forma de uma lei”) quanto no sentido formal (“qualquer coisa que ter forma de uma lei”) A exemplo disso, Kelsen diz “um indivíduo cometeu um delito determinado pelo Direito, então uma sanção prescrita pelo Direito deverá ser dirigida contra o delinquente”, ou seja, o indivíduo foi contra o Direito substantivo ao cometer um delito (infração) e se usa do direito adjetivo para estabelecer sua sanção (punição). (KELSEN, 1998)

As “Fontes de Direito”, segundo Kelsen, são usadas para designar os métodos de criação, caracterizar o fundamento da validade do Direito e o fundamento final, no sentido jurídico, e como ideias que influenciam os órgãos criadores de Direito, no sentido não jurídico. No âmbito jurídico, qualquer norma superior é uma fonte para uma inferior, sendo a norma fundamental, a principal fonte. Além de ser a fonte, quando uma norma

regula a criação de outra, ela está sendo aplicada, deste modo, a criação do Direito é sempre a aplicação do Direito. (KELSEN, 1998)

A hierarquia entre as normas também gera conflitos, uma vez que a norma inferior deve estar de acordo com sua superior e sem ir contra outra norma, caso contrário ela passa a não ter relevância jurídica. Este processo de análise de correspondência entre as normas deve ser feito pelos órgãos correspondentes, sendo irrelevante a opinião de qualquer outro indivíduo. Caso uma norma ou um estatuto seja invalidado, os mesmo deixam de existir, pois ambos devem estar de acordo com a constituição e com suas normas superiores. (KELSEN, 1998)

Na concepção de Kelsen, não existem fatos absolutos no Direito, “existem apenas fatos averiguados por um órgão competente num processo prescrito pelo Direito”, ou seja, os fatos devem ser observados e analisados antes de serem julgados e sua confirmação depende da competência do órgão, e este conduzirá a sanção que ele julga necessária. Deste modo, para o autor, não há lacunas no Direito, pois até quando o juiz rejeita uma ação, ele está aplicando a norma de que “ninguém deve ser forçado a observar a conduta à qual não está obrigado pelo Direito”, deste modo, ele está praticando uma ação jurídica. Além disso, o juiz pode modificar o Direito para um caso concreto, “ele tem o poder de obrigar juridicamente um indivíduo que antes estava juridicamente livre”. (KELSEN, 1998)

A criação e a aplicação do Direito também podem ser feitas por meio de transação jurídica (“ato pelo qual os indivíduos autorizados pela ordem jurídica regulam juridicamente certas relações), neste caso a autonomia jurídica dos indivíduos é garantida pela própria ordem jurídica. Como o caso do contrato, em que há uma relação jurídica entre uma ou mais pessoas e não precisa ter o envolvimento direto da ordem. Para Kelsen a pessoa é constituída de uma personalidade jurídica, ela possuía um conjunto de direito e deveres. (KELSEN, 1998)

Hans Kelsen consegue explicar sua teoria de que o Direito não deve ser visto apenas como integrante de outras ciências, e sim uma própria. Ele consegue sintetizar sua visão e a perspectiva que o Direito deveria ter

na sociedade. As idéias de Kelsen fazem no âmbito jurídico o que Immanuel Kant fez no cognitivo, resolveu o impasse entre os racionalistas e os empiristas.

Referências:

KELSEN, HANS. Teoria geral do direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principios-da-teoria-kantiana-e-visao-juridica,590245.html>

EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DOS PRINCIPAIS DISPOSITIVOS PÁTRIOS VOLTADOS À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES: HISTÓRICO

SARAH VENANCIO PONTE: Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará, com mobilidade acadêmica pela Universidade de Coimbra. Pós-graduanda em -Direito da Comunicação Social pela Universidade de Coimbra. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

RESUMO: Este estudo procura analisar a evolução histórica dos mais relevantes dispositivos pátrios voltados à realização dos direitos femininos, demonstrando a peculiaridade do tratamento legal dado à mulher, vez que o avanço dos direitos dos homens seguiu caminho diverso e menos tortuoso. Para tanto, utilizar-se-á, como metodologia, uma abordagem de cunho conceitual, histórica e exploratória, trazendo os fatos importantes que dão sustentação aos aspectos do trabalho, com comentários à legislação nacional pertinente, desde a proclamação da independência até a atualidade. O objetivo é demonstrar a importância de normas específicas voltadas às mulheres, as quais têm auxiliado na diminuição da violência, do preconceito e da discriminação contra essa minoria.

Palavras-chave: Direito da Mulher; Direitos Femininos; Histórico Brasileiro.

ABSTRACT: This study seeks to analyze the historical evolution of national devices aimed to realize women's rights, demonstrating the peculiarity of the legal treatment given to women, since the advance of men's rights followed a different and less tortuous way. To do so, a conceptual, historical and exploratory approach will be used, analyzing the important facts that give support to the aspects of the work, with comments to the pertinent national legislation, from the proclamation of the independence until the present time. The objective is to demonstrate the importance of specific norms directed at women, which have helped to reduce violence, prejudice and discrimination against this minority.

Keywords: Women's Law; Women's Rights; Brazilian History.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Principais Dispositivos da Legislação Pátria Voltados à Promoção dos Direitos das Mulheres: 2.1. Constituições Brasileiras; 2.2. Código Criminal de 1830 e Códigos Penais de 1890 e de 1940; 2.3. Estatuto da Mulher Casada, Lei do Divórcio e Emenda Constitucional 66 de 2010; 2.4. Lei dos Juizados Especiais; 2.5. Lei nº 10.455 de 13 de maio de 2002, Lei nº 10.714 de 13 de agosto de 2003 e Lei nº 10.778 de 24 de novembro de 2003; 2.6. Lei Maria da Penha – 3. Considerações Finais.

1.INTRODUÇÃO

A violência contra as mulheres está presente na sociedade há tempos, não se sabe ao certo desde quando, mas se encontra em todas as camadas sociais, como fruto de uma histórica concepção de inferioridade e de subordinação feminina em relação ao homem.

Em atenção a essa realidade, o Brasil vem tutelando progressivamente os direitos femininos por meio de mecanismos voltados à promoção da igualdade de gênero, como a Lei Maria da Penha.

Pretende-se, portanto, analisar, no presente trabalho, a evolução histórica da legislação pátria voltada ao aperfeiçoamento da vida das mulheres.

Isto permitirá trazer à baila algumas questões concretas, como atestar se as mudanças normativas têm melhorado a vida das mulheres que se encontram em situação de violência, seja física, psíquica, moral, patrimonial ou sexual, discussões com repercussão crescente, as quais apontam para a relevância e complexidade do tema.

Nesse sentido, a importância do presente estudo da problemática histórica da violência de gênero é vista pela sua atualidade e pelos seus impactos sociais, notadamente pela prática representar flagrante violação aos direitos humanos fundamentais, atingindo e fragilizando as relações dos cidadãos.

A metodologia utilizada no trabalho será uma abordagem de cunho conceitual, histórica e exploratória, analisando os fatos importantes que dão sustentação aos aspectos do trabalho. No decorrer das abordagens, pelos métodos dialético e indutivo, serão analisados os reflexos jurídicos e legislativos que as movimentações culturais e sociais acarretaram à histórica problemática da violência de gênero.

Destaca-se ainda que o estudo tem por fundamento teórico a pesquisa bibliográfica e documental especializada, visto que serão feitas consultas a livros e produções acadêmicas sobre o assunto, tais como artigos científicos e dissertações, além da legislação nacional pertinente e de pesquisas.

Destarte, o objetivo deste trabalho é levar a uma reflexão sobre a utilidade e a eficácia da legislação de proteção à mulher, a partir de um olhar histórico, com comentários aos dispositivos legais relacionados à promoção dos direitos femininos.

Em suma, respeito e valorização das mulheres, bem como a busca pela igualdade de gênero e pelo fim da violência contra a mulher é o que se busca incentivar a partir deste trabalho.

2.PRINCIPAIS DISPOSITIVOS DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA VOLTADOS À PROMOÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES

O Brasil foi, por trezentos e vinte e dois anos, uma colônia, estando os brasileiros sujeitos a normas impostas pelos portugueses ou aplicadas em Portugal, mesmo diante da diversa realidade sociocultural, tudo para satisfazer as necessidades da metrópole colonizadora.

Isto afetou significativamente o desenvolvimento do direito brasileiro e, conseqüentemente, dos direitos das mulheres. Pode-se dizer inclusive que a legislação pátria de fato apenas prosperou após a proclamação da Independência do Brasil em 1822.

2.1.Constituições brasileiras

A primeira Assembleia Nacional Constituinte foi convocada em 1823 para a elaboração da Constituição do Império de 1824, outorgada por Dom Pedro I. Seu processo foi conturbado e aqueles que estavam à margem da sociedade, mulheres, negros e pobres, foram excluídos.

A mulher não podia votar, ser votada ou ingressar no serviço público, por exemplo. Apenas os homens brancos com considerável poder aquisitivo eram tidos como cidadãos, pois o voto era censitário.

A Carta Magna brasileira de 1824 foi a de mais longa vigência, tendo sido revogada por ocasião da Proclamação da República e do advento da Constituição Republicana de 1891, na qual persistia a inferioridade feminina. Segundo Irede Cardoso^[1], “A nova Assembleia Nacional Constituinte continuava discriminando as mulheres, os analfabetos, os negros, praças e religiosos.”.

O costume era a negativa aos direitos femininos e o quadro começou a ser transformado na legislação pátria tão somente com o Código Eleitoral de 1932, pelo qual o exercício da cidadania foi concedido às mulheres, no entanto, com restrições. O sufrágio universal e obrigatório era reservado aos homens.

As limitações ao voto feminino começaram a ser eliminadas na inovadora Constituição de 1934^[2], pela qual: “São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei.”. O alistamento e o voto obrigatórios foram concedidos, pela primeira vez no Brasil em âmbito constitucional, às mulheres, mas desde que estas exercessem função pública remunerada.

Além disso, a Constituição Republicana de 1934 trouxe reformas profundas e consagrou o princípio da igualdade entre os sexos, prevendo ainda novas garantias femininas, tais como a proibição da diferença de salários, a assistência médica à gestante, entre outras. Houve inegável progresso.

Para Silvia Pimentel^[3], “pela primeira vez, 1934, o constituinte brasileiro demonstra sua preocupação pela situação jurídica da mulher proibindo expressamente privilégios ou distinções por motivo de sexo.”.

Não obstante, logo em 1937, a ditadura do Estado Novo é implantada por meio da Constituição Polaca, outorgada e autoritária. Nela, alguns dos direitos femininos anteriormente positivados são suprimidos, como a igualdade entre os sexos.

O voto, tanto feminino quanto masculino, passa a ser obrigatório, no entanto, restringido, pois não abrangia a todos, sendo os eleitores escolhidos pelas Câmaras Municipais e pela Câmara dos

Deputados. Obviamente, era pouco provável encontrar mulheres escolhidas, o que mantinha o tratamento discriminatório.

Assim, a Constituição de 1937 concentra o poder no chefe do Executivo e os direitos e as garantias humanas construídas até este momento perdem a efetividade.

Com o fim da ditadura, em 1945, no ano seguinte, uma nova constituição é promulgada, a de 1946, a qual consagra e restaura parte das liberdades expressas, na progressista Carta Magna de 1934, que haviam sido afastadas por ocasião do Estado Novo. No entanto, o texto não se refere especificamente às mulheres ou às distinções de sexo ao definir que todos são iguais perante a lei, transcrevendo, assim, as disposições anteriores.

Segundo Silvia Pimentel^[4]:

A Constituição de 1937, de reconhecida tendência autoritária e outorgada ao País no momento da instalação do Estado Novo, suprimiu a referência expressa à igualdade jurídica de ambos os sexos, retornando à fórmula genérica das constituições brasileiras promulgadas no século anterior. A Constituição de 1946 limitou-se a reproduzir o mesmo texto.

Ressalta-se que há quem afirme que a Constituição simplesmente não se preocupou em pormenorizar a igualdade entre homem e mulher, uma vez que esta já era evidente e arraigada.

A seguir, inspirada pela Carta das Nações Unidas e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Constituição de 1967, apesar de ter sido outorgada sob a pressão dos militares, novamente assegura a igualdade sem distinção de sexo, entre outros direitos femininos, como a aposentadoria.

Em 1985, chega ao fim a ditadura militar, trazendo a necessidade da redemocratização, com observância aos anseios da sociedade e aos direitos e garantias fundamentais já assumidos nos tratados e convenções internacionais desenvolvidos no pós Segunda Guerra Mundial, notadamente após um regime de exceção.

Frise-se que os movimentos feministas de promoção dos direitos das mulheres tiveram marcante influência nas reivindicações do período.

Nesse contexto, é promulgada a Constituição de 1988, a qual difere das anteriores por, como nunca antes, ser voltada às necessidades sociais, com ampla participação popular. Por esta Carta Magna, há a consolidação legislativa das garantias e dos direitos humanos, bem como da proteção aos mais vulneráveis, sendo estes dispositivos considerados intocáveis, pétreos, asseguradores do Estado Democrático de Direito.

As conquistas trazidas às mulheres são incontáveis e permeadas por diversos âmbitos. A igualdade não só formal, mas também material, ou isonomia, considerando a questão de gênero, é assegurada às mulheres em uma série de dispositivos que impõem o tratamento igualitário e proíbem a discriminação; além dos direitos sociais, individuais e coletivos, trabalhistas, políticos, familiares, entre tantos outros.

Segundo de Maria Amélia de Almeida Teles e de Mônica de Melo [5]: “No plano jurídico nacional, a Constituição Federal de 1988 significou um marco no tocante aos direitos humanos da mulher e ao reconhecimento da sua cidadania plena”.

Em idêntico sentido, William Paiva Marques Junior [6]:

A Constituição Federal de 1988 representou uma ruptura paradigmática e um corte epistemológico no tocante às Cartas anteriores, ao consagrar o primado do respeito aos direitos humanos e ao privilegiar o valor atinente à dignidade da pessoa humana, como modelo a ser observado e seguido para toda a ordem jurídica pátria.

É alentador que as conquistas do direito internacional em prol da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista. Isso vem revelar a coincidência de

objetivos entre o direito internacional e o direito interno quanto à proteção da pessoa humana.

É notável que, no Brasil, houve uma progressiva incorporação dos direitos das mulheres às constituições, de modo a possibilitar a proteção e a efetivação das suas garantias, sendo a Constituição de 1988 um marco na defesa dos direitos femininos que passou a nortear toda a legislação pátria, revogando as disposições em contrário, pela sua supremacia.

2.2. Código Criminal de 1830 e Códigos Penais de 1890 e de 1940

O primeiro código elaborado e sancionado, após a Independência do Brasil, foi o Criminal de 1830, no qual é possível se verificar a proteção da mulher em alguns dispositivos, como na proibição de pena de morte à grávida.

Não obstante, a discriminação enraizada na sociedade foi reproduzida na legislação criminal da época. Um exemplo é o adultério, que somente poderia ser praticado pelo cônjuge virago, dispensando a comprovação do fato.

Em relação ao varão, havia previsão de mesma pena apenas na hipótese de manter ou sustentar a concubina, desde que comprovado. Na prática, a mulher era a única penalizada e a infidelidade masculina não acarretava qualquer consequência.

Ademais, em relação aos crimes sexuais, localizados na sessão dos crimes contra a segurança da honra, apreende-se que o objetivo do legislador não era proteger as mulheres em si, mas sim a sua virgindade e a honestidade das famílias. O bem jurídico tutelado não era a dignidade sexual e física feminina, mas sim a honra.

Em 1890, o novo Código Penal entrou em vigor. Não ocorreu alteração significativa que favorecesse a mulher em relação ao adultério, mas apenas a inclusão do amante e da concubina como corréus.

Os crimes sexuais continuaram a ter como bens tutelado a honra, a honestidade e o ultraje público, mas o estupro da mulher passou a ser tipificado independentemente da virgindade, no entanto, desde que a vítima fosse honesta, caráter subjetivo que por vezes livrava os agressores.

Ressalta-se que na hipótese de mulher honesta, o casamento com o algoz extinguiu a punibilidade do crime sexual, determinação expressa do artigo 276. Por meio do matrimônio, o homem “corrigia” a conduta ilícita praticada. Assim, as vítimas acabavam forçadas, inclusive pela família, a casar com os agressores, muitas vezes pelo medo e pela pressão social de não conseguirem outro pretendente.

Como se não bastasse, não havia possibilidade do varão ser penalizado por crime sexual cometido contra a virago, pelo fato do sexo ser um dos deveres do casamento. Segundo Magalhães Noronha^[7]:

As relações sexuais são pertinentes à vida conjugal, constituindo direito e dever recíprocos dos que casaram. O marido tem direito à posse sexual da mulher, ao qual ela não se pode opor. Casando-se, dormindo sob o mesmo teto, aceitando a vida em comum, a mulher não se pode furtar ao congresso sexual, cujo fim mais nobre é o da perpetuação da espécie. A violência por parte do marido não constituirá, em princípio, crime de estupro, desde que a razão da esposa para não aceder à união sexual seja mero capricho ou fútil motivo, podendo, todavia, ele responder pelo excesso cometido.

Dessa forma, pouco mudou com o Código Penal de 1890, uma vez que a tendência legislativa ainda refletia o pensamento social de inferioridade e de submissão das mulheres.

Na contemporaneidade, o Código Penal de 1940 é o que se encontra em vigor, apesar de já ter sido alterado por diversos dispositivos na busca por atingir os anseios sociais.

Inicialmente, este Código era tão discriminatório quanto os anteriores, no entanto, por meio das modificações legislativas realizadas após o advento da Constituição de 1988, as garantias da mulher passaram, progressivamente, a ser tuteladas de forma mais ampla.

A denominação inicial do Título VI, por exemplo, era de crimes contra os costumes, revelando maior proteção à moralidade e não aos indivíduos, o que só foi modificado por meio da Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009, oportunidade em que foram nomeados de crimes contra a dignidade sexual.

Importante progresso diz respeito à liberdade em relação ao cônjuge, o qual deixa de ter direito sobre o corpo da companheira, por construção social, doutrinária e jurisprudencial, influenciando a lei e a sua aplicação. O marido não mais poderia mais dispor do corpo da mulher como bem entendesse.

Com o advento da Lei nº 8.072 de 1990, o estupro e o hoje revogado atentado violento ao pudor, artigos 213 e 214, respectivamente, passaram a ser considerados crimes hediondos, oferecendo não só maior proteção às mulheres, mas também punição mais severa aos criminosos, inibindo em tese os delitos.

Já a Lei nº 10.224 de 5 de maio de 2001 traz inovação no Código Penal acerca do assédio sexual no trabalho, enquadrando-o mais especificamente, por meio da inclusão da referência à hierarquia no tipo penal, privilegiando a proteção feminina, pois as mulheres, ainda hoje, vivem realidade desfavorável em relação aos homens nos empregos.

Além disso, a expressão “mulher honesta”, contida nos delitos dos dois códigos anteriores, foi abolida, bem como as disposições referentes ao crime de adultério foram revogadas, por meio da Lei nº 11.106 de 2004, tendo em vista modificações culturais em favor das mulheres.

Por esta mesma lei, a qual modificou o artigo 226, inciso II, do Código Penal de 1940^[8], as penas do Título VI passam a ser aumentadas em metade caso o crime seja cometido por “...ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade”, desprestigiando a impunidade.

Destaca-se ainda que, apesar das mulheres serem as maiores vítimas, principalmente quando se trata de violência sexual, houve uma ampliação do alcance da norma penal por meio dos inúmeros artigos do código que deixaram de fazer referência expressa à mulher, adotando o termo “pessoa”, diante da tendência à proteção da condição humana e não do sexo ou da concepção de gênero construída ao longo dos tempos.

2.3. Estatuto da Mulher Casada, Lei do Divórcio e Emenda Constitucional 66 de 2010.

No Código Civil de 1916, primeiro brasileiro, a mulher casada era considerada incapaz para praticar determinados atos da vida civil,

conforme seu artigo 6º, e necessitava da permissão do marido inclusive para ter uma profissão, por exemplo.

A Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, altera dispositivos dos Códigos Civil e de Processo Civil da época, contribuindo para a emancipação feminina.

A mulher passa a ter direito sobre os filhos e sobre os seus bens particulares. O marido deixa de exercer com exclusividade a chefia da sociedade conjugal, devendo contar com a colaboração da companheira, a qual também passa a desfrutar do pátrio poder, entre outras garantias.

Ainda assim, apesar de ter afastado muitas discriminações, o estatuto traz uma modernização conservadora, já que as mudanças não ocorreram imediatamente e parte das restrições permaneceu existindo na prática.

As pequenas autorizações desta lei nem de longe se comparam à autonomia das mulheres na sociedade moderna, na qual, de maneira ampla, possuem os mesmos direitos e deveres masculinos, mas indubitavelmente já serviram de base ao que viria na Constituição Federal de 1988 e no novo Código Civil, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, o qual incorporou garantias femininas conquistadas anteriormente, como a igualdade nos âmbitos civil e conjugal.

Cumpram-se ainda que, o Código Civil de 1916 apenas autorizava o desquite, o qual, segundo Clóvis Beviláqua [9]: "... põe termo à vida em comum, separa os cônjuges, restitui-lhes a liberdade, permite-lhes dirigir-se, como entenderem, na vida, sem que dependa um do outro, no que quer que seja; mas conserva íntegro o vínculo do matrimônio."

Frise-se que o desquite só era cabível nas hipóteses do artigo 317 do Código Civil de 1916 [10], pelo qual:

Art. 317. A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos:

- I. Adultério.
- II. Tentativa de morte.
- III. Sevícia, ou injúria grave.
- IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos

O matrimônio somente passa a ser dissolúvel, após a Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977, o que contribuiu para o fortalecimento

da mulher como sujeito de dignidade e de direitos, muito embora a norma ter sido alvo de críticas e as mulheres que se divorciavam ou separavam judicialmente eram vítimas de discriminação social, uma vez que a culpa pelo fim do matrimônio, a qual em geral recaía sobre a mulher, podia ser discutida, segundo o artigo 232 do Código Civil de 1916.

A Lei do Divórcio passou a permitir, conforme seu artigo 2º, o término da sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial ou pelo divórcio.

Frise-se que a figura da separação judicial, semelhante à do desquite, pois punha fim aos deveres do casamento, mas não rompia o vínculo, apenas poderia ser requerida após dois anos de casamento. A sua conversão em divórcio se dava após três anos de separação judicial. O processo era demorado e árduo.

Apenas com a Emenda Constitucional 66/2010, que modificou o §6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, foi eliminado o requisito da separação judicial para o divórcio, além do que o entendimento atual majoritário é o de que não há que se falar em culpa dos cônjuges pelo fim do casamento.

2.4. Lei dos Juizados Especiais

A Constituição Federal de 1988^[11] determina, em seu artigo 98, inciso I, a criação dos juizados especiais:

... para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexibilidade e infrações penais de menor potencial ofensivo mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Assim, a Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995, a partir da ordem constitucional, consolida no Brasil a sumarização dos procedimentos, orientados nos juizados pela economia processual, oralidade, informalidade, conforme artigo 62, tudo para a aplicação de pena não privativa de liberdade e para a reparação dos danos sofridos pela vítima de maneira mais célere e simples.

Há a possibilidade inclusive de transação penal, cujo objetivo é alcançar uma solução consensual e benéfica, tanto para a vítima quanto para o autor do fato, evitando o processo.

Busca-se uma justiça penal mais eficaz, célere e próxima dos cidadãos, assim como menos burocratizada, seguindo a tendência mundial de uma justiça penal consensual nos crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, além das contravenções penais, aqueles crimes com pena máxima não superior a dois anos, ou multa, conforme artigo 2º da Lei nº 10.259 de 2001^[12], a qual ampliou a previsão anterior de um ano, do artigo 61 da Lei dos Juizados Especiais.

Ocorre que, a partir desta lei, tipos penais que tutelam bens jurídicos relevantes, como a lesão corporal que guarda a garantia à integridade física, passaram a ser enquadrados no critério supra definido, necessitando inclusive de representação para o prosseguimento da ação, conforme artigo 88.

Dessa forma, no Brasil, certos crimes que caracterizam o cotidiano de violência contra as mulheres foram abrangidos por este novo processo mais simples, que acaba por desconsiderar o real potencial ofensivo da violência de gênero.

Segundo Carmen Hein de Campos e Salo de Carvalho^[13], “os crimes de ameaças e de lesões corporais que passaram a ser julgados pela “nova” Lei são majoritariamente cometidos contra as mulheres e respondem por cerca de 60% a 70% do volume processual dos Juizados.”. Esta realidade só viria a ser alterada após 2006, com a Lei Maria da Penha.

Contudo, por outro lado, os juizados especiais deram maior evidência à disseminada prática de violência contra as mulheres, já que nas hipóteses de crimes de menor potencial ofensivo, os inquéritos deixaram de ser simplesmente arquivados pelas delegacias.

Pelo artigo 69 da Lei nº 9.099 de 1995, a autoridade policial deve, ao conhecer o fato delituoso, lavrar termo circunstanciado de ocorrência que deverá ser imediatamente encaminhado ao juizado.

O relevante neste ponto é destacar que uma parcela dos avanços seguintes foram fruto da publicidade e da visibilidade oriunda do vasto número de casos encaminhados aos Juizados Especiais.

2.5. Lei nº 10.455 de 13 de maio de 2002, Lei nº 10.714 de 13 de agosto de 2003 e Lei nº 10.778 de 24 de novembro de 2003

A Lei nº 10.455/2002, já em atenção à dispersada problemática da violência contra as mulheres, altera o parágrafo único do artigo 69 da Lei dos Juizados Especiais, ao estabelecer uma medida cautelar de afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

A regra deverá ser aplicada pelo juiz do juizado, logo ao receber o termo circunstanciado de ocorrência oriundo da delegacia, após verificado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ou seja, verossimilhança dos fatos e receio que a demora da prestação judicial cause dano, respectivamente.

A Lei nº 10.714/2003 disponibiliza um número telefônico único e gratuito, no território nacional, para atender a denúncias de violência contra a mulher. O número é o 180, funciona 24h por dia, todos os dias, e o atendimento dos telefonemas é realizado pela Central de Atendimento à Mulher, sendo sigiloso.

Trata-se de um importante meio, não só de queixa, mas também de orientação e de atendimentos às vítimas, além de possibilitar atualização das informações do fenômeno da violência em todo o país.

Por sua vez, a Lei nº 10.778/2003^[14] dispõe sobre a obrigatoriedade das notificações de violência contra a mulher, em caráter sigiloso, pelos serviços de saúde, públicos ou privados, que atenderem às vítimas. Segundo o parágrafo primeiro do artigo 1º:

Para os efeitos desta Lei, entende-se por violência contra a mulher qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, inclusive decorrente de discriminação ou desigualdade étnica, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público quanto no privado.

A relevância do conceito trazido por esta legislação pátria se encontra no fato de considerar a construção da ideia de gênero.

Ademais, neste momento, a questão passa a ser vista como problema de saúde pública, com a determinação de que a inobservância das obrigações nesta lei constitui infração no âmbito da saúde pública, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Há ainda a determinação de que sejam observadas as convenções e os acordos internacionais assinados pelo Brasil que disponham sobre a punição, erradicação e prevenção da violência contra a mulher.

2.6. Lei Maria da Penha

A Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006 é denominada Lei Maria da Penha em homenagem à biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, símbolo da luta contra a violência doméstica e familiar em face das mulheres.

Em 1983, em Fortaleza/CE, ela ficou paraplégica após ter sido vítima, em duas oportunidades, de tentativa de homicídio, crime perpetrado por seu próprio marido, Marco Antônio Heredia Viveiros, o qual apenas foi preso em 2002. Na obra “Sobrevivi... Posso contar”, a brasileira relata toda a sua história.

O caso foi denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tendo o Brasil sido considerado negligente e omissivo na defesa das mulheres, descumprindo os compromissos internacionais firmados.

Diante da repercussão negativa deste acontecimento, bem como do conhecimento da generalização da violência contra as mulheres, possibilitado pela Lei dos Juizados Especiais, e considerando a relevância das ações de grupos feministas e humanistas em âmbito nacional e internacional, a Lei Maria da Penha é elaborada e sancionada no Brasil.

Segundo Marli Marlene Moraes da Costa [15]:

A Lei nº 11.340/2006 definitivamente veio para assegurar à mulher o direito a uma vida sem violência, para transformar pensamentos e hábitos. A exemplo disso, observa-se uma série de medidas protetivas e urgência trazidas no texto legal que possibilitam a efetivação dos direitos fundamentais inerentes à mulher.

A Lei nº 11.340/2006 vem responder aos anseios sociais e efetivar os compromissos constitucionais e internacionais firmados, ao passo que traz uma proteção penal diferenciada às mulheres vítimas da violência doméstica e familiar, criando um inovador sistema de proteção com mecanismos para coibir essa deplorável prática, com enfoque na concepção nas concepções de gênero.

O artigo 41 merece destaque por afastar qualquer crime praticado com violência doméstica e familiar da apreciação pelos juizados especiais, o que antes ocorria com a lesão corporal, por exemplo, por ser delito de menor potencial ofensivo.

Ademais, com a nova lei, nos termos do seu artigo 5º, qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause à mulher morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou material, e que seja perpetrada no âmbito doméstico, familiar ou em qualquer relação íntima de afeto, passa a receber tutela especial, sendo o autor do fato passível de prisão.

Há ainda, na Lei nº 11.340/2006, a determinação para instaurar os Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, os quais são formados por uma equipe de apoio multidisciplinar para a assistência jurídica e social adequada às vítimas, considerando as suas especificidades.

Frise-se que houve quem argumentasse que a Lei Maria da Penha se reveste de caráter inconstitucional, por afrontar o princípio da igualdade. No entanto, seguindo os ensinamentos de Maria Berenice Dias [16]:

É ingênuo acreditar que basta proclamar a igualdade para acabar com o desequilíbrio nas relações de gênero. Inconcebível pretender eliminar as diferenças tomando o modelo masculino como paradigma. Não ver que a Lei Maria da Penha consagra o princípio da igualdade é rasgar a Constituição Federal, é não conhecer os números da violência doméstica, é revelar indisfarçável discriminação contra a mulher, que não mais tem cabimento nos dias de hoje.

A discussão foi encerrada em 2012, quando o Supremo Tribunal Federal declarou, por unanimidade, a constitucionalidade da Lei Maria da Penha na Ação Direta de Constitucionalidade 19.

Segundo Ayres Brito [17], “A Lei Maria da Penha é mecanismo de concreção da tutela especial conferida pela Constituição à mulher. E deve ser interpretada generosamente para robustecer os comandos constitucionais.”.

Assim, a lei atende às ordens constitucionais ao buscar corrigir o desequilíbrio, o preconceito, a desigualdade e a violência contra as mulheres, para a garantia dos direitos humanos e para a preservação dos interesses da sociedade.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência contra as mulheres foi, por séculos, em todo o mundo, uma prática tolerada e menosprezada pelo Estado e pela sociedade, o que prestigiava a impunidade dos agressores e assegurava a perpetuação dessa teratológica prática.

A condição de inferioridade feminina, construída histórica, social e culturalmente, era o que acabava por legitimar a discriminação e a violência de gênero.

Com a evolução social, que evidenciou a necessidade da proteção dos direitos humanos fundamentais, bem como com as alterações legislativas, nacionais e internacionais, que passaram a gradativamente conferir maior proteção aos cidadãos, as mulheres puderam começar a ter os seus direitos e garantias assegurados.

Importante observar que essa evolução histórica na proteção da mulher aconteceu em razão de luta e esforços, da antiguidade até a contemporaneidade, os quais deram origem à legislação vigente e ao ideal de igualdade de gênero.

Ocorre que o preconceito e a discriminação persistem e, na contemporaneidade, a violência contra as mulheres ainda alcança níveis assustadores, demandando um enfrentamento por meio de mecanismos estatais específicos capazes de coibir a prática.

No entanto, não se pode negar o avanço nos direitos das mulheres, sendo fruto de transformações sociais e culturais, o que atesta que as construções históricas, como os conceitos de gênero, podem ser modificadas, com repercussão na realidade e na legislação.

Assim, as mudanças nas leis brasileiras e nas convenções e tratados internacionais adotados pelo Brasil ao longo do tempo, mostram como a luta das mulheres para a conquista dos seus direitos e garantias fez a sociedade ir evoluindo aos poucos.

Em suma, o que se objetiva é que os direitos e as garantias já estabelecidos na legislação sejam efetivados na realidade o mais rápido possível, o que demanda o investimento estatal em políticas públicas e em um sistema judicial perspicaz e preparado para lidar com a problemática, até que ocorra a quebra dos paradigmas institucionais da sociedade brasileira.

De toda forma, o fato é que enquanto existir desigualdade entre gêneros, haverá a necessidade e a legitimidade, de mecanismos especiais para compensar as diferenças, promovendo a igualdade e a dignidade das mulheres.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Org. **Relações de Gênero e Sistema Penal**. Violência e Conflitualidade nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2011. P55.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua**, v. 2. 12ª ed. atualizada por Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda, 1960, p. 208.

BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 1916. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 08/06/2017.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2.848 de 1940. Disponível em: . Acesso em 08/06/2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. 1988. Disponível em: . Acesso em: 08/06/2017.

BASIL. **Constituição da República de 1934**. Disponível em: . Acesso em: 08/06/2017.

BRASIL. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais**. 2001. Disponível em: . Acesso em: 08/06/2017.

BRASIL. **Lei nº 10.788 de 2003**. Disponível em: . Acesso em: 08/06/2017.

CAMPOS, Carmen Hein; CARVALHO, Salo. **Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: Análise desde o Feminismo e o Garantismo**. 2006. Disponível em: <
http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2006000200005&script=sci_arttext#nt07>. Acesso em 08/06/2017.

CARDOSO, Irede; CADOZO, José Eduardo Matins. **Caminhos da constituinte: o direito da mulher na nova constituição**. São Paulo: Glogal, 1986.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha, afirmação da igualdade**. Revista Juristas, João Pessoa, a. III, n. 92, 19/09/2006. Disponível em: http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=3130. Acesso em: 08/06/2017.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. O tratamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos na questão da proteção dos direitos indígenas na América Latina. In: Andrea Maria Calazans Pacheco Pacífico, Susana Camargo Vieira. (Org.). **Direito internacional e direitos humanos II**. 01ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. II, p. 443-472.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal, volume 2 - Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1967. P. 27

PIMENTEL, Sílvia. **Evolução dos direitos da mulher: norma, fato, valor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1978. P.17.

Supremo Tribunal Federal. **ADC 19**, Voto do Ayres Brito, Tribunal Pleno, julgamento em 17.02.2012, DJe de 29.04.2014. Disponível em: . Acesso em: 08/06/2017.

TELES. Maria Amélia de Almeida. MELO. Mônica de. **O que é violência contra a mulher?**. São Paulo: Brasiliense, 2003. P 59.

NOTAS:

[1] CARDOSO, Irede; CADOZO, José Eduardo Matins. **Caminhos da constituinte: o direito da mulher na nova constituição**. São Paulo: Glogal, 1986.

[2] BRASIL. **Constituição da República de 1934**. Disponível em: . Acesso em: 08/06/2017.

[3] PIMENTEL, Sílvia. **Evolução dos direitos da mulher: norma, fato, valor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1978. P. 17.

[4] PIMENTEL, Sílvia. **Evolução dos direitos da mulher: norma, fato, valor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1978. P.17.

[5] TELES. Maria Amélia de Almeida. MELO. Mônica de. **O que é violência contra a mulher?**. São Paulo: Brasiliense, 2003. P 59.

[6] MARQUES JÚNIOR, William Paiva. O tratamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos na questão da proteção dos direitos indígenas na América Latina. In: Andrea Maria Calazans Pacheco Pacífico, Susana Camargo Vieira. (Org.). **Direito internacional e direitos humanos II**. 01ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. II, p. 443-472.

[7] NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal, volume 2 - Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1967. P. 27

[8] BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2.848 de 1940. Disponível em: . Acesso em 08/06/2017.

[9] BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua**, v. 2. 12ª ed. atualizada por Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda, 1960, p. 208.

[10] BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 1916. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 08/06/2017.

[11] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. 1988. Disponível em: . Acesso em: 08/06/2017.

[12] BRASIL. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais**. 2001. Disponível em: . Acesso em: 08/06/2017.

[13] CAMPOS, Carmen Hein; CARVALHO, Salo. **Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: Análise desde o Feminismo e o Garantismo**. 2006. Disponível em:<

http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2006000200005&script=sci_arttext#nt07>. Acesso em 08/06/2017.

[14] BRASIL. **Lei nº 10.788 de 2003**. Disponível em: . Acesso em: 30/11/2015.

[15] AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Org. **Relações de Gênero e Sistema Penal**. Violência e Conflitualidade nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2011. P55.

[16] DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha, afirmação da igualdade**. Revista Juristas, João Pessoa, a. III, n. 92, 19/09/2006. Disponível em: http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=3130. Acesso em: 11/12/2015.

[17] Supremo Tribunal Federal. **ADC 19**, Voto do Ayres Brito, Tribunal Pleno, julgamento em 17.02.2012, DJe de 29.04.2014. Disponível em: . Acesso em: 30/11/2015.

A REINCIDÊNCIA CRIMINAL NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS: UMA REFLEXÃO SOBRE O COMPORTAMENTO CRIMINAL NOS ÚLTIMOS TEMPOS

FILIPE SERAFIM MAPILELE:
Licenciado em Filosofia.

Resumo: O presente artigo apresenta uma reflexão sobre a reincidência do crime nas sociedades hodiernas galvanizada pela crescente onda de criminalidade que os órgãos de informação e comunicação têm relatado. De facto em nossos dias um pouco por todo o país, os relatos do crime estão aumentando, e trata-se não mais de crimes do tipo furto, que consistem em pilhar bens alheios, mas sim de e crimes caracterizados por violências extremas à vida dos seres humanos. A nossa preocupação é entender as razões destes crimes.

Palavras-chave: Crime, Violência, Estigma, Comportamento.

Résumé: Cet article présente une brève réflexion sur la récurrence de la criminalité dans la société d'aujourd'hui dynamisée par la vague croissante de criminalité qui ont rapporté les agences d'information et de communication. En fait, aujourd'hui dans tout le pays, les rapports de la criminalité augmentent, et il n'y a plus que les crimes de vol de type composé de produits pillant des autres, mais il est plus de crimes caractérisés par la violence extrême la vie des êtres humains. Notre souci est de comprendre les raisons de ces crimes.

Mots-clés: La Criminalité, La Violence, La Stigmatisation, Le Comportement

1. Introdução

O presente estudo pretende reflectir sobre um facto social que se tem verificado com muita frequência em nossos dias, o problema da criminalidade. Logicamente não se faz aqui uma reflexão jurídica sobre o crime, pelo facto de não ser jurista, mas sim, faz-se uma reflexão de índole

social e filosófica, onde a principal questão é por que os homens cometem crime?

Tem se verificado nos últimos tempos que o cenário de crime aumentou significativamente nas nossas comunidades, e são os mais comuns como o furto, os assassinatos, etc. No caso específico do furto, pretende-se entender o por que as pessoas roubam-se umas às outras? E se a justificção for do tipo renda, desemprego, etc., a reflexão tomará um outro rumo. Com efeito, o que tem vindo a se reportar nos medias, é que agora não apenas se limita o crime do furto no roubo, mas também há violações (até sexuais) no mesmo acto, e a pergunta que ai se faz é: por que roubar e violar as pessoas? Ou seja, a reflexão que se pretende desencadear incide sobre um fenómeno social bastante preocupante e muito ligado à consciência das pessoas.

O crime é uma realidade incontextável em nossas cidades, e as suas razões de ser são vastas. Com efeito, é preciso notar que a maioria dos jovens que são presos por prática de certos crimes, vêem a prisão como um lugar de refúgio, e por conseguinte, sentem lá algum conforto. E a nossa questão passa a ser precisamente esta: o que faz com que os jovens pratiquem crimes e se sintam refugiados nas prisões? Ou ainda, qual é o prazer de habitar em uma prisão por longo tempo?

A nossa abordagem partiu de uma pesquisa muito informal e breve realizada em sede de alguns tribunais, quando em conversas informais com os reclusos que aguardavam auscultações em julgamento, procuramos entender as razões que os levaram à prisão e como se sentiam naqueles locais privados de liberdade.

Certo é que de alguma forma traremos aqui elementos bibliográficos para assegurar a legitimidade científica da nossa reflexão. E como o diz Berger (1986), “cabe à sociologia descobrir o que está por detrás das cortinas das fumaças verbais, o porquê das coisas”. Assim, buscando estas razões, seguimos a esta breve reflexão, que acreditamos constituir mais um instrumento de enriquecimento da literatura e alargamento do debate sobre a matéria.

1.1.Objectivos

Em termos concisos, a nossa reflexão elenca os seguintes objectivos:

1.1.1. Geral – Entender as razões que levam os jovens ao cometimento de crimes.

1.1.2. Específicos

Apresentar a natureza do comportamento criminal;

Analisar as razões que levam os jovens a cometer crimes;

Reflectir sobre o futuro da juventude em crime.

2. Da natureza do cometimento do crime

Esta procura entender a natureza do cometimento do crime, não sob uma perspectiva histórica, onde possamos citar a data em que a prática do crime iniciou. Acredita-se que em todas as comunidades sempre houve uma tendência de notar-se comportamentos desviantes. Tal que se diz que a beleza do jardim está na diversidade das flores, também pode-se de forma analógica dizer-se que a diversidade e multiplicidade de comportamentos caracteriza a sociedade. Com efeito, a nossa reflexão procura entender na pessoa a origem do cometimento do crime, e tais origens podem ser: a família, as condições de vida, os grupos de amigos, a escolaridade, a falta de acompanhamento do crescimento sobretudo na idade de adolescência, ou outros meios externos que influenciem o meio interno, a ponto de a pessoa chegar a criar em si traços favoráveis ao cometimento de crimes.

No entender do psicólogo brasileiro Maurício Silva, o crime está ligado a factores internos do indivíduo, visto que, toda acção humana tem origem no seu ego. O ego é a causa de todo mal. Para Silva (1997) o ego “é responsável por toda a amargura, tristeza e fracasso da raça humana. Portanto, a causa da depredação, da pichação do uso das drogas e da violência generalizada, na escola, na família, nos campos de futebol, no trânsito, na ecologia e na sociedade em geral, está inserida no ego na forma de agregados psíquicos inumanos, em suas múltiplas formas mentais”. Será efectivamente o nosso “eu”, que esteja por de trás das cortinas de toda a prática do crime.

Considerando a constatação de Silva, podemos questionar como é que esse ego se constitui a ponto de ser responsável por todos os actos da pessoa, se entendermos que o ego constitui-se também sob influência dos meios externos. Tais factores externos podem ser, a título de exemplo os ligados à renda, como por exemplo o facto de existirem sociedades altas e baixas, pode fazer com que as sociedades baixas tendem a invadir a propriedade das sociedades altas. Aliás, é esta mesma ideia de uma sociedade extratificada, onde um muro separa os pobres e os ricos, entre os que andam pelos ‘my loves’ e os que andam pelos mercedes.

O sociólogo da Escola de Chicago Erving Goffman, tem um entendimento bastante interessante sobre os comportamentos sociais, e entende que os estigmas podem influenciar na manipulação da personalidade. Ou seja, Goffman (1988) analisa os sentimentos da pessoa estigmatizada sobre si própria e a sua relação com os outros ditos “normais”. Explora a variedade de estratégias que os estigmatizados empregam para lidar com a rejeição alheia e a complexidade de tipos de informação sobre si próprios que projectam nos outros. Goffman, entretanto, ocupa-se especificamente com a questão dos contactos mistos, os momentos em que os estigmatizados e os normais estão na mesma situação social, ou seja, na presença física imediata um do outro, quer durante uma conversa quer na mera presença simultânea, numa reunião informal.

No entender deste sociólogo “o indivíduo estigmatizado pode descobrir que se sente inseguro em relação a maneira como os outros o identificarão e o receberão” (Goffman, 1988: 15). É exactamente nesta insegurança onde queremos entender que se comesse a originar sentimentos de rebelião e por conseguinte o cometimento do crime. Ou seja, a falta de identidade com o grupo, o facto de julgar-se anormal ou estranho, legitima o ego a tomar alguns comportamentos. Estes comportamentos por sua vez, podem incorrer a um crescimento, quando a sociedade os repudiar de uma forma violenta. E aqui queremos entender a forma violenta de os repudiar, quando a chamada de atenção feita apenas sob um discurso de demonstração de erros. A pergunta que se faz habitualmente é: veja o que fizeste? Com efeito, a mais correctamente ao se fazer seria veja o que aconteceu em consequência do que fizeste?

Neste sentido entende-se que se leva a pessoa a uma reflexão sobre os seus actos, e poderá de alguma forma alavancar-se a consciência para se entender como pessoa normal e parte integrante do grupo.

Recorrendo à teoria de desvio defendida pelo Becker (1977), onde avança que, “as motivações desviantes têm um carácter social mesmo quando a maior parte do acto for realizado de maneira privada, secreta e solitária”, podemos entender que estes comportamentos são agravados quando publicados depois de apanhados. Eis por que entendemos que os criminosos não devem ser tornados públicos quando ainda primários, pois o esforço deve ser no sentido de reeducá-los. E como a sociedade tem os seus julgamentos, e mais graves, quando a pessoa sentir-se rejeitada pela sociedade que não o oferece uma oportunidade de redimir-se e iniciar novamente, naturalmente vai pautar por uma continuidade no crime, como se de profissão nobre se tratasse.

3. O que faz com que os jovens cometam crimes?

De certo que a resposta a esta questão será muito complexa e neste espaço toda ela incompleta, pois cada caso será singular e as motivações não são possíveis de exteriorizadas no seu todo. Contudo, a nossa abordagem traz aqui alguns elementos de discussão onde o foco é entender se efectivamente os factores familiares, de esolaridade e de amizade podem ser ou não as razões que levam os jovens a pautarem pela vida do crime.

As sociedades africanas, sendo a moçambicana em particular, são constituídas por dois níveis de status socialis, nomeadamente a sociedade alta e a sociedade baixa. A primeira é de um número bastante reduzido, que explora os da segunda. E como se pode notar nos nossos tempos, é que os da primeira são na sua maioria actores políticos, que por razões de natureza histórica, ambiciosa, têm privilégios nos negócios, por via disso acumulam muitas riquezas, em detrimento dos da segunda, que são a maioria e têm dificuldades de seguir a vida e ter sucessos, pois são eternos mendigos dos patrões da primeira, e o seu sucesso está aquém da sorte de cada um.

Ora, a realidade revela que os jovens de famílias de baixa renda, quando se deparam com as ofertas do globalismo, do modernismo, e a ambição, acabam pautando por vias ilícitas para satisfazer os seus desejos alheios. Isto, tal como fizemos menção anteriormente, é causado pelo facto de se julgarem estranhos no seio da comunidade, pois os mais poderosos financeiramente humilham.

A família é o primeiro órgão de socialização, e por via disso é na família onde os filhos desde pequenos aprendem certos valores sociais, e podem crescer em favor da prosperidade. Se a família não prestar atenção no crescimento dos seus membros, não transmitir os valores necessários, a possibilidade de desvios é enorme.

Sendo a família o conjunto de descendentes e parentes da mesma linhagem, ou a continuidade de cônjuges e dos filhos que constituem a primeira célula ou unidade da vida social e natural, tem o papel primário de constituição de comportamento social, e quando necessário de correcção do mesmo. E como o diz Nery (2006) “a família pode resgatar o indivíduo da marginalidade, desde que seja bem estruturada, pois, de contrário, fatalmente leva os filhos à delinquência”.

As companhias em forma de ‘amizades’ podem de algum modo contribuir para o desvio de alguns comportamentos. E sobre o termo ‘amizade’ é preciso entender que está na sua forma mais efémera, pois para Aristóteles esta não é uma amizade apreciável. Os mais excelsos valores da amizade não se compadecem a uma cumplicidade e envolvimento em esquemas de desvio de comportamento sociais, antes pelo contrário, visam o bem.

Se as questões de renda, desemprego, estão ligadas aos crimes como o furto, será questionável a nova forma de roubo, como seja que envolve abusos e violências às pessoas. Facto é que nos últimos dias, as pessoas não vão roubar apenas por necessidades, pois se tivessem necessidades legítimas de roubar, em algum momento estariam satisfeitas. E estando satisfeitas, abandonariam o roubo. Mas a nossa experiência em conversas com alguns criminosos, revela que estão há bastante nessa ‘carreira’ e nunca graduam os títulos requeridos. Deste modo, passamos a

entender que a prática do crime não está apenas ligado às necessidades de renda ou para o alcance de algum objectivo desenhado, mas sim, é uma prática que torna-se vício e dá prazer de prejudicar a outra pessoa. As violações, assassinatos, agressões e outras formas extremas de crime, são apenas componentes buscadas para aumentar o prejuízo da vida das pessoas e o criminoso não pretende nada tangível em troca.

4. O futuro do crime juvenil

A nossa abordagem questiona de forma muito rápida o futuro dos jovens que se envolvem em crimes. Tal que se entende que os jovens criminosos têm em muitas vezes a vida limitada a uma eterna rejeição, pelos crimes cometidos na primeira ocasião, e por conseguinte não mais conseguem a reintegração na sociedade – falamos aqui de maioria dos casos não do absoluto de todos.

Para Goffman (1988), a sociedade é responsável por estabelecer os meios de categorizar as pessoas e os atributos tidos como naturais para os membros de cada uma dessas categorias. O estigma é criado a partir deste raciocínio social, onde são dadas identidades virtuais às pessoas não esperadas nessas categorias, as quais são tidas como estranhas.. O estigma, é uma construção social à luz do qual os fenómenos quotidianos estão em constante criação, transformação e extinção. Este estigma é criado na família e na comunidade para a afirmação de identidade e permitir uma compreensão das acções empreendidas pelos demais actores que coexistem com ele num mesmo contexto.

A criação destes estigmas faz com que a pessoa passe a se sentir rejeitada na sociedade ou sinta a vergonha de voltar nela. E como as famílias o tratam também como o filho da vergonha, filho legítimo do diabo, enteado de deus, os jovens em situações de crime, quando tornados reclusos, não conseguem uma boa imagem para retornar às famílias de origem, e por via disso, sentem-se refugiados nas prisões onde moram.

Assim, “a ordem moral é constituída dos cursos percebidos como normas de acção, as cenas familiares dos negócios quotidianos, o mundo da vida quotidiana conhecida em comum com os outros e, com os outros,

aceite tacitamente” (Garfinkel, 1976:35). A ser assim, é da responsabilidade da família – enquanto estrutura social primária, a reintegração da pessoa que já esteve em situação de pouco abonatória em sua família. A família em nosso entender deve-se estender aos níveis de vizinhos, amigos e demais membros das comunidades.

É interessante aqui entender que aos jovens involucrados em crimes e condenados ao cumprimento de penas, em estabelecimentos penitenciários, dá-se na verdade uma oportunidade de reabilitação. Chama-se hodiernamente de Estabelecimentos Penitenciários, ou seja, a linguagem já facilita a uma dimensão de entendimento na qual, a razão principal de privação de liberdade seja um momento de reflexão sobre as consequências dos actos praticados, e poder encontrar caminhos para a tomada de uma nova rota de vida.

Considerações Finais

Neste breve trecho procuramos apresentar o nosso entendimento sobre a reincidência do crime contemporâneo, e constatamos que nos jovens são em grande escala gerados pela falta de identidade com o grupo que influencia o ego até ao ponto de catapultar acções de natureza violenta ou criminal. Isto, são desvios que devem ser acautelados desde o início, e a família joga um papel preponderante para a correcção destes comportamentos.

A sociedade deve reflectir sobre os seus julgamentos e tipo de consciência que constrói, podendo dar oportunidade aos jovens envolvidos com o crime, para se redimirem e reiniciarem a sua vida em ambiente sadio. A todos dá-se a oportunidade de revelar as potencialidades.

Em algum momento entendemos que os estabelecimentos penitenciários não são utilizados como locais e momentos de reflexão da população prisional, por falta de programas sérios de educação, formação profissional, moral, social. São em muitos casos locais de tortura ou injeção de drogas, e por via disso mais viciam à marginalidade, e os seus integrantes quando terminadas as penas e retomados à liberdade, tendem a cometer crimes similares ou mais graves, e por via disso obrigados a voltar para as penitenciárias.

Suporte Bibliográfico

Berger, P. (1986). *Perspectivas Sociológicas: uma visão humanística*. 18ed. Petrópolis: Vozes.

Becker, H. (1977). *Uma Teoria da Acção Colectiva*. Rio de Janeiro: Zahar.

Garfinkel, H.(1976). *Estudos etnometodológicos do trabalho*. London: Routledge e Kegan Paul.

Goffman, E. (1988). *Estigma – notas sobre manipulação de identidade deteriorada*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Atlas.

Nery, A. (2006). *O processo de institucionalização dos detentos- perspectiva de reabilitação e reinserção social*. Rio de Janeiro.

Silva, M. (1997). *Violência nas escolas, caos na sociedade*. S. Paulo: EVIRT.

DA ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO.

LUCIANA CÂMARA SOARES:
Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora - Juiz de Fora/MG. Pós Graduada em Direito Administrativo. Pós Graduada em Direito Previdenciário. Ex- Advogada (PARF) do Núcleo de Prática de Direito da UFJF. Advogada concursada da Câmara Municipal de Coronel Fabriciano- MG.

RESUMO: Neste artigo se abordará sobre o direito à moradia. Buscará se analisar como tem sido utilizado o instituto da sociedade em conta de participação como forma alternativa de fornecimento de crédito para aquisição imobiliária e conseqüente realização individual desse direito à moradia. Além disso, se demonstrará as características da sociedade em conta de participação para estudar sua compatibilidade com o escopo para o qual tem sido utilizado. Objetiva-se comprovar a desconfiguração da sociedade em conta de participação e a incidência do Código do Consumidor a esses casos, bem como os respectivos efeitos desse reconhecimento.

Palavras-chave: Direito à moradia. Dignidade. Financiamento imobiliário. Sociedade em conta de participação. Abuso do direito. Código de defesa do consumidor.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Do direito à moradia. 3. Da busca pelo crédito imobiliário e as sociedades em conta de participação. 4. Da incidência do Código do Consumidor – Lei 8.078/90. 5. Das implicações do reconhecimento da relação de consumo nessa relação de financiamento imobiliário por meio de sociedade em conta de participação. 6. Conclusão.

1. Considerações iniciais

A evolução da sociedade e a criatividade humana permitiram diversos arranjos para obtenção de financiamento para a realização do

sonho da casa própria. A aquisição de um imóvel para morar é um dos principais sonhos e metas do brasileiro.

Isso porque, em que pese a representatividade da moradia como um lugar de proteção, há também muitas campanhas publicitárias que fomentam esse tipo de desejo.

O direito à moradia é expressão da dignidade da pessoa. É um direito fundamental reconhecido por todo o sistema jurídico.

Ocorre que nem sempre as pessoas se utilizam do melhor instrumento para a realização desse sonho, seja por falta de conhecimento, seja por falta de opção, demonstrando a vulnerabilidade inerente aos indivíduos muitas vezes presente nesse tipo de relação jurídica.

De tal modo, há muitas vezes abuso do direito por parte de empreendedores, o que gera prejuízo e comprometimento da renda das pessoas que vislumbram o financiamento imobiliário como alternativa única para se concretizar o sonho da casa própria.

2. Do direito à moradia

O direito a moradia está presente no texto constitucional como direito social (art. 7, IV, da Constituição Federal). É reconhecido também na Declaração Universal dos Direitos do Homem^[1]:

Artigo 13° 1. Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado.

Está representado ademais no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais^[2].

ARTIGO 11

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequando para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia

adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

Assim, se verifica a importância desse direito, que é um direito humano e ao mesmo tempo um direito fundamental de muita representatividade para as pessoas. Trata-se de relevante direito com escopo a proteger a integridade física e psicológica. Isso porque, o direito à moradia significa a posse de lugar onde se tem amparo, bem como a proteção da sua intimidade e inviolabilidade.

Importa destacar que a ampla tutela jurídica ao direito à moradia acaba por fomentar a aquisição desta a todo custo.

Neste sentido, o anseio pela obtenção da casa própria gera a submissão dos mais vulneráveis por meios de financiamento imobiliário mais espúrios, como se verá adiante.

3. Da busca pelo crédito imobiliário e as sociedades em conta de participação.

Primeiramente, como já se destacou, há na sociedade uma aspiração constante pela moradia, qual seja um lugar que lhe dê segurança, paz e resguarde sua vida privada.

Ocorre que o mercado imobiliário tradicional muitas vezes está fora de alcance da maioria da população, que em muitos casos não tem acesso ao crédito formal para adquirir seu imóvel.

Isso resulta em busca por meios alternativos para a realização do direito à moradia, proporcionando formas não convencionais de pagamento pelo patrimônio almejado.

Nessa linha, existem empresas no mercado imobiliário que estão se utilizando de uma Sociedade em Conta de Participação para viabilizar a aquisição de moradia.

A Sociedade em Conta de Participação não é uma pessoa jurídica. É regulada nos artigos 991 a 996 do CC/02, não sendo espécie de sociedade empresária.

Isso porque, a rigor, não passa de um contrato de investimento comum, que o legislador inadequadamente denominou de sociedade. Para termos uma sociedade em conta de participação é preciso que um empreendedor, que no caso seria o sócio ostensivo, associe-se a investidores, que são conhecidos como os sócios participantes.

Essa associação visa a um objetivo: a exploração de uma atividade econômica. Registra-se que essa sociedade se caracteriza por ter o sócio ostensivo, que é o empreendedor, que é quem realiza todos os negócios ligados à atividade, em seu próprio nome, respondendo por eles de forma pessoal e ilimitada.

Assim, o sócio ostensivo tem um contrato com os sócios participantes, visando a obrigação por parte destes de pagar determinadas quantias em dinheiro a serem empregadas na sociedade em conta de participação, e em contrapartida, tornam-se credores de uma parcela dos resultados desta.

De acordo com o art. 991 do Código Civil^[3]:

“Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes”.

Dessa forma, a pessoa interessada é convidada a entabular um contrato com representantes da empresa, sendo que esta se caracteriza como sócia ostensiva e aquela como sócio participante.

Buscam os empreendedores por meio de um negócio jurídico, impor aos indivíduos, como sócios participantes, parcelas mensais, para que ao fim recebam um imóvel de determinado valor – a ser estabelecido conforme o pactuado.

Contudo, esse tipo de contrato guarda algumas peculiaridades e infligem alguns riscos dos quais os indivíduos pactuantes não tem ciência.

Nota-se que há o estímulo do sócio ostensivo para que os indivíduos participem ativamente, propondo inclusive a publicidade por meio deles do negócio realizado, para que haja novos parceiros, facilitando a obtenção do suposto crédito imobiliário, e a concretização do direito à moradia.

Muitos empreendedores informam que a publicidade desse tipo de contrato favorece ao próprio indivíduo, eis que quanto mais pessoas o sócio participante indica, mais rápido obtém sua casa própria.

Deve-se destacar a vulnerabilidade dos indivíduos perante essas sociedades em conta de participação que oferecem esse suposto crédito imobiliário.

Isso porque presente está a vulnerabilidade fática, técnica, informacional, dentre outras.

Não se pode olvidar que, em regra, o celebrante do contrato nem mesmo entende o que é uma Sociedade em Conta de Participação, não tendo noção dos riscos do negócio celebrado.

Não bastasse isso, a insegurança desses tipos de contrato também se faz presente. Há casos em que o objeto do contrato é modificado unilateralmente, de forma abusiva.

Portanto se revela ilegal a opção desse mecanismo da sociedade em conta de participação como forma de selecionar pessoas para formação de grupos de aquisição imobiliária.

4. Da incidência do Código do Consumidor – Lei 8.078/90

Na prática, percebe-se que a sociedade em conta de participação pode ser utilizada como um meio de oferta de bens e está sendo utilizada como instrumento para oferta da casa própria por algumas pessoas.

Em muitos casos, a sociedade em conta de participação é utilizada como mecanismo de oferta de preços baixos, de facilidade de entrega ou

de financiamentos com parcelas e juros inferiores aos praticados no mercado.

O consumidor, pela sua própria vulnerabilidade presumida, iludido por uma oferta aparentemente vantajosa, assina contrato sem uma leitura cuidadosa. Ainda, em que pese a leitura cuidadosa, muitas vezes, não entende as cláusulas constantes do contrato.

Informa-se que esses contratos não são regulados pela legislação de defesa do consumidor, em regra, pela estrutura e natureza do negócio jurídico. Como é sabido, os contratantes são qualificados juridicamente como sócios, em que pese o indivíduo contratante se imaginar na situação de adquirente de um serviço.

De tal modo, em havendo abuso na utilização desse tipo de sociedade, deve-se buscar o judiciário para a tutela de direitos.

Ocorre que se deve fazer uma análise diferenciada no que tange ao tratamento dessa relação. Isso porque embora o nome dado “sociedade em conta de participação” para regulamentar e denominar a relação, as características do caso em concreto é o que devem reger a aplicação legal.

É o caso, por exemplo, das situações abusivas, em que a relação se reveste de aspecto empresarial, mas que faticamente se apresenta como relação de consumo.

Isso se dá principalmente quando o sócio participante apresenta e participa de forma ativa, com folhetos de publicidade, demonstrando o oferecimento do negócio no mercado de consumo.

Nessa situação, o consumidor pode recorrer ao CDC.

A situação acima se apresenta quando há o incentivo pelos empreendedores para que os sócios participantes façam a publicidade, havendo inclusive a produção de panfletos de publicidade do negócio, demonstrando a necessidade de indicação de pessoas para um melhor aproveitamento do contrato, havendo com isso maior celeridade na obtenção do prêmio, como a casa própria.

Não bastasse isso, resta destacar que esses tipos de contrato de financiamento por meio de sociedades em conta de participação se realizam muitas vezes através de um contrato de adesão. Assim, as cláusulas são predispostas por uma das partes, não restando ao sócio participante alternativa, senão aceitar o contrato por inteiro ou deixar de obter o crédito imobiliário pretendido. De tal modo, há evidente desequilíbrio entre as partes do contrato.

Nesta toada, verifica-se que a concessão de “crédito imobiliário” para compra da casa própria (a ser utilizada exclusivamente pelo sócio participante) por essas sociedades em conta de participação existentes, não se confunde com o objeto de uma sociedade dessa natureza exposta no Código Civil, haja vista não configurar uma associação entre um empreendedor e um investidor para o fim de explorar uma atividade econômica.

Neste sentido, é o julgado abaixo colacionado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais^[4]:

EMENTA: APELAÇÃO - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL - CONTRATO DE FORNECIMENTO DE CRÉDITO CAMUFLADO EM SOCIEDADE EM CONTAS DE PARTICIPAÇÃO - RESCISÃO - POSSIBILIDADE. Tendo em vista que o **contrato fornecimento de crédito foi camuflado sob o nome de adesão à SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO**, em flagrante ofensa ao princípio da boa-fé e da transparência das relações de consumo, imperiosa é a sua rescisão, com a devolução dos valores desembolsados pelo contratante.

(TJ/MG- Número do processo: [1.0024.05.870669-8/001\(1\)](#). Relator: DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA. Data do Julgamento: 24/08/2006. Data da Publicação: 29/09/2006.)

(grifo acrescentado)

Desse modo, verifica-se que a relação estabelecida entre as partes muitas vezes é escondida sob o véu de uma sociedade em conta de participação, quando, na verdade, trata-se de um meio de fornecimento de crédito.

Assim, tal explicação se coaduna com o conceito do CDC de consumidor. Isso porque o art. 2º do CDC^[5] afirma que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (casa para uso próprio).

Logo, é imperioso constatar-se que grande parte dos contratos que visam a fornecer crédito para aquisição da casa própria, que se camuflam sob a forma de sociedade em conta de participação, na verdade devem se submeter ao código de defesa do consumidor.

5. Das implicações do reconhecimento da relação de consumo nessa relação de financiamento imobiliário por meio de sociedade em conta de participação.

Conforme já exposto, uma sociedade em conta de participação pode ser utilizada de forma artificial como um meio de fornecimento de crédito imobiliário.

Essa opção empresarial se caracteriza como abuso de direito e trará implicações jurídicas, podendo seus gestores serem responsabilizados civil e penalmente. Destaca-se, ademais, que em muitos casos são as pessoas mais vulneráveis que se prejudicam com esse tipo de negócio jurídico.

Os sócios participantes muitas vezes se mostram pessoas sem condições financeiras para adquirir a casa própria por outro meio, considerando as facilidades ofertadas pelos sócios ostensivos.

Estes sócios ostensivos, aliás, que incutem na mente dos indivíduos a possibilidade de atingirem seus objetivos financeiros tão mais rápido, quanto mais pessoas eles conseguem convidar para participar do grupo.

Há ainda presente a característica da hipervulnerabilidade, eis que o público mais frequentemente seduzido por essas ações são idosos, e pessoas com menor grau de estudos formais.

Assim, tal tipo de negócio jurídico pode impactar no dia-a-dia dessas pessoas, muitas vezes prejudicando a garantia do seu mínimo existencial.

Ato contínuo, a configuração da relação de consumo nesses casos permite uma proteção maior da esfera jurídico-financeira das participantes.

Isso porque a Lei 8.078/90, em seu art. 6º, inciso VIII^[6], afirma ser direito básico do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente.

Por conseguinte, havendo a abusividade na relação jurídica, estará configurada a responsabilidade civil e penal dos empreendedores, havendo no caso da relação de consumo, a inversão do ônus da prova e a possibilidade de indenização pelos danos materiais e morais que forem demonstrados.

6. Conclusão

A sociedade em conta de participação está sendo utilizada por algumas pessoas como forma de financiamento para a obtenção de crédito imobiliário para a consolidação do desejo de se ter a casa própria, expressão do direito à moradia. Ocorre que a estrutura desse tipo de sociedade não foi criada para esse fim. Ao contrário, foi criada para se explorar uma atividade econômica.

Assim, importante o cuidado e o esclarecimento da população sobre mecanismos que acabam por camuflar a relação jurídica envolvida.

Ademais, a análise dos casos concretos é fundamental para se chegar ao fim a que se destina a sociedade em conta de participação e assim constatar sua legalidade.

Isso porque, em havendo abuso, poderá ser descaracterizada para que haja sua responsabilização e aplicação do CDC, haja vista poder estar caracterizada a relação de consumo, bem como o desequilíbrio contratual entre as partes.

Por fim, o que se espera é que a demonstração desses casos de má aplicação da lei possa servir de esclarecimento e de alerta para permitir mais facilmente a sua identificação no cotidiano, e ainda coibir sua incidência.

Referências:

Brasil. Decreto 591 de 1992. **Pacto internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: . Acessado em 23 jan. 2018.

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm.>. Acesso em 20 jan. 2018.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm.>. Acesso em 22 jan. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa/ Fábio Ulhoa Coelho**-.11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva. 2008.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa do Consumidor Comentado: artigo por artigo/ Leonardo de Medeiros Garcia** -13 ed. Ver. Ampl. E atual. – salvador: JusPodivm, 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº : Número do processo: [1.0024.05.870669-8/001\(1\)](#). Relator: DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA. Data do Julgamento: 24/08/2006. Data da Publicação: 29/09/2006. Disponível em:< http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordado.do;jsessionid=3E86028A1953F324B641A4809964C9EB.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.05.870669-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar

> . Acesso em 15 jan. 2018.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Rizzatto Nunes.** - 8. ed. rcv., atual. E ampl. - Sao Paulo: Saraiva, 2015.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: < https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em 20 jan. 2018.

Procon alerta consumidores sobre contratos de venda enganosa. In: **Revista Consultor**

Jurídico, 27 de fevereiro de 2002. Disponível em:

<[https://www.conjur.com.br/2002-fev-](https://www.conjur.com.br/2002-fev-27/procon_alerta_contratos_sociedade_conta)

[27/procon alerta contratos sociedade conta](https://www.conjur.com.br/2002-fev-27/procon_alerta_contratos_sociedade_conta)>. Acesso em 23 jan.

2018.

NOTAS:

[1] ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: < https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em 20 jan. 2018.

[2] Brasil. Decreto 591 de 1992. Pacto internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: . Acessado em 23 jan. 2018

[3] BRASIL. Código Civil. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 20 jan. 2018.

[4] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº : Número do processo: [1.0024.05.870669-8/001\(1\)](#). Relator: DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA. Data do Julgamento: 24/08/2006. Data da Publicação: 29/09/2006. Disponível em:<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=3E86028A1953F324B641A4809964C9EB;juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.05.870669-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> . Acesso em 15 jan. 2018.

[5] BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm.>. Acesso em 22 jan. 2018.

[6] BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm.>. Acesso em 22 jan. 2018.

DA LEGALIDADE DAS APREENSÕES DE MERCADORIA COMO MEIO DE FAZER CESSAR INFRAÇÕES MATERIAIS DE EFEITOS PERMANENTES. DA NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA SÚMULA 323 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DISTINGUISHING A SER REALIZADO.

BRUNO MENEZES SOUTINHO:

Graduado em Direito pela UFPE, Pós Graduando em Direito Tributário pela Damásio Educacional, Procurador do Estado de Mato Grosso.

Resumo: De forma reiterada e constante os juízos de primeira instância e, até certo ponto, os Tribunais de Justiça Estaduais têm aplicado o enunciado de Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal sem levar em conta o precedente que a balizou. Ainda, ao proceder desta maneira acaba por legitimar a circulação de mercadorias indevidamente, e o cometimento de crime contra a ordem tributária. A questão é mais complexa do que se imagina, pois, de um lado, o contribuinte alega a prática de “sanção política” pura e simples; de outro, o Fisco, baseado no legítimo poder de polícia, tem o intuito de fazer cessar a circulação de mercadorias com notas fiscais claramente inidôneas. Algumas implicações que daí decorrem são: a) perda da arrecadação em momento de crise financeira; b) ordem judicial amparando um crime contra a ordem tributária; c) aumento do número de execuções fiscais.

Palavras-chave: Direito Tributário. Apreensão de mercadorias. Artigo 136 do Código Tributário Nacional. Artigo 37, XVIII e XXII e artigo 145, §1º, ambos da Constituição Federal. **Distinguishing** da súmula 323 do STF.

SUMÁRIO: 1. CONTEXTUALIZAÇÃO. 2. DA LEGALIDADE DE APREENSÃO DE MERCADORIAS COMO MEIO DE COIBIR INFRAÇÕES MATERIAIS DE EFEITOS PERMANENTES. 3. DO **DISTINGUISHING**. 4. CONCLUSÃO.

1.Contextualização

É muito comum no dia-a-dia do advogado público a demanda judicial, cujo pedido se restringe a liberação de uma mercadoria apreendida no posto fiscal de determinado Estado da Federação em razão de eventual nota fiscal inidônea vinculada àquela operação.

Normalmente este tipo de demanda já chega para a Fazenda Pública com a liminar deferida e a mercadoria liberada, gerando inúmeras implicações futuras e, ainda, possibilitando que esta mercadoria sem nota fiscal- ou com nota fiscal inidônea- esteja apta para circular juridicamente.

Constantemente se alega que há nítido caráter de sanção-política, com arrimo no enunciado de súmula 323 do Supremo Tribunal Federal sem, contudo, ser realizada uma análise aprofundada dos motivos que levaram à apreensão ou, ainda, se realmente estão presentes todas as características necessárias para que haja a configuração da sanção.

Assim, o intuito do presente artigo é analisar a responsabilidade tributária do contribuinte que pratica infração material de efeitos permanentes, devendo-se analisar o caso discutido e realizar a diferenciação com o que deu origem à Súmula 323 do STF.

2. LEGALIDADE DE APREENSÃO DE MERCADORIAS COMO MEIO DE COIBIR INFRAÇÕES MATERIAIS DE EFEITOS PERMANENTES

Com o presente trabalho, pretende-se discutir a legalidade da apreensão como forma de coibir as infrações materiais de trato sucessivo, ou seja, contribuintes que **possuem nota fiscal inidônea, seja porque o quantitativo nela constante não condiz com a realidade, porque reutilizou nota fiscal, foi cancelada, não possui nota fiscal ou, ainda, por não ter realizado o recolhimento do ICMS em razão de algum regime especial a que esteja submetido e presente na legislação estadual do ente federativo.**

A apreensão de mercadoria nos exemplos citados não se trata de um ato arbitrário e ilegal, pois a atitude do Fisco visa garantir o interesse público primário, mantendo o mercado em funcionamento regular, pois, caso se permita que um determinado contribuinte realize a

circulação de mercadorias com nota fiscal inidônea haverá quebra da livre concorrência, um dos princípios gerais da ordem econômica previsto expressamente no artigo 170, inciso IV da Constituição Federal. Ora, ao deixar de pagar obtém nítida vantagem frente àquele contribuinte que realizou o recolhimento no tempo certo e adequadamente.

Ainda, é importante salientar que não há de se discutir a má fé ou boa fé do infrator. O próprio Código Tributário Nacional que a responsabilidade por infração tributária, no pertinente à penalidade é objetiva:

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato

Acresce-se que a consagração das diretrizes constitucionais impostas à Administração Pública, sobretudo a necessidade de prestação dos serviços públicos, satisfazendo as necessidades coletivas, demanda a obtenção dos recursos financeiros.

Nessa linha, a **atividade tributária de arrecadação representa a maior fonte de renda estatal** e, conseqüentemente, o alicerce de toda a atividade administrativa, assim considerada a gestão de bens, serviços e interesses públicos.

Dessa forma, podemos dizer que uma **arrecadação tributária eficaz** é imprescindível para que as **políticas públicas sejam realizadas** e, conseqüentemente, se tenha **qualidade em serviços públicos**.

Para tanto, o **poder fiscalizatório tributário** necessita de certas prerrogativas que, representam nítida concretização do **princípio da supremacia do interesse público sobre o particular**.

A **Constituição Federal ressalta a primazia da atividade fazendária**:

Art. 37. (...)

***XVIII** - a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei;*

***XXII** - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.*

Art. 145. (...)

§ 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.

Ressalte-se que a restrição de direitos individuais objetivando a satisfação de interesses coletivos encontra respaldo no **poder de polícia da Administração**, materialização do **princípio da supremacia do interesse público sobre o privado** que justifica a intervenção do Estado na propriedade particular, desde que realizada a restrição com proporcionalidade.

Ainda, sendo **o poder de polícia atividade discricionária** de que dispõe a Administração Pública, para fins de restringir o uso e gozo de determinados direitos individuais em benefício de toda a coletividade, **compete a própria administração a eleição dos meios mais eficazes para sua consecução**. Busca-se a proteção de bens, direitos e **bem-estar econômico da sociedade**.

Como forma de cessar a infração material de efeitos permanentes normalmente as legislações estaduais preveem, a apreensão da mercadoria como meio adequado e conveniente para coibir o ilícito. Com exemplo, citamos a legislação paulista que foi alvo da ADI 395, mas que, acertadamente, o Supremo Tribunal Federal declarou a sua constitucionalidade:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 163, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO DE SÃO PAULO: INOCORRÊNCIA DE SANÇÕES POLÍTICAS. AUSÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 5º, INC. XIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. A retenção da mercadoria, até a comprovação da posse legítima daquele que a transporta, não constitui coação imposta em desrespeito ao princípio do devido processo legal tributário. 2. **Ao garantir o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, o art. 5º, inc. XIII, da Constituição da República não o faz de forma absoluta, pelo que a observância dos recolhimentos tributários no desempenho dessas atividades impõe-se legal e legitimamente. 3. **A hipótese de retenção temporária de mercadorias prevista no art. 163, § 7º, da Constituição de São Paulo, é providência para a fiscalização do cumprimento da legislação tributária nesse território e consubstancia exercício do poder de polícia da Administração Pública Fazendária, estabelecida legalmente para os casos de ilícito tributário. Inexiste, por isso mesmo, a alegada coação indireta do contribuinte para satisfazer débitos com a Fazenda Pública.** 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (STF - ADI: 395 SP, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 17/05/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-082 DIVULG 16-08-2007 PUBLIC 17-08-2007 DJ 17-08-2007 PP-00022 EMENT VOL-02285-01 PP-00052 RTJ VOL-00201-03 PP-00823 RDDT n. 145, 2007, p. 181-185 RT v. 96, n. 866, 2007, p. 101-106)**

Não há, portanto, abuso de poder, nem na modalidade excesso de poder, muito menos na modalidade desvio de poder. Pelo contrário, a prática instrumentaliza mecanismo imprescindível para a proteção da legalidade tributária, evitando a dispersão da mercadoria pelo Estado.

A lei e a Constituição Estaduais podem conferir aos Estados da Federação a prerrogativa de apreender bens quando a nota fiscal for considerada inidônea. Assim, temos a competência (o que afasta o excesso de poder), e a finalidade do ato administrativo – proteção ao bem comum - (o que afasta, de pronto, o vício na modalidade desvio)

O **Código Tributário Nacional** bem define o instituto:

***Art. 78.** Considera-se **poder de polícia** atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.*

Acrescente que o contribuinte tem o dever expressamente previsto de, em toda e quaisquer hipóteses, circular com mercadorias acompanhadas de documentos fiscais idôneos, considerando-se em situação irregular presumida as desacompanhadas dos documentos fiscais exigidos. Idoneidade significa não apenas estar acompanhada de uma nota fiscal, mas também de uma nota fiscal regularmente emitida, com o pagamento do tributo devido. Como exemplo, cite-se a legislação do Estado de Mato Grosso:

“Art. 35-A. As mercadorias e serviços, em qualquer hipótese, deverão estar sempre acompanhadas de documentos fiscais idôneos. (Acrescentado pela Lei 7.364/00)

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei, consideram-se em situação fiscal irregular as mercadorias ou serviços desacompanhados de documentos fiscais exigidos ou acompanhados de documentação fiscal inidônea.”

Importante destacar que, como qualquer atividade administrativa, a **fiscalização tributária é um poder-dever que precisa se ater aos limites legais (princípio da legalidade)**, além de dever respeitar a proporcionalidade.

A legitimidade da **apreensão de mercadorias** é bastante polêmica, defendendo alguns que se trata de **sanção política**, meio de compelir o contribuinte/responsável a efetuar o pagamento dos débitos tributários, o que deveria ser feito por meios ordinários de cobrança.

Ocorre que tal premissa desconsidera as prerrogativas constitucionais acima mencionadas, sobrepondo o interesse individual de propriedade ao interesse social maior de satisfativa arrecadação tributária.

Isso se verifica, sobretudo, quando a medida de apreensão, de caráter cautelar, está **amparada em legislação estadual**, cujas especificidades locais impõem medidas mais drásticas para uma eficiente arrecadação tributária.

Outrossim, é importante relembrar o conceito de "sanção política": forma de cobrança de tributos por meios indiretos, impedindo ou dificultando o exercício de uma atividade econômica lícitamente desenvolvida pelo contribuinte devedor. Ou seja, são formas “enviesadas de constranger o contribuinte, por vias oblíquas, ao recolhimento do crédito tributário” (STF ADI 173).

Contudo, para ser considerada sanção política a medida deve ser desproporcional. O simples fato de a Administração Pública adotar medidas coercitivas ou restritivas de direitos de contribuintes como meio de impedir a continuidade de uma infração permanente não significa que isso seja considerado sanção política.

No caso prático, embora haja uma restrição ao contribuinte, afinal, o Poder de Polícia, em sua essência, gera restrição, não constitui a apreensão medida considerada desproporcional ou desarrazoada.

A apreensão de mercadorias como meio de coibir práticas ilícitas tributárias e, ainda, manter intacta a livre iniciativa é medida adequada às finalidades do instituto. É um mecanismo extrajudicial de grande importância, estimulando a boa-fé do contribuinte, a emissão de notas fiscais idôneas, incrementa a arrecadação tributária, reduz custos com cobrança de penalidades, promove justiça fiscal e, por fim, evita que determinados contribuintes gozem de vantagens concorrenciais indevidas.

Assim, percebam que com a apreensão de mercadorias é respeitada a proporcionalidade em sentido estrito, pois o benefício coletivo é muito maior que a restrição individual. Dessa forma, além de adequada e necessária, é proporcional em estrito senso.

Se no ente federativo houver legislação possibilitando a apreensão de mercadorias, desde que não seja como meio de constrição para cobrança de tributos vinculados à uma operação ANTERIOR, a apreensão de mercadorias tem amparo legal.

No caso, não se sugere utilizar a apreensão de mercadoria como forma de cobrar um tributo/penalidade que se refira a uma operação anterior. Perceba que mercadorias sem nota fiscal, com nota fiscal inidônea ou sem o recolhimento prévio do ICMS em razão de débito no sistema de Conta-Corrente Fiscal são impedidas de transitar pelo território nacional, ante a possibilidade real e concreta de ingressarem no comércio, sem que haja recolhimento do tributo eventualmente devido.

A apreensão da mercadoria é realizada com base na legislação dos estados membros, devendo ser considerada regular, não se aplicando, portanto, a Súmula 323 do STF quando não se referir à cobrança de tributo não recolhido em operação ANTERIOR. Ora, se a cobrança será realizada em decorrência de inidoneidade de nota

fiscal vinculada a operação não se trata de sanção política, mas sim um meio para regularizar a situação do bem comercializado pelos infratores.

O intuito da súmula é justamente a proteção à livre atividade econômica lícitamente praticada, não proteger o ilícito, o comerciante que promove o trânsito de mercadorias irregulares. Os direitos e garantias fundamentais não se prestam à salvaguarda de práticas ilícitas

Assim, a apreensão da mercadoria deve ocorrer sempre que a *“mercadoria estiver desacompanhada de nota fiscal, comprovante do diferencial de alíquotas (se for o caso), estiver submetida ao regime especial de recolhimento do ICMS sem comprovante de pagamento deste; ou se verificar qualquer outra espécie de infração material à legislação tributária”* (REEXAME NECESSÁRIO 79311/2011 - TJMT)

A medida também encontra respaldo em algumas Constituições Estaduais. Por exemplo: no artigo 150, § 5º, da Constituição Estadual e em remansoso entendimento do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. É o que se infere:

*TRIBUTÁRIO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - APREENSÃO DE MERCADORIAS - INIDONEIDADE DA NOTA FISCAL - AUSÊNCIA DA RELEVÂNCIA DOS FUNDAMENTOS - PREENCHIMENTO INCORRETO DO DOCUMENTO FISCAL - IMPOSSIBILIDADE DE LIBERAÇÃO DO PRODUTO - RECURSO IMPROVIDO. **Para obter liminar mandamental, o impetrante deve evidenciar a relevância dos fundamentos, os quais deverão estar intrinsecamente ligados ao perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. E possível a limitação do tráfego interestadual, sobretudo quando o produto transportado está desacompanhado de nota fiscal idônea. Produtos destinados a mostruário devem estar acompanhados de nota fiscal preenchida de acordo com a legislação tributária estadual, sob pena de ser considerada***

inidônea, o que dá ensejo à apreensão da mercadoria pelo Fisco. (Agravo de Instrumento n.º 24275, Relatora Desembargadora Clarice Claudino da Silva, 2010). (destaques nossos)

RECURSO DE APELAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA -APREENSÃO E RETENÇÃO DE MERCADORIA PELO FISCO - TRÂNSITO COM NOTAFISCAL IRREGULAR - INFRAÇÃO MATERIAL À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA - LEGALIDADE - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 323 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SENTENÇA RATIFICADA - RECURSO DESPROVIDO. A apreensão e retenção de mercadorias pelo Fisco, quando a mercadoria transportada está acompanhada de nota fiscal inidônea, se revestem de legalidade, em razão do recolhimento a menor do tributo, consumando infração material à legislação tributária. Hipótese vertente que não se ajusta ao sentido da Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal. (TJMT, Apelação em Mandado de Segurança n.º 25013, Relator Desembargador Evandro Stábile, 2009)

Não há, portanto, qualquer vício de legalidade nos Termos de Apreensão e Depósito lavrados pelos Agentes de Tributos Estaduais – que determinam a apreensão das mercadorias sem documentação fiscal idônea e lançam, de ofício, o ICMS que deveria ter sido recolhido de forma antecipada.

Referido entendimento afigura-se completamente consentâneo com os aspectos fáticos atinentes à matéria

3. Do distinguishing

O artigo 113, §2º, do Código Tributário Nacional traz o conceito de obrigação acessória: “A obrigação acessória decorre da legislação

tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”.

Quando a conduta do contribuinte constituir uma infração material de caráter permanente, devido ao fato das mercadorias estarem desacompanhadas de documentação fiscal idônea, infringindo a legislação estadual no pertinente à obrigações acessórias daquela determinada operação, será legítima a apreensão.

Imagine o caso em que a fiscalização *in loco* percebe a existência de inconsistência entre a carga transportada e a indicada na nota fiscal.

O enunciado de súmula 323 do Supremo Tribunal Federal apenas deve ser aplicado quando a apreensão de mercadoria for utilizada como meio coercitivo de cobrança de tributos referentes à operações anteriores, ou seja, não diretamente relacionados com a mercadoria apreendida.

Para chegar a tal conclusão, é preciso realizar a leitura mais atenta do precedente judicial que deu origem ao enunciado. A tese fora fixada em 1963, ao julgar o Recurso Extraordinário 39.993-AL. O julgamento foi bem simples e fora decretada a inconstitucionalidade do artigo 75 do Código Tributário Municipal que havia criado um tributo claramente inconstitucional. Para forçar o recolhimento do tributo inconstitucional, a medida acessória seria justamente apreender a mercadoria.

A tese fora construída em cima do entendimento do jurista Hugo de Brito Machado que sempre defendeu a ilegalidade da apreensão como forma de meio de cobrança de tributos

Perceba a grande diferença: não houve recolhimento do tributo e a mercadoria era apreendida como forma de forçar o seu recolhimento. Contudo, no precedente não há menção alguma a existência de nota fiscal inidônea, seja porque foram inseridas informações falsas, seja porque o quantitativo informado não corresponde ao real.

Assim:

- a) Havendo descumprimento de obrigação acessória, a multa aplicada é medida que se impõe.

- b) ainda que não haja incidência de ICMS sobre a operação realizada, o contribuinte não se exime do cumprimento das obrigações acessórias previstas em Lei, quanto mais no pertinente a transação tributada.
- c) legalidade da apreensão das mercadorias desacompanhadas de documentação idônea, nos estritos termos da legislação estadual
- d) não há ilegalidade na conduta do Agente de tributos que promoveu o ato impugnado, pois expressamente permitido pela legislação de regência (apreensão de mercadorias por meio da lavratura de TAD).
- e) ausência de direito líquido e certo ao cometimento de condutas ilícitas.
- f) inaplicabilidade da Súmula n. 323/STF quando a apreensão ocorrer para cessar infração material instantânea de efeitos permanentes e impedir que a mercadoria circulasse livremente, de forma irregular, no Estado, sem nota fiscal idônea.
- g) a Súmula n. 323/STF deve ser aplicada somente quando a apreensão de mercadoria for utilizada como meio coercitivo de cobrança de tributos anteriores, não relacionados às mercadorias apreendidas.

A tese é encampada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso de modo pacífico:

PROCESSO CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – SENTENÇA RETIFICADA – ORDEM DENEGADA – MERCADORIA DESACOMPANHADA DE NOTA FISCAL – APREENSÃO – LEGALIDADE – NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 323 STF – OMISSÃO SANADA – EMBARGOS DECLARATÓRIOS

ACOLHIDOS – EFEITOS INFRINGENTES NÃO ATRIBUÍDOS

Acolhem-se os embargos de declaração, se verificada a omissão no que diz respeito a aplicação da Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal.

No caso, somente incide o verbete, quando a apreensão de mercadoria for utilizada como meio coercitivo de cobrança de tributos anteriores não relacionados às mercadorias apreendidas. Se a mercadoria estiver desacompanhada de nota fiscal, de comprovante do diferencial de alíquotas (quando for o caso); estiver submetida ao regime especial de recolhimento do ICMS sem comprovante de pagamento deste; ou se verificar qualquer outra espécie de infração material à legislação tributária, a súmula do Supremo não incide.

Inexiste ilegalidade na apreensão que visa cessar infração material instantânea de efeitos permanentes e impedir a livre circulação de mercadoria, sem o pagamento do ICMS devido.

(ED 175596/2016, DES. MÁRCIO VIDAL, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 24/04/2017, Publicado no DJE 28/04/2017)

AGRAVO INTERNO – RETIFICAÇÃO DA SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO – JULGAMENTO MONOCRÁTICO – POSSIBILIDADE – ENTENDIMENTO DOMINANTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO – MANDADO DE SEGURANÇA – APREENSÃO DE MERCADORIA – DOCUMENTAÇÃO FISCAL INIDÔNEA – INFRAÇÃO MATERIAL DE CARÁTER PERMANENTE – LEGALIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

Inexiste ilegalidade na apreensão que visa cessar infração material de efeitos permanentes,

consubstanciada no transporte de mercadorias sem os pertinentes documentos fiscais vinculados à operação.

(AgR 138871/2016, DES. JOSÉ ZUQUIM NOGUEIRA, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 13/12/2016, Publicado no DJE 19/12/2016)

4. Conclusão

A apreensão de mercadoria como forma de fazer cessar infração material de efeito permanente é plenamente aplicável, pois medida adequada para impedir a circulação de mercadorias de forma irregular. Não há direito líquido e certo do contribuinte ao cometimento de infrações penais, há, ao revés, dever de cumprimento das suas obrigações tributárias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário*. 11ª edição. Editora Juspodium, 2017.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Direito Tributário nas Súmulas do STF e do STJ*. São Paulo: Atlas. 2010.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso 11 de Dezembro de 2017

Brasil. Constituição Federal de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em 9 de setembro de 2017

BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: . Acesso em 19 de setembro de 2017

BRASIL. STF– Supremo Tribunal Federal. Disponível em: . Acesso em 19 de setembro de 2017

NAMPULA NAS INTERCALERES: QUE CENÁRIO SE ESPERA?

FILIFE SERAFIM MAPILELE:
Licenciado em Filosofia.

1. Introdução

A cidade nortenha de Nampula, a terceira autarquia mais importante de Moçambique, vai à eleições autárquicas intercalares no dia 24 de Janeiro de 2018, já amanhã, em resultado da decretada incapacidade permanente por falecimento, do edil Mahamudo Amurane, que fora eleito no sufrágio de 2013 e tomado a posse em princípios de 2014, apoiado pelo partido Movimento Democrático de Moçambique (MDM), a terceira maior força partidária do país, com lugar na Assembleia da República, em quase todas as Assembleias Provinciais e Municipais.

Ora, a morte do estimado pelo povo edil Mahamudo Amurane por assassinato, a 04 de Outubro de 2017, data em que se celebrava o 25º aniversário do Acordo Geral da Paz – assinado a 04 de Outubro de 1992 na Cidade de Roma, entre a Renamo (Resistência Nacional Moçambicana) e o Estado Moçambicano, colocando o fim da guerra civil que desde 1976 assolava o povo moçambicano. Povo este que apenas viveu quase dois anos de tranquilidade e independência, se considerarmos que os Acordos de Lusaka em 07 de Setembro de 1974, colocaram fim à resistência colonial portuguesa, festa já celebrada em solenidade a 25 de Junho de 1975, data da proclamação do Estado Independente, e nascimento da República Popular de Moçambique, regida pela Constituição da República Popular de Moçambique (CPM), de 24 de Junho de 1975.

O presente artigo, faz uma breve alusão ao cenário do advento da Democracia no Estado moçambicano, e questiona muito brevemente os cenários esperados da eleição intercalar de 24 de Janeiro de 2018, considerando o período de governação a que o edil a ser sufragado poderá ter, que pode legitimar a uma nova eleição a 10 de Outubro de 2018, ou lhe conferir reprovação. A base da análise é histórica, e compulsada a legislação vigente sobre as autarquias locais, suas formas de eleição e actuação.

2. Conceito de Democracia

A palavra Democracia vem do grego “*demokratia* e resulta da junção de *demos* e *kratia*. *Dêmos* significa “povo” e *kratia* tem o sentido de “força, poder”, e por extensão “governo”. Neste sentido democracia, significa “o governo do povo”.

Um outro conceito de democracia pode ser buscado do pensamento de Joseph Schumpeter. É de refrir que a teoria clássica define a democracia, diz Schumpeter (1984), como o arranque institucional para se chegar a decisões políticas que realiza o bem comum fazendo o próprio povo decidir as questões através da eleição de indivíduos que devem reunir-se para realizar a vontade desse povo. Aliás, parafraseando Schumpeter “o povo como tal nunca pode realmente governar ou dirigir” (SCHUMPETER, 1984: 308-309).

Trata-se ao fundo de uma concepção de democracia que se reflecte na ideia de uma forma de governação sob eleição. O povo elege os seus dirigentes, uma vez não haver capacidade do povo de per si dirigir os destinos dos Estados. Ao vermos a questão schumpetereana, podemos inferir que realmente o povo nunca poderá se auto-dirigir, é preciso existir alguém que tome à adianteira os destinos da nação.

A ideia da democracia directa implica a participação directa do povo na tomada de decisões e na gestão da Res Publica, tal que pode acontecer nos casos em que se realizem os sufrágios universais, assim como nas consultas ao povo para decidir-se sobre determinadas leis do Estado.

A Grécia antiga é um exemplo claro do que é a democracia directa, pese embora tal regime tenha tido uma curta duração, não deixa de ser um exemplo, ainda mais como sendo uma das primeiras manifestações da democracia. É de importante relevo entender que a democracia ateniense durou cerca de dois séculos, das reformas de Clístenes (502 a.C.) à paz de 322 a.C., quando Antíparo impôs a transformação das instituições políticas. Estes dois séculos, significaram um importante marco na história da democracia mundial, e até hoje retorna-se a este passado para explicar a democracia nos dias de hoje

Ora, a democracia directa implica a reunião do povo para deliberar sobre a vida do Estado, contudo, tem alguma fragilidade, pois de acordo com Ferreira “não é em toda parte que podem os cidadãos reunir-se para deliberar” (FERREIRA, 1994: 71). Deste modo, explica-se a dificuldade que se tem de exercer uma democracia directa, ainda menos conflituosa que seja, é de difícil implementação por causa da dificuldade que se tem para reunir o povo deliberante.

A democracia directa, não é somente de difícil implementação, mas também traz o problema da reunião de opiniões que são divergentes, e por via disso de difícil busca de consensos. Entenda-se que o exercício da democracia sempre olha para aspectos de satisfação das ansiedades do povo que exerce o poder.

O segundo tipo de democracia é o da representação, ou exercício do poder de forma indirecta, este que é o tipo mais comum nos dias de hoje, pela sua facilidade de reunião das pessoas para a toda de decisão, tais pessoas que são resultado de um sufrágio universal directo e secreto.

Trata-se na verdade de um sistema democrático que surge como solução dos problemas da democracia directa. É que a democracia indirecta, também conhecida como democracia representativa, foi o sistema criado como alternativa para contornar os problemas apontados na democracia directa, pois a vastidão territorial dos Estados e o seu elevado número de cidadãos acabaram por inviabilizar o sistema de participação directa da população. Na verdade temos um sistema mais ágil e racional, que resolve os problemas de forma flexível e com soluções mais aproximadas às necessidades do povo, procurando ser mais justa ou mesmo digamos melhor, equitativa.

Por estas e outras razões, o sistema adotado a partir do século XVIII foi o representativo, onde os cidadãos se fazem presentes indirectamente na elaboração das normas e na administração da coisa pública através de delegados eleitos para esta função”. Este sistema implica também na sua génese a separação de poderes e sua consequente independência.

É importante referir que na democracia indirecta, o povo elege seus mandatários, para lugares como parlamento, executivo. Os parlamentares, têm a função de tomar adianteira o poder legislativo do povo, estabelecendo normas de vida no Estado, por meio da aprovação e debate de propostas de leis que visem a satisfação das vontades do povo.

O executivo, deve procurar executar as leis demandadas do legislativo, e implementar programas e investimentos que visem o melhoramento da vida do povo eleitor. O legislativo, que deve manter um diálogo profíquo com o povo, toma igualmente a responsabilidade e tarefa de fiscalizar o exercício do executivo.

O terceiro tipo de democracia que vem para resolver os problemas dos outros dois, é a democracia semidirecta também chamada participativa, onde o povo passa a ter um lugar de expressão das suas ansiedades e opções directamente. Confronta-se com as instituições de direito e passa apresentar a sua opinião sobre o progresso da nação.

De acordo com José Duarte Neto, “historicamente, o modelo participativo de democracia teve sua origem no século XIX, com expansão e prática considerável na Suíça e nos Estados Unidos” (NETO, 2005: 45). Portanto, tal como se ver, este modelo de governação e exercício de poder é muito recente e mais desenvolvido.

Em termos reais e mais simples, a democracia participativa tem como base o sistema indirecto, fundamentado na ideia de eleições para escolha dos representantes políticos, ao qual são agregados elementos do sistema directo, notadamente a “iniciativa popular e pelo referendium (ou seja, dando-se ao povo o poder de directamente propor ou aprovar medidas legislativas e até normas constitucionais)” (FERREIRA, 1994: 81).

E de acordo com Paulo Bonavides:

“(…)com a democracia semidirecta, a alienação política da vontade popular fez-se apenas parcialmente. A soberania está com o povo, e com o governo, mediante o qual essa soberania se comunica ou exerce, pertencente por igual ao elemento popular nas matérias mais importantes da

vida pública. Determinadas instituições, como o referendun, a iniciativa, o veto e o direito de revogaçaõ, fazem efectiva a intervençaõ do povo, garantem-lhe um poder de decisãõ de última instância, supremo, definitivo, incontestável” (BONAVIDES, 2002: 275).

Esta forma de democracia, é mais exequível nos dias de hoje, dado ao facto privilegiar a participaçaõ do povo que pode manifestar de forma clara as suas vontades. É mais evoluida que as duas primeiras e satisfaz melhos os anseios do povo. Na verdade, nos dias que correm hodiernamente, resulta mais prático pensar a instalaçaõ deste tipo de democracia, de tal maneira que se vejam resolvidos os problemas da sociedade, pois assim o povo manifesta de forma clara e directa a sua vontade, que deve merecer alguma apreciaçaõ dos seus governantes e/ou mandatários.

3. A Democracia no Estado Moçambicano

A história de Moçambique é passível de uma divisãõ em duas repúblicas, nomeadamente a Primeira e a Segunda, sendo a Primeira a República Popular de Moçambique, regida pela CPM – Constituiçaõ da República Popular de Moçambique, de 24 de Junho de 1975; e a Segunda regida pela CRM – Constituiçaõ da República de Moçambique, aprovada em 1990, e a seguir que conheceu sua última revisãõ até ao presente momento em 2004.

A primeira república é fortemente caracterizada pelo regime monopartidário, e Severino Ngoenha escreve em sua obra Machel: ícone da 1ª República?, sobre a caracterizaçaõ do regime político desta república, que tinha na FRELIMO como “guia do povo moçambicano” (Artigo 2, da CPM).

Moçambique depois da Independência, quis tomar um regime socialista ou mesmo comunista, com efeito, não foi muito fiel aos seus princípios. O presidente Samora Machel, sobre o qual questiona Ngoenha na sua obra editada em 2004 se é o ícone da primeira república, tentou

criar um Estado providente nos direitos colectivos, onde cada um tivesse a possibilidade de se alimentar e ter habitação.

Ngoenha refere que o problema da primeira república, centra-se na ambição, no desejo desmesurado pelo poder e pela riqueza. Ou seja, alguns libertadores entenderam que lutaram para libertar o país, e posteriormente pilhar as riquezas para si. São os “nostálgicos e saudosistas que com a morte do Marechal presidente perderam os lugares de honra e de poder que ocupavam” (NGOENHA, 2004: 11). Para Ngoenha, os que assim o fazem, não têm de facto saudades do Marechal-Presidente e do que ele representa na História de Moçambique. Chorariam sim pelos privilégios que perderam. A prova disso é só olharem para como esses saudosistas e nostálgicos vivem hoje, diz-nos Ngoenha.

É evidente que a morte de Samora Machel tenha criado algumas brechas para que os grandes oportunistas deste país, pudessem encontrar espaços para actuar e cultivar as suas ambições. Verdade também é que o saudoso presidente não criou claras bases do regime político que desejara criar neste país. A independência de Moçambique teve apenas um período de tranquilidade de um ano, pois após a sua proclamação a 25 de Junho de 1975, voltou a conhecer fracasso com a eclosão da guerra civil em 1976.

Na perspectiva de Ngoenha, e como temos vindo a fazer menção nas linhas anteriores, os gananciosos, ambiciosos pelo poder e pelas riquezas, pensaram que com a morte de Machel teriam tudo quanto desejam. Como afirma Ngoenha, para esse grupo de pessoas, julgar Machel, é um “pretexto para criticar indirectamente o sistema, o regime político e os governantes actuais” (NGOENHA, 2004: 11). José Castiano fazendo uma leitura da obra de Ngoenha sobre a Machel, entende que, a pergunta-chave do livro Machel é: “... quem é que morreu, quem enterrámos em 28 de Outubro, o homem Machel, o presidente ou o símbolo?”

Para Mondlane, o colonialismo foi “explorando os camponeses mascarado por invocações metafísicas e religiosas” (MONDLANE, 1975:182). O português explorou os moçambicanos, e por conseguinte os nossos libertadores, também passaram a ambicionar as riquezas, o que

fez com que se fugisse o verdadeiro objectivo da libertação do jugo colonial.

Na verdade, a crítica apresentada por Eduardo Mondlane, portanto, era dirigida contra o conceito autoridade “tradicional” acima explicitado e contra a religião “tradicional”, uma das expressões culturais do ethos nas formas de vida banthu de Moçambique. Em defesa da sua crítica, aquele intelectual da Frente sustentou que, com base na prerrogativa religiosa, o líder “tradicional” procedia à exploração dos camponeses. O argumento de Mondlane também sugere que havendo relações económico-sociais de exploração, tais relações de produção são orientadas pelo princípio de propriedade privada.

4. A Participação nas Eleições

A democracia é definida como o poder do povo, onde o povo toma adianteira as decisões da nação. Modernamente e para bom senso das nações, a participação do povo é reflectida pela eleição dos seus dirigentes, de onde se tem a realização das eleições, para que se possa eleger os reais dirigentes das nações. Em nosso caso, que temos uma democracia representativa, elege-se os dirigentes para o executivo, assim como para o legislativo. A relação entre ambos será de legislação, execução e fiscalização. Portanto, o legislativo apresenta as leis que se devem obedecer, o executivo as materializa a partir de programas de governação, e por sua vez, o legislativo volta a fiscalizar tais realizações.

Em termos mais práticos, a participação nas eleições é uma obrigação para todo o povo que vive numa sociedade contratual dado ao facto de terem a obrigação de eleger os seus dirigentes. A eleição dos dirigentes é um acto de cidadania, onde o povo firma o seu contrato social, determinando quem são os seus dirigentes.

Na perspectiva de Ngoenha, quando escreve em Intercultura “a eleição não deve ser para punir” (NGOENHA, 2013: 54). Não é uma punição à Frelimo pelo que nos fez passar desde 1975, ou à Renamo pelo que nos fez passar desde 1976, passando anos a fazer o mesmo depois do

AGP, e nem tampouco ao MDM pelo que nos fez passar já desde 2009. Trata-se simde um dever patriótico e um acto de democracia.

Faria sentido se disséssemos que punimos a Frelimo, ou a Renamo pelo que nos fizeram passar na história, com efeito, Ngoenha atesta que “a história é importante, como referência ao conjunto do passado humano que se desenrolou em Moçambique, enquanto marcha colectiva em direcção ao melhor” (NGOENHA, 1992: 43).

É neste sentido que devemos olhar para a nossa história como nação, e não como local onde buscamos razões para a punição de quem quer que seja. Vejamos que a participação nas eleições deve ser mesmo no sentido de eleger aquele que julgamos que melhor pode governar o nosso país, que pode dirigir melhor os destinos da nação, criando o bem-estar social.

Se voltarmos às três questões de Ngoenha, nomeadamente nas obras: Em tempos de Filosofia, a Intercultura, e Terceira Questão, constatamos que o denominador comum é a leitura que faz sobre as eleições que acontecem no país, no quadro geral do exercício da nossa democracia. Ora, um elemento sempre se encontra: conflitos pós-eleitorais. Mas de onde surgem e para que finalidade?

Ngoenha, na Terceira Questão, aborda o problema dos manifestos eleitorais, falando concretamente dos manifestos da Frelimo, Renamo e MDM para as eleições de 2014. Ora, a pergunta interessante que o autor apresenta é: “sempre me perguntaram em quem eu ia votar?” (NGOENHA, 2015: 121). A pergunta feita ao Ngoenha, faz sentido que seja feita a todos nós povo sufragante nas eleições. Em quem votamos? Ou se formos a fazer de uma outra forma: em que votamos?

Faz sentido com efeito, questionar no que se vota, se é nas pessoas ou nos seus manifestos, ou mesmo se vota-se na história, pois vezes sem conta vemos os manifestos eleitorais a voltarem-se para questões de historicidade: uns dizem eu trouxe a independência, o outro a democracia, e o terceiro que não conseguiu ter armas ainda, defende-se por não detiver uma forma militar.

E aqui o povo é obrigado a a recuar na história, não para pensar no seu passado, escutar os manifestos, avaliar e votar no que lhe transmite um futuro promissor mais certo. Trata-se de votar nos aspectos que conferem heroísmo a certos actores políticos, que na verdade nos questionamos se foram heróis pelo povo ou pelo sucesso na vida política futuramente, e ganhar bens materiais para a satisfação particular?

O Professor Doutor António Cipriano, quando proferia a palestra inaugural das jornadas científicas da USTM em 2014, à luz da Teoria da acção comunicativa, de Jurgen Habermas, apresentou a ideia de uma ética no discurso da propaganda política. Levantou-se a questão da relação entre o que se diz e a possível realização.

Ngoenha, na Terceira Questão, também socorre-se de Habermas para sustentar a ideia de uma propaganda política e eleitoral que se aproxime a realidade do país. Ocupa-se o espaço da antena televisiva em grande escala relativamente aos outros, passando os órgãos de informação pública a se parecerem privados ou mesmo partidários.

Estes aspectos todos, fazem com que se abandone o real objectivo de uma propaganda política antes das eleições. No lugar de se apresentar as propostas de governação e os manifestos eleitorais que conquistem o eleitorado, passa-se o tempo a trocar acusações e no fim, não há algo de substancial.

É impressionante que as eleições de 1994 foram mais aproximadas e disputadas do ponto de vista daquilo que deve ser a eleição em sistemas democráticos. A percentagem de separação foi de cerca de dois porcentos. Aqui, é que realmente se pode inferir que se assistiu eleições livres, justas e transparentes.

5. Que Cenários se esperam nesta eleição intercalar?

De acordo com o precituado na Lei n. 2/97 de 28 de Maio – Lei de Base das Autarquias, no número 1 do artigo 60, “nos casos de morte, incapacidade física permanente, renúncia ou perda de mandato, o Presidente do Conselho Municipal será substituído interinamente pelo

Presidente da Assembleia Municipal, até à data da nova eleição”. Já o número 5 do mesmo artigo, refere que “não se realizará eleição intercalar se o tempo que faltar para a conclusão do mandato, for igual ou inferior a 12 meses”.

Nestes termos, analisado o facto da morte do edil Mahamudo Amurane ter sido a 04 de Outubro de 2017, com a próxima eleição marcada para 10 de Outubro de 2018 (um ano e seis dias de diferença), e que o mandato do edil termina na tomada de posse do novo edil (que normalmente tem sido a meados de Janeiro ou princípio de Fevereiro), entende-se criadas as condições legais para a realização das eleições.

Ora, a nossa análise olha aqui alguns aspectos, que provavelmente poderão influenciar a eleição intercalar, a considerar o histórico de cada um dos candidatos. Note-se que a esta eleição intercalar concorrem cinco candidatos sendo da: Frelimo, Renamo, MDM, Pahumo, e Amusi.

O histórico de Amurane com o seu partido de suporte MDM para chegar a presidente desta autarquia, foi deveras amargo nos seus últimos dias de vida, tendo recorridas vezes divergências com o seu presidente do partido. Com a sua morte por assassinato, ficou manchada a imagem do partido naquela autarquia, e com alguma legitimidade perdida pelo resto do país, pelo que a punição ao partido, se fugura como sendo cenário mais provável.

Durante a realização da campanha eleitoral, acompanhamos discursos segundo os quais o candidato do MDM se predispunha a continuar o legado de Amurane, com efeito a sociedade questiona como poderá o partido continuar o legado de com quem em vida já ensaiava o divórcio.

A Frelimo concorreu em 2013 com um outro cidadão que não conseguiu lograr os resultados desejados. O actual candidato, que o povo o esperava em 2013, tem alguma legitimidade do povo, contudo, a morte de Amurane leva a todas as classes da sociedade a especulações diversas. Aliás, o facto do candidato da Frelimo ter se aproximado à viúva de Amurane para pedir apoio, pode lhe conferir alguma punição por parte do povo.

A Renamo, o segundo maior partido do país, em 2013 não participou do pleito, e neste momento é o actor com menos passado para punição, mas que não se pode ser certo sobre a sua sobrevivência neste pleito. Aliás, não se pode confundir o facto da província de Nampula ter algum apreço especial com a Renamo, com alguma certeza dos resultados desta intercalar.

A Senhora Filomena Mutoropa do Pahumo, concorreu em 2013 e teve um lugar na Assembleia Municipal. Nesta eleição intercalar, com a sua forma modesta de se apresentar nas campanhas, não se esperava muita surpresa senão dispersão de votos.

Um movimento surgiu em Nampula, que se diz ter alguma ligação com o que Amurane sonhava: criar um novo partido político. Aproveitadores ou apóstolo de Amurane, ainda é incerto, mas já aparecem a dizer se candidatarem em memória ao legado de Amurane. A isto, temos a dizer que Amurane não foi por completo um ícone do povo, apesar de se ter prezado o seu trabalho abnegado por aquela autarquia.

6. Conclusão

A democracia moçambicana ainda é muito jovem, e poderá ainda caminhar para maiores níveis de perfeição. A eleição de 24 de Janeiro de 2018 em Nampula, pode servir para punir ao MDM pelas divergências com Amurane em vida, à Frelimo pela forma como as instituições do Estado têm vindo a se comportar, ou mesmo por ter levado artistas musicais do sul do país para abrir e fechar a campanha eleitoral, utilizado viaturas do Estado nas campanhas, ou qualquer outra razão não claramente expressa.

O Pahumo poder servir apenas para dispersar votos, pois desta vez a Sra. Mutoropa não vai chorar por não aparecer no boletim de votos, como aconteceu em 2013, tendo forçado a uma segunda eleição. O Amusi, pode ser punido por assaltar o nome de Amurane e se dizer que quer ser o continuador.

Já a Renamo, pode ser punida por não ter se pronunciado durante este tempo todo e a falta de comparência nas eleições de 2013, ou mesmo ser premiada por não ter se manifestado, passando a ganhar a eleição. Também poder punida pelo facto do seu líder se encontrar ainda em parte não identificada publicamente, bem como pode este facto conferir maior identidade com os sofrimentos do povo e lhe conferir o prémio das interclares.

Em todos os casos, pensa-se que estas eleições serão uma verdadeira festa da democracia e mergulho em águas de dimensões incertas. No que alude à legitimidade, o edil a ser sufragado terá perto de onze meses para legitimar mais cinco anos de mandato ou para ser removido junto ao seu partido para um eterno descanso das edilidades de Nampula.

A todos os munícipes de Nampula, e ao povo moçambicano em geral, fazemos votos de feliz festa da democracia.

Referências Bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 14ed, Saraiva: São Paulo, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ed, Malheiros: São Paulo, 2002.

Constituição da República Popular de Moçambique (CPM), 24 de Junho de 1975.

Constituição da República de Moçambique (CRM), 2004.

FERREIRA FILHO, Manuel. *Curso de Direito Constitucional*. 21ed, Saraiva: São Paulo, 1994.

MONDLANE, Eduardo. *Lutar por Moçambique*. 1 ed, Livraria da Costa Editora: Lisboa, 1975.

NGOENHA, Severino, CASTIANO, José. *Pensamento engajado*. Educar: Maputo, 2011.

NGOENHA, Severino. *Machel: ícone da 1ª República?* Ndjinra: Maputo, 2004.

_____ *Terceira Questão: que leitura se pode fazer das últimas eleições?* UDM: Maputo, 2015.

_____ *Intercultura.....* 2013

_____ *Por uma dimensão moçambicana de consciência histórica.* Paulinas: Maputo, 1992.

_____ *O retorno do bom selvagem – uma perspectiva filosófica-africana do problema ecológico.* Porto: Salesianos, 1994.

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, Socialismo e Democracia.* Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

LITISCONSÓRCIO ATIVO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: ANÁLISE DE CASOS E POSSIBILIDADES

MARÍLIA DE MIRANDA CHIAPPETTA DOS SANTOS: Pós Graduanda em Direito Contratual pela UFPE; Graduada pela UFPE; Advogada.

RESUMO: Este artigo tem como escopo analisar os principais aspectos e características do instituto da recuperação judicial na legislação brasileira, abordando, especificamente, a possibilidade de formação do litisconsórcio no polo ativo da demanda, ou seja, da possibilidade do processamento conjunto da recuperação judicial por mais de uma empresaintegrante do mesmo grupo empresarial, na mesma lide. Visa analisar as consequências práticas do processamento conjunto da recuperação judicial, com a diversidade de empresas no polo ativo da demanda, para os credores e empresários, explicitando as divergências jurisprudenciais sobre o assunto. Pretende, assim, estabelecer um significado prático ao tema abordado, através de análises teóricas e jurisprudenciais.

Palavras Chave: Empresa. Direito de Empresa. Recuperação Judicial. Lei nº 11.101/2005. Litisconsórcio Ativo. Grupos Econômicos.

Sumário: 1. Introdução 2. Da Recuperação Judicial 2.1 A Crise da Empresa 2.2 Histórico do Regime Falimentar 2.2.1 Direito Romano 2.2.2 Idade Média 2.2.3 Código de Savary 2.2.4 Código Napoleônico 2.2.5 Da Transição do Caráter Econômico para a Fase de Interesse Social 2.2.6 Direito Falimentar no Brasil 2.3 Objetivos e Princípios da Recuperação Judicial 2.4 Requisitos da Recuperação Judicial 2.5 Plano de Recuperação Judicial 2.6 Efeitos da Recuperação Judicial 2.7 Prazos e Consequências 3. Litisconsórcio 3.1 Conceito 3.2 Ativo e Passivo 3.3 Inicial e Ulterior 3.4 Necessário e Facultativo 3.5 Unitário e Comum 3.6 Eventual 3.7 Sucessivo 3.8 Multitudinário 4. Litisconsórcio Ativo na Recuperação Judicial 4.1 Ausência de Previsão Legislativa 4.2 Grupos Empresariais 4.2.1 Grupos Empresariais de Fato e de Direito 4.2.2 Holdings 4.2.3 Sociedades Controladas, Coligadas e Subsidiária Integral 4.2.4 Estrutura de Grupo 4.2.5 Formação do Litisconsórcio Ativo: Grupos de Fato e de Direito 4.3 Diversidade de Foros 4.4 Elaboração de Plano Único ou Plano Conjunto 4.5 Quadro de Credores 4.6 Assembleia de Credores 4.7 Prazos 5. Conclusão 6. Referências Bibliográficas

1. Introdução

A recuperação judicial visa combater a crise da empresa, permitindo a continuidade da atividade econômica. Com o fito de evitar a falência, objetiva a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e do interesse

dos credores, preservando a empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Com a crescente crise que assola os cenários nacional e internacional, aumentam, a cada dia, os pedidos de recuperação judicial no Brasil.

No ano de 2005, com o advento da Lei 11.101, fora extinta a figura da concordata no Brasil, instaurando-se, como regra, o instituto da recuperação judicial, em consonância aos princípios da conservação da empresa e ao princípio da recuperação. Assim, o instituto da falência só será utilizado posteriormente, caso o processo de recuperação judicial da empresa não logre êxito.

A atual lei de falência e recuperação judicial foi um reflexo do liberalismo na legislação brasileira, sacrificando-se interesses individuais, em prol da segurança financeira e do interesse do setor bancário. Por este motivo, foi apelidada por Modesto Carvalhosa de “Lei Febraban”^[1]

Através da simples análise do artigo 47 da Lei 11.101/05 ^[2], percebe-se que o escopo central do instituto da recuperação judicial é o de permitir a recuperação das sociedades empresárias e dos empresários individuais em crise, preservando a função social da empresa. Porém, importante salientar que o “benefício” da recuperação judicial somente deve ser concedido àqueles devedores que realmente possuem condições viáveis de recuperação, restando-lhes, em caso negativo, apenas, a alternativa da falência.

O requerimento do pedido de recuperação judicial é promovido pelo próprio empresário em crise, perante o poder judiciário estadual. O juiz deve analisar a incidência dos requisitos legais para deferir o processamento da recuperação judicial, abrindo-se prazo para os credores habilitarem seus créditos perante o administrador judicial – escolhido pelo Juízo competente – bem como para que o devedor apresente seu plano de recuperação judicial.

O plano é principal etapa do processo, tendo em vista que o devedor deve detalhar os meios, etapas e procedimentos que utilizará para superar a crise em que se encontra.

Para Fábio Ulhôa Coelho, o plano de recuperação judicial é

a mais importante peça do processo de recuperação judicial e depende exclusivamente dele a realização ou não da preservação da atividade econômica e o cumprimento de sua função social.^[3]

Referido plano será submetido à aprovação dos credores e, após deferida a recuperação judicial, o devedor fica vinculado ao seu cumprimento

durante o período de dois anos, para efeitos de supervisão judicial.^[4] Acaso venha a ser descumprida qualquer obrigação do plano, o processo de recuperação judicial convalida-se em falência.

Segundo preleciona Sérgio Campinho,

a superação do estado de crise dependerá da soma de esforços entre credores e devedor, podendo ser reversível ou não, caso em que o caminho será a liquidação do ativo insolvente para ser repartido entre seus credores seguindo um critério especial de preferências – a falência.”^[5]

Em relação à possibilidade de litisconsórcio ativo nos processos de recuperação judicial, a Lei nº 11.101/2005 não trata, especificamente, da permissão para que o pedido de recuperação judicial seja apresentado por vários devedores de forma simultânea, entretanto, são inúmeros os casos de pedido de processamento conjunto da recuperação judicial nos tribunais pátrios.

Assim entende Ricardo Brito Costa:

a formação do litisconsórcio ativo na recuperação judicial, a despeito da ausência de previsão na Lei nº 11.101/2005, é possível, em se tratando de empresas que integrem um mesmo grupo econômico (de fato ou de direito). Nesse caso, mesmo havendo empresas do grupo com operações concentradas em foros diversos, o conceito ampliado de ‘empresa’ (que deve refletir o atual estágio do capitalismo abrangendo o ‘grupo econômico’), para os fins da Lei nº 11.101/2005, permite estabelecer a competência do foro do local em que se situa a principal unidade (estabelecimento) do grupo de sociedades. O litisconsórcio ativo, formado pelas empresas que integram o grupo econômico, não viola a sistemática da Lei nº 11.101/2005 e atende ao Princípio basilar da Preservação da Empresa. A estruturação do plano de recuperação, contudo, há de merecer cuidadosa atenção para que não haja violação de direitos dos credores. ^[6]

Nesse sentido, o presente artigo pretende analisar os casos, requisitos e possibilidades da incidência do instituto processual do litisconsórcio ativo nos processos de recuperação judicial.

2. Da Recuperação Judicial

2.1. A crise da empresa

Nos últimos anos, em decorrência da crise econômica financeira mundial, várias empresas sucumbiram ao estado de crise nos âmbitos patrimonial, econômico e financeiro.

A crise econômica, em sentido estrito, refere-se à retração nos negócios da empresa, de maneira que afete suas atividades, a exemplo da queda de faturamento mensal. A crise financeira caracteriza-se pela insuficiência de recursos econômicos da empresa para honrar seus compromissos, gerando uma série de dívidas em seu nome, “ou seja, o empresário ou a sociedade empresária não tem como honrar os seus compromissos, porque há quebra do fluxo entre receita e despesa.”^[7]

Para Fábio Ulhoa Coelho,

a crise *patrimonial* é a insolvência, isto é, a insuficiência de bens no ativo para atender à satisfação do passivo. Trata-se de crise estática, quer dizer, se a sociedade empresária tem menos bens em seu patrimônio que o total de suas dívidas, ela *parece* apresentar uma condição temerária, indicativa de grande risco para os credores. Não é assim necessariamente. O patrimônio líquido negativo pode significar apenas que a empresa está passando por uma fase de expressivos investimentos na ampliação de seu parque fabril, por exemplo. Quando concluída a obra e iniciadas as operações da nova planta, verifica-se aumento de receita e de resultado suficiente para afastar a crise patrimonial.^[8]

Pode-se descrever o estado de insolvência civil como a desproporção negativa patrimonial, definida no artigo 955 do Código Civil.^[9] Já a insolvência empresarial consiste na impontualidade nos compromissos com seus credores, provocando atos de falência.

Quando a crise da empresa é fatal, ou seja, culmina com sua falência, são gerados diversos prejuízos, frise-se, não apenas para os empreendedores, mas também para os credores, que ficam desamparados no que concerne ao adimplemento de seus créditos, aos trabalhadores, que se vêm numa situação súbita de desemprego, além do próprio mercado, que fica desabastecido dos produtos e serviços fornecidos ou prestados pela empresa em crise.

Por essa razão, o direito se preocupou em criar mecanismos jurídicos para a recuperação da empresa em crise para, apenas em último caso, ser decretada a sua falência, tendo em vista os inúmeros prejuízos que esta ocasiona ao próprio mercado e ao sistema econômico.

2.2. Histórico do Regime Falimentar

A origem dos institutos do direito falimentar, bem como do sistema de recuperação de empresa, remete a épocas longínquas, cujos sistemas jurídicos contribuíram bastante para a legislação vigente, como será analisado subseqüentemente.

2.2.1. Direito Romano

Na Roma antiga, exigia-se que o devedor insolvente respondesse por suas dívidas com sua liberdade ou até mesmo com o próprio corpo ou vida, conforme previsto na Lei das XII Tábuas (por volta do ano de 451 a.C).

Caso a obrigação não fosse cumprida, cerceava-se a liberdade do devedor, podendo o credor mantê-lo em cárcere privado ou vendê-lo como escravo, até o adimplemento da obrigação.

O professor Sampaio de Lacerda leciona que

o devedor estabelecia com o credor um contrato denominado “*nexum*”, no qual o inadimplente, sem recursos para solver sua dívida antes de se iniciar contra ele a execução, obrigava-se, voluntariamente, a prestar serviços ao credor como escravo, a fim de, com seu trabalho satisfazer a dívida, eximindo-se da responsabilidade contraída. [10]

Já na República Romana, o pretor poderia utilizar o instituto denominado *venditiobonorum*, forçando a execução das dívidas permitindo aos credores a entrada na posse do patrimônio do devedor, procedendo à venda posterior de tais bens, por um indivíduo apelidado de *magister*.

Ressalte-se que o devedor insolvente perdia os seus direitos de cidadão e era considerado civilmente morto, bem como que o devedor de boa-fé poderia oferecer os seus bens aos credores, não ficando, nesse caso, sujeito a sanções pessoais, faculdade denominada de *missio in bona*.

É possível relacionar-se alguns institutos do direito romano com os presentes na legislação falimentar atual:

- a) O *magister*, responsável pela venda dos bens do devedor, se identifica com a atual figura do administrador judicial;
- b) A *missio in bona* também foi um instituto adaptado pela atual lei, visando valorizar a boa-fé do devedor.

2.2.2. Idade Média

A Idade Média foi o período em que se consolidou o direito comercial, através da influência dos usos e costumes mercantis e práticas das corporações

de mercadores, razão pela qual o direito falimentar passou por uma grande evolução no âmbito das corporações de mercadores.

Importante salientar que, na Idade Média, o devedor era considerado um verdadeiro criminoso, podendo a falência ocorrer por três hipóteses: em caso de fuga do devedor, a requerimento do credor ou a requerimento do próprio devedor.

Nesse período surgiu o instituto do concurso de credores, que eram convocados a se apresentar em uma assembleia especialmente voltada para o tema, comprovando seus créditos e sendo nomeada de acordo com estes, o que influenciou a formação da legislação atual como tal.

2.2.3 Código de Savary

Na França, sob o governo de Luiz XIV, com influência do seu ministro das finanças, surgiram as “ordenações francesas”, no ano de 1673.

A primeira ordenação foi conhecida como “Código de Savary”, em homenagem a um conhecido comerciante da época. Através de tais normas, o Estado passou a interferir nas relações comerciais, impondo limites aos comerciantes, buscando a preservação dos usos e costumes.

A segunda ordenação francesa, de 1681, buscou regular o comércio marítimo, sendo considerada um marco do direito mercantil, sobretudo no que concerne às relações comerciais marítimas.

2.2.4 Código Napoleônico

O Código Comercial francês de 1808 já legislava sobre o direito comercial, que se desenvolvia com grande vigor à época.

Em tal período já se percebe uma tendência em abolir as punições severas e cruéis ao falido, aplicando-se a pena de privação do patrimônio pelo devedor até a satisfação completa dos seus débitos.

2.2.5 Da Transição do Caráter Econômico para a Fase de Interesse Social

Conforme observado anteriormente, o objetivo precípua da falência era resguardar o interesse econômico, a fim de minimizar os prejuízos, no âmbito econômico, advindos da falência da empresa.

Contudo, com o passar dos tempos, a legislação passou a preocupar-se com a continuidade da empresa, ou seja, começou a valorizar a sua função social, através da necessidade de manutenção da empresa como fonte produtora.

Tal fato é perceptível através da ordenação francesa 820, de 1967, que buscava restabelecer o equilíbrio econômico financeiro após a crise da empresa, através de processos de recuperação das empresas em crise. Segundo Maria Celeste Morais Guimarães,

assim, foi somente na França que o legislador percebeu o fato óbvio de que a insolvabilidade de uma empresa de interesse social pode afetar não apenas a massa dos credores, mas também e sobretudo o equilíbrio econômico e social da região, ou mesmo do país. A ordenação Francesa n. 67-820 de 23.09.1967, instituiu um processo extraordinário de reerguimento econômico e financeiro para as empresas insolváveis, “cujo desaparecimento poderia causar grave perturbação à economia nacional ou regional e ser evitado em condições compatíveis como interesse dos credores” já se reconheceu que essa medida excepcional não se aplica unicamente às macroempresas em situação crítica; uma unidade empresarial de dimensões reduzidas pode representar um elo insubstituível numa cadeia de produção, de tal sorte que a sua falência perturbaria gravemente o funcionamento de outras empresas, com reflexos na economia nacional ou nacional.^[11]

Ademais, nos Estados Unidos, após a grande depressão de 1929, foram editadas leis especiais que regulavam a reorganização das empresas em crise. Em 1938, essas leis foram sistematizadas através do “*Chandler Act*”, que atribuía à legislação falimentar o instituto da recuperação, também nitidamente preocupando-se com o caráter social da recuperação judicial.

2.2.6 Direito Falimentar no Brasil

Enquanto o Brasil estava sob a égide do governo português, aplicavam-se ao direito falimentar os institutos portugueses, através, por exemplo, das Ordenações Afonsinas, uma das primeiras coletâneas de leis da época, que previa os institutos da *cessio bonorum*, ou seja, a possibilidade de cessão dos bens do devedor ao credor, das Ordenações Manuelinas, que já regulavam o processo de concurso de credores, e das Ordenações Filipinas, através da qual se instaurava o concurso de credores quando o patrimônio do devedor não fosse suficiente para solver todos os seus débitos.

Após a proclamação da independência do Brasil, promulgou-se, em 1850, um Código Comercial no Brasil, que reservou um título para regulamentar a matéria falimentar, intitulado “Das quebras”. Em referido código não existia o instituto da concordata preventiva - instituída, apenas, pelo Decreto Legislativo nº 3.065/1882 - prevendo, somente, a concordata suspensiva que dependia da aprovação de dois terços dos credores reunidos em assembleia.

Outro importante instituto previsto no Código Comercial de 1850 foi a concessão de moratória, por prazo máximo de três anos, concedida pelo Tribunal do Comércio do Império.

Um caso famoso à época do Império foi a falência do banco Mauá & Cia, do Visconde de Mauá. Com toda sua influência, o Visconde de Mauá conseguiu a modificação do critério de aprovação da concordata para maioria simples, suspendendo a falência do seu Banco e das suas empresas, bem comologrando êxito no pagamento dos seus credores.

No período republicano, o instituto da falência foi aperfeiçoado, visando coibir as fraudes, pelo que se criou a função pública do síndico, que seria escolhido entre os habilitados na Junta Comercial.

Contudo, em decorrência das falhas no poder judiciário e da falta de conhecimento especializado na matéria, os institutos eram bastante corrompidos e constantemente sujeitos à fraude, razão pela qual foram gradativamente aperfeiçoados ao longo dos anos.

Nesse sentido, percebe-se a paulatina evolução do direito falimentar ao longo de diferentes épocas históricas, o que influenciou, de maneira significativa, sua disposição atual.

2.3 Objetivos e Princípios da Recuperação Judicial

O artigo 47 da Lei 11.101/2005 dispõe, claramente, os objetivos do instituto da recuperação judicial, em voga no ordenamento jurídico brasileiro atual.

Assim, a recuperação de empresas, tanto judicial quanto extrajudicial, visa manter em funcionamento as empresas que passam por crises econômicas, com intuito de preservar a atividade comercial, além de proteger os interesses do mercado, dos credores, empreendedores, trabalhadores e do fisco.

Na recuperação judicial cumpre ao poder judiciário acompanhar e regular o procedimento de reabilitação da empresa em crise, objetivando a viabilização da recuperação econômica empresarial.

Frise-se que a recuperação judicial não é um instituto voltado a todas as empresas indistintamente, devendo-se, antes, analisar a viabilidade econômica das mesmas, ou seja, sua capacidade de recuperação junto ao mercado.

Nesse sentido leciona Eduardo Goulart Pimenta:

a recuperação de empresas não é um instituto destinado a todos os empresários em crise econômico-financeira. É uma solução legal aplicável apenas àqueles cujas empresas se mostrem temporariamente em dificuldades e, além disso, que se revelem economicamente viáveis.^[12]

A recuperação judicial das empresas viáveis se baseia em diversos princípios do direito empresarial, a seguir descritos em rol exemplificativo:

a) Livre iniciativa: tal princípio atribui à iniciativa privada o papel central na circulação e produção de bens e serviços, cabendo ao Estado apenas uma função supletiva de regularização em casos de crise, servindo como base para toda a atividade econômico financeira;

b) Liberdade de contratar: referido princípio refere-se à soberania das partes em seus acordos de vontade, devendo prevalecer o que fora pelas partes convencionado;

c) Livre concorrência: visa afastar as formas abusivas de concorrência e dominação, ratificando a isonomia entre as partes e fixando limites de mercado;

d) Função social da empresa: previsto no artigo 170, III da Constituição Federal de 1988, busca resguardar o interesse da coletividade no que concerne à função das empresas, ou seja, além de visar ao lucro, toda empresa deve beneficiar a sociedade, cumprindo sua função social;

e) Preservação da empresa: baseia-se na premissa de que é necessário que se preserve a empresa para que ela cumpra com sua função social, ou seja, incentiva a continuidade da produção e circulação de bens e serviços, estimulando a atividade produtiva. É certo que a empresa é fonte geradora de empregos, recolhimento de tributos e ativação da economia, pelo que se faz essencial à preservação de sua atividade, a fim de cumprir com sua função social.

2.4 Requisitos da Recuperação Judicial

De proêmio, cumpre ressaltar que o instituto da recuperação judicial é utilizado para as empresas, ou seja, somente o empresário individual ou a sociedade empresária podem requerer o processamento da recuperação judicial. Ademais, o artigo 48 da Lei 11.101/2005^[13] exige uma série de requisitos indispensáveis para a concessão de tal benefício.

A recuperação judicial é uma ação de rito especial, cuja competência pertence à Justiça Estadual, nas varas cíveis ou empresariais, acaso haja especialização quanto à matéria.

No que concerne à petição inicial para pedido da recuperação judicial, além dos requisitos gerais do artigo 319 do CPC/15, a empresa terá que cumprir os requisitos específicos do artigo 51 da Lei 11.101/05.^[14]

Após a apresentação inicial, estando esta em termos e verificando-se o cumprimento dos requisitos exigidos em lei, o juiz de direito competente despachará a petição inicial, deferindo o processamento do pedido de recuperação judicial e nomeando administrador judicial, bem como determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o poder público.

Cumprido frisar que tal despacho do Juízo não significa a concessão do pedido de recuperação judicial, mas sim a autorização para seu processamento, suspendendo todas as execuções em trâmite contra o devedor, pelo prazo de cento e oitenta dias, pois o momento de determinar o processamento da recuperação judicial não é a oportunidade de ser apreciada a viabilidade ou não do pedido, mas tão só o de constatar o juiz se o pleito vem acompanhado da documentação exigida no artigo 51 da Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 (artigo 52), o que fará de acordo com o seu critério passivo de reapreciação, se concedido o benefício, em recurso contra essa concessão.^[15]

“A viabilidade da recuperação judicial será objeto de decisão pelos credores em outra oportunidade (na assembleia de credores) e não pelo juiz ao despachar a petição de impetração.”^[16]

Tal despacho encerra a primeira fase do processo de recuperação judicial: a fase postulatória, iniciando-se a fase deliberativa.

2.5 Plano de Recuperação Judicial

Por conseguinte, após o despacho inicial que ordena o processamento da recuperação judicial, o Juízo publicará o edital na imprensa oficial, dando publicidade do início da recuperação judicial a todos os interessados. Após tal publicação, o devedor possui o prazo de sessenta dias para apresentar o plano de recuperação judicial, que “é o verdadeiro ‘coração’ da nova lei”^[17], sob pena de convalidação da recuperação judicial em falência.

A apresentação do plano de recuperação judicial é a etapa mais importante do processo e deve pormenorizar as medidas, estratégias e prazos através dos quais o devedor pagará suas dívidas. Para Fábio Ulhoa Coelho,

a consistência econômica do plano está diretamente relacionada ao adequado diagnóstico das razões da crise e de sua natureza (se econômica, financeira ou patrimonial) e à adequação dos remédios indicados para o caso.^[18]

O artigo 53 da Lei 11.101/05 discrimina os elementos essenciais ao plano de recuperação judicial^[19], que deve demonstrar a capacidade de recuperação da empresa, bem como os meios que serão utilizados para este fim.

O plano de recuperação judicial será submetido à análise do poder judiciário, que deverá verificar, dentre outros aspectos: a viabilidade da empresa, de acordo com o volume do passivo e do ativo, sua importância social, a mão de obra e as tecnologias empregadas, o porte econômico e o tempo da empresa, sempre visando preservar os princípios da manutenção da atividade empresarial e cumprimento da sua função social.

Após a análise pelo judiciário, sendo cumpridos os requisitos formais, bem como sendo viável a empresa, o juízo publicará novo edital, a fim de dar publicidade do plano para os credores, que poderão apresentar objeções, no prazo de trinta dias. É raro não haver a apresentação de objeções por parte dos credores, tendo em vista que estes compõem um rol de interesses completamente divergentes, o que dificulta a aprovação do plano. Conforme leciona Paulo Roberto Colombo Arnoldi,

outra questão que tem criado certa dificuldade na aprovação dos planos de recuperação judicial é a complexidade do processo de negociação com os credores, ou seja, as dificuldades de reunir em um único plano soluções que atendam os interesses de credores tão diversos, que pode englobar, desde um simples produtor rural, a um banco internacional. [20]

No caso de não haver qualquer objeção ao plano, o juiz defere de pronto a recuperação judicial. Porém, havendo qualquer objeção ao plano de recuperação judicial, será designada assembleia de credores, na qual os credores votarão pela aprovação ou não do plano. Em caso de não aprovação, é decretada a falência do devedor.

A decisão que concede o benefício da recuperação judicial, proferida após a deliberação da assembleia de credores, encerra a segunda fase do procedimento (deliberativa), iniciando-se a fase de execução, na qual a mesma assembleia de credores deve fiscalizar o cumprimento do plano.

A sentença que concede a recuperação judicial serve como título executivo para os credores, que devem cobrar e fiscalizar a execução do plano de recuperação judicial pelo devedor.

2.6 Efeitos da Recuperação Judicial

Após o deferimento do processamento da recuperação judicial, o juiz competente deverá determinar:

a) Suspensão das ações e execuções.

O juízo deve ordenar a suspensão de todas as ações e execuções em face do beneficiário da recuperação judicial, [21] comunicando aos juízos competentes o advento da suspensão dos processos.

Referidas ações deverão ser suspensas pelo prazo de cento e oitenta dias, contados do deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial.

Contudo, não se suspenderão as ações que demandem quantia ilícida, as execuções fiscais, as ações ajuizadas por proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendamento mercantil, de proprietário ou promitente vendedor do imóvel cujos contratos contenham cláusulas de irrevogabilidade ou irretratibilidade, inclusive em incorporações imobiliárias ou de proprietário em contrato de compra e venda com reserva de domínio e as ações ajuizadas para reaver importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, que continuarão nos respectivos juízos de origem.

b) Dispensa de certidões negativas

A empresa beneficiária do pedido de recuperação judicial fica dispensada apresentação de certidões negativas para exercício de suas atividades, exceto para contratação com o poder público e para receber os benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Importante salientar que cabe ao devedor incluir, em todos os atos, contratos e documentos, que vier assinar, após o nome da empresa, a expressão “em recuperação judicial”.

c) Novação dos Créditos

O deferimento do pedido de recuperação judicial acarreta anovação dos créditos anteriores da empresa devedora, os existentes a data do pedido, ainda que não vencidos, e obriga a todos os credores, com exceção dos créditos fiscais.

Acaso a recuperação judicial não logre êxito, sendo convalidada a falência, os credores podem retomar os seus créditos no estado em que se encontravam antes do deferimento da recuperação.

2.7 Prazo e Consequências

A empresa em recuperação judicial fica vinculada ao cumprimento do plano de recuperação judicial durante o período de dois anos. Acaso venha a ser descumprida qualquer obrigação do plano, o processo de recuperação judicial convalida-se em falência.

3 Litisconsórcio

3.1 Conceito

Segundo Fredie Didier Jr, o litisconsórcio é a “reunião de duas ou mais pessoas assumindo, simultaneamente, a posição de autor ou réu.”[\[22\]](#)

O artigo 46 do Código de Processo Civil explicita os casos em que é possível a formação de litisconsórcio no processo.[\[23\]](#)

Trata-se, portanto, numa palavra, da possibilidade, contemplada pelo sistema, de que exista, no processo, cumulação de sujeitos (cumulação subjetiva)[\[24\]](#), pois se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa.[\[25\]](#)

3.2 Litisconsórcio Ativo e Passivo

Quanto às partes, o litisconsórcio pode ser ativo, que ocorre quando há pluralidade de autores na mesma demanda; passivo, quando há mais de um réu no mesmo processo; ou misto ou recíproco, quando há pluralidade tanto de autores quanto de réus no litígio.

3.3 Litisconsórcio Inicial e Ulterior

Em relação ao momento da formação do litisconsórcio, este pode ser inicial, ou seja, concebido desde o momento da propositura da demanda ou ulterior/incidental, constituído após a formação do processo, este podendo ocorrer de três maneiras: (a) em decorrência de alguma hipótese de intervenção de terceiros, como chamamento ao processo ou denúncia da lide; (b) em razão da sucessão processual, ou seja, da habilitação dos herdeiros, decorrente do falecimento da parte; (c) pela conexão de ações, cumpridos os requisitos legais.

3.4 Necessário e Facultativo

Já quanto à obrigatoriedade ou não de sua formação, o litisconsórcio classifica-se como necessário ou facultativo. Acerca do tema, importante observar os ensinamentos de ElpidioDonizetti:

o litisconsórcio necessário decorre da imposição legal ou da natureza da relação jurídica, hipótese em que ao autor não resta a alternativa senão a formação do litisconsórcio. [...] A formação do litisconsórcio facultativo fica, a princípio, a critério do autor, desde que preenchidos os requisitos legais, isto é, quando entre os litisconsortes (ativos ou passivos) houver comunhão de direitos ou obrigações; quando os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito; houver conexão entre as causas ou haver afinidade.[\[26\]](#)

Nesse diapasão, no litisconsórcio necessário há a indispensabilidade de integração do polo da relação jurídica por todos os litisconsortes, elemento não necessário no litisconsórcio facultativo. O litisconsórcio necessário revela casos de legitimação *ad causam conjunta* ou *complexa*.^[27]

3.5 Litisconsórcio Unitário e Comum

No que concerne à uniformidade da decisão, o litisconsórcio pode ser unitário, quando o julgamento será, necessariamente, o mesmo para todos os litisconsortes, ou seja, haverá unidade de julgamento, tornando a relação jurídica envolvida incindível. Já no litisconsórcio comum a decisão judicial pode ser diferente para os litisconsortes, isso é cada um deles é tratado como parte autônoma na demanda.

Ressalte-se que, para cada classificação ou espécie de litisconsórcio, há a diferenciação do regime de tratamento. Nesse sentido, leciona o professor Fredie Didier,

Se o litisconsórcio é unitário, o tratamento dos litisconsortes deve ser uniforme, pois a decisão há de ser a mesma para todos; se o litisconsórcio é simples, os litisconsortes são tratados como partes distintas, sendo que os autos de um não beneficiam nem prejudicam o outro. ^[28]

3.6 Litisconsórcio Eventual

Importante destacar, ainda, a problemática do litisconsórcio eventual, sobre a qual leciona Cândido Dinamarco,

Questão elegantíssima, sobre a qual nada se conhece na literatura especializada brasileira, é a que diz respeito à admissibilidade do litisconsórcio alternativo ou eventual em nosso sistema de direito positivo. [...] Será lícito ao juiz colocar em Juízo, cumulativamente, duas demandas dirigidas a pessoas diferentes, invocando o artigo 289 do Código de Processo Civil (cúmulo eventual), para que uma só delas seja apreciada no caso de rejeitada a primeira? Será lícito comparecerem dois autores, na dúvida sobre qual delas seja o verdadeiro credor, pedindo que o juiz emita um provimento contra o adversário comum, em benefício de um dos dois (cúmulo alternativo)?^[29]

A doutrina brasileira já entende no sentido da possibilidade de propositura em Juízo de duas demandas destinadas a duas pessoas diferentes,

caso em que haverá litisconsórcio sem consórcio, tendo em vista que os litisconsortes serão adversários em Juízo.

3.7 Litisconsórcio Sucessivo

Questão também discutida na doutrina é a hipótese de litisconsórcio sucessivo, ou seja, a possibilidade de cumulação sucessiva de pedidos, caso em que o segundo pedido só será acolhido se o primeiro também o for. Segundo Araken de Assis, no litisconsórcio sucessivo,

um somente obterá o que pede se o outro obtiver. Cite-se como exemplo o litisconsórcio entre mãe e filho, em que se pleiteiam alimentos e ressarcimento das despesas com o parto.^[30]

3.8 Litisconsórcio Multitudinário

Por fim, o litisconsórcio multitudinário é composto por uma grande quantidade de litigantes, o que dificulta a defesa das partes ou gera impedimentos no que concerne à celeridade do litígio, sendo sempre facultativo.

Nesse sentido, o litisconsórcio é um instituto do processo civil que se caracteriza pela presença de mais de uma parte em um dos polos da relação jurídica processual.

Por conseguinte, passar-se-á a analisar as espécies, casos e possibilidades da incidência do litisconsórcio ativo nos casos de recuperação judicial de empresas.

4 Litisconsórcio Ativo na Recuperação Judicial

4.1 Ausência de Previsão Legislativa

A atual lei de recuperação judicial e falência (11.101/2005) não disciplinou acerca da hipótese do litisconsórcio ativo na recuperação judicial - o que, atualmente, demonstra uma grande desatualização legislativa - porém, tendo em vista os inúmeros casos de empresas em recuperação que, ao formularem o pedido de processamento do benefício junto ao juízo, também requerem a formação de litisconsórcio no polo ativo da demanda, construiu-se um interessante arcabouço jurisprudencial e teórico que regula o presente tema.

A Lei nº 11.101/2005 não previu a possibilidade do litisconsórcio ativo no pedido recuperacional, mas é inequívoco que as normas estatuídas no código de processo civil em vigor são aplicadas de forma subsidiária aos processos regidos por aquele referido normativo. ^[31]

Dez anos após a promulgação da referida lei, o cenário é de crise mundial, sendo comum a crise de empresas que integram o mesmo grupo

empresarial, pelo que se faz necessário o estudo da possibilidade de irem conjuntamente a Juízo.

4.2 Grupos Empresariais

O desenvolvimento da atividade capitalista trouxe a necessidade de reunião de empresas com vistas a unir esforços para um fim empresarial em comum: o lucro.

A reunião de diferentes empresas em grupos econômicos traz uma série de vantagens, tais quais a maximização do lucro e da produtividade, crescimento no mercado e diminuição dos custos.

Modernamente, entende-se como grupo econômico o conjunto de empresas, ligadas por um vínculo de coordenação ou subordinação comum, que atuam em conjunto, com intuito de maximizar a atividade produtiva e, conseqüentemente, o lucro, conservando personalidades jurídicas próprias, sendo que uma exerce influência significativa sobre as demais.

4.2.1 Grupos Empresariais de Fato e de Direito

Os grupos de sociedade podem ser classificados como grupos de fato e grupos de direito.

Os grupos de fato são aqueles compostos por sociedades interligadas entre si, porém sem registro formal e jurídico desta relação de coordenação ou subordinação. Segundo Rubens Requião,

São grupos empresariais de fato as sociedade que mantêm, entre, si, laços empresariais através de participação acionária, sem necessidade de se organizarem juridicamente. Relacionam-se segundo o regime legal de sociedades isoladas, sob a forma de coligadas, controladoras e controladas, no sentido de não terem necessidade de maior estrutura organizacional. [32]

Ao contrário, os grupos de direito possuem a relação de comando e subordinação empresarial, assim definidos pelo art. 267 da Lei 6.404/1976, e formalizados perante a Junta Comercial. Segundo Comparato,

o grupo de direito é o conjunto de sociedades cujo controle é titularizado por uma brasileira (a comandante) e que, mediante convenção acerca de combinação de esforços ou participação em atividades ou empreendimentos comuns, formalizam esta relação empresarial. Constituem formalmente por uma convenção expressa, devendo

possuir designação, "grupo" ou "grupo de sociedades", (art. 267 da LSA), registrados na Junta Comercial. [33]

Assim, para o reconhecimento de grupos empresariais é necessário que haja o controle por uma sociedade sobre todas as demais (*holding*) e que este controle esteja fundado na titularidade de ações ou de cotas ou, ainda, mediante acordo entre os sócios.

4.2.2 Holdings

Em ambos os casos – grupos de fato e de direito – as sociedades são controladas por uma *holding*, empresa que possui o controle e a direção das demais sociedades, fazendo parte, em muitos casos, da composição societária das empresas subordinadas ou coligadas ou, ainda, mediante acordo de sócios. Ou seja, a *holding* possui a titularidade de ações ou quotas de outras empresas, o que possibilita o poder de controle, devendo ser, necessariamente, brasileira.

A finalidade da holding controladora é a de participar como acionista majoritária do capital da sociedade-filha, permitindo, assim, seja mantida a integridade e a estabilidade do colégio acionário e da administração da sociedade controlada. (...) tal espécie de holding tem como objetivo oferecer à sociedade controlada uma administração livre de injunções de oscilações de grupos acionistas – dela entrando e saindo – o que poderia comprometer a sua estabilidade de direção e orientação de negócios.[34]

Assim, a *holding* pode ser conceituada como uma empresa que possui como atividade principal a participação acionária em outras empresas, titularizando parte de suas ações ou quotas e detendo o controle da administração empresarial, pelo que exerce a administração de conglomerados empresariais.

4.2.3 Sociedades Controladas, Coligadas e Subsidiária Integral

Importante distinção acerca da relação de controle e subordinação dos grupos empresariais refere-se a classificação das sociedades em coligadas, controladas ou subsidiárias integrais.

Uma sociedade é considerada coligada a outra quando possui influência significativa sobre a mesma. Presume-se que uma sociedade é coligada a outra quando detém poder de participação nas decisões que versam sobre a política financeira e operacional, porém sem exercer o efetivo controle, ou seja, detém influência significativa sobre outra empresa. Segundo o conceito legal, a influência significativa é presumida quando a investidora for titular de 20% ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la.[35]

Ao revés, quando uma sociedade detém o controle societário que lhe assegure, de modo permanente, domínio nas deliberações sociais, bem como a eleição da maioria dos administradores, pode-se afirmar que há relação de controle, conforme artigo 243, § 2º da Lei 6404/76. [36]

No caso de uma empresa possuir todas as ações de outra, pode-se afirmar que esta passa a ser sua subsidiária integral.

4.2.4 Estrutura de Grupo

Os grupos empresariais podem se configurar de diversas maneiras distintas, de acordo com as relações de controle e coligação, estando regulados pelo artigo 265 da Lei 6404/76. [37]

4.2.5 Formação do Litisconsórcio Ativo: Grupos de Fato e de Direito

O pedido de processamento conjunto da recuperação judicial de empresas se lastreia no inciso III do artigo 113 do CPC, que dispõe que haverá litisconsórcio quando ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. Segundo Dinamarco,

tal afinidade é o liame menos intenso que a conexidade, sendo caracterizado pela mera existência de algum quesito comum de fato ou de direito, “o qual, aparecendo em todas as causas de pedir (ainda que implicitamente), se apresente como uma das premissas necessárias para a decisão da causa”. A existência de um simples e único ponto comum a duas ou várias causas de pedir (que, permanecem diferentes e autonômas em todo o mais, com fatos absolutamente diversificados, menos nesse ponto) não chega a caracterizar a conexidade, mas simples afinidade entre as demandas. [38]

Uma das divergências da jurisprudência e doutrina pátrias em relação ao tema refere-se à necessidade ou não da constituição formal, por registro público, do grupo empresarial, ou se bastaria apenas a atuação conjunta de fato do grupo econômico.

Ricardo Brito da Costa defende que a empresa legitimada a impetrar a recuperação judicial seja tomada em sua acepção ampla, englobando também o conceito de grupo econômico (de fato ou de direito) e não apenas aqueles registrados formalmente. [39]

Assim, o entendimento majoritário é o de que, segundo o princípio da preservação da empresa, são legitimados para requerer o processamento conjunto da recuperação judicial também os grupos econômicos, tanto de fato quanto de direito.

O primeiro grande grupo econômico a se beneficiar da recuperação judicial no Brasil foi o VARIG, formado pelas empresas VARIG, RIO SUL e NORDESTES LINHAS AÉREAS.[\[40\]](#)

No caso em comento as três empresas ocuparam o polo ativo da demanda, através da formação de um litisconsórcio, apresentando um plano único em Juízo.

Após a aprovação do plano pela assembleia de credores, bem como do seu cumprimento satisfatório no prazo de dois anos, o processo de venda da VARIG foi concluído em 2006, tornando-se a VRG LINHAS AÉREAS e posteriormente sendo adquirida sua parte estrutural e financeira pela GOL TRANSPORTES AÉREOS, representando, assim, o primeiro grande caso de litisconsórcio ativo na recuperação judicial. [\[41\]](#)

O grupoLupatech, que já foi o maior fornecedor da Petrobrás, apresentou um plano de recuperação extrajudicial em juízo, a fim de que este fosse homologado. Assim, requereu a formação de litisconsórcio no polo ativo da demanda, sob o argumento de que as requerentes estão intimamente relacionadas, em decorrência dos vínculos societários mantidos, e que fazem parte de um mesmo grupo econômico, em que pese não possuírem o registro formal.

Ademais, alegaram que o endividamento a que se refere o plano de homologação extrajudicial, decorrente da emissão de bônus perpétuos, é comum a todas as empresas requerentes.

No caso em tela, processamento conjunto da recuperação judicial foi aceito pelo juiz competente, mesmo o grupo econômico sendo constituído apenas de fato.

Registre-se, ainda, o caso da recuperação judicial da empresa OAS, no qual dez empresas integravam um grupo econômico de fato e requereram a recuperação judicial de forma conjunta. Neste caso, também fora aceito o pedido de processamento conjunto da recuperação judicial, visto que foram demonstrados os requisitos de comunhão de direitos e obrigações entre as recuperandas. O juízo entendeu que, apesar da configuração do grupo econômico apenas de fato, há um forte entrelaçamento empresarial entre as empresas, pelo que seria prudente o processamento em conjunto da recuperação judicial.[\[42\]](#)

Insta observar, ainda, o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao aceitar o processamento conjunto da recuperação judicial do Grupo PADARIA LISTO LTDA, afirmando que, apesar das empresas formarem um grupo econômico de fato, possuem administração em comum e sede na mesma cidade, pelo que não há óbice ao processamento conjunto da recuperação judicial.[\[43\]](#)

Ante o exposto, conclui-se que a tendência da jurisprudência nacional é a de aceitar a formação do litisconsórcio no polo ativo das demandas de recuperação judicial, mesmo que os grupos econômicos não sejam constituídos formalmente.

4.3. Diversidade de Foros

Em relação ao tema objeto do presente artigo, uma das maiores divergências é em relação à necessidade ou não, em caso de litisconsórcio ativo na recuperação judicial, dos estabelecimentos empresariais serem na mesma Comarca.

Segundo Ricardo de Brito Costa,

se um grupo econômico de empresas é formado por pessoas jurídicas sediadas em diferentes localidades, a regra legal que define a competência do foro do “principal estabelecimento” não representa obstáculo à formação do litisconsórcio ativo. Basta identificar que é a unidade (estabelecimento) do grupo societário mais importante, do ponto de vista econômico, para se definir o foro competente. [44]

Assim, para o autor, bastaria, para definição da competência do foro, identificar qual é a unidade empresarial mais importante economicamente.

Ocorre que os tribunais pátrios já entenderam que a recuperação judicial requerida em litisconsórcio por mais de uma sociedade empresária distinta, no caso de cada uma delas possuir sede social em comarcas diversas, ocasiona dificuldades inquestionáveis aos credores, sobretudo os trabalhadores, pois “a distância entre os estabelecimentos principais das empresas causa dificuldades incontornáveis à participação dos credores, notadamente os trabalhadores, nos conclaves assembleares realizados em Comarcas distintas”. [45]

No julgamento da recuperação judicial do GRUPO ECIMEX TECNOLOGIA DO NORDESTE LTDA, requerida por três empresas com sedes sociais distintas, o TJSP concluiu pela inviabilidade do processamento conjunto da recuperação judicial em litisconsórcio ativo, em face da existência de credores distintos, domiciliados em diferentes Estados, o que prejudicaria tais credores, extinguindo o processo sem resolução do mérito. [46]

Nesse sentido, percebe-se que há o confronto de dois importantes princípios: o da preservação da empresa, utilizado como base para o

processamento conjunto das recuperações judiciais de empresas de um mesmo grupo econômico e o da proteção do trabalhador, que protege a hipossuficiência deste no que concerne à dificuldade ocasionada pelas empresas serem situadas em diferentes Comarcas.

Contudo, em que pese a divergência jurisprudencial, a posição majoritária dos Tribunais superiores é a da possibilidade da recuperação judicial conjunta de empresas de um mesmo grupo econômico, mesmo que em comarcas diferentes, sendo o foro competente para julgamento da demanda o do local do principal estabelecimento do devedor, assim considerado o local mais importante da atividade empresarial, ou seja, com o maior volume de negócios, como já foi entendido pelo STJ. [47]

Ademais, em importante julgamento do conflito de competência nº **68.173 - SP (2006/0176543-8)**, o **Ministro relator Luis Felipe Salomão** ressaltou que no conflito entre a tentativa de recuperar a empresa e o pagamento dos créditos trabalhistas, deve prevalecer a primeira opção. “O valor que prepondera é o da preservação da empresa, até mesmo para, depois, se levantar recursos para o pagamento dos empregados.” [48]

Contudo, acaso o grupo empresarial possua como sócia uma empresa com sede social fora do Brasil, a tendência da jurisprudência é desmembrar os procedimentos, ante a absoluta ausência de jurisdição para julgamento de demandas fora do país.

Esse foi o caso da recuperação judicial da empresa OGX, integrante do grupo X, cujo sócio majoritário é empresário Eike Batista.

O pedido de recuperação judicial foi realizado pelas empresas OGX PETRÓLEO E GÁS PARTICIPAÇÕES S/A, OGX PETRÓLEO E GÁS S/A, OGX INTERNACIONAL GMBH e OGX ÁUSTRIA GMBH.

A OGX PARTICIPAÇÕES constitui uma holding não operacional e é controladora da OGX PETRÓLEO E GÁS, empresa exploradora e produtora, enquanto a que a empresa OGX PARTICIPAÇÕES é controladora da OGX INTERNACIONAL que controla a empresa OGX ÁUSTRIA, sendo certo que as duas últimas foram criadas com o objetivo de servirem de veículo para obtenção de recursos junto a credores internacionais a fim de viabilizar as operações desenvolvidas no Brasil pela OGX PETRÓLEO E GÁS.

No caso em tela fora indeferido o pedido de processamento conjunto da recuperação judicial, ou seja, da formação do litisconsórcio ativo, por dois motivos: [49]

- a) O juízo entendeu que a descaracterização das personalidades jurídicas das empresas seria algo excepcional, apenas quando comprovada fraude ou abuso de poder;

b) As empresas OGX INTERNACIONAL GMBH e OGX ÁUSTRIA GMBH são sediadas em território internacional, a saber, Áustria e Holanda, pelo que não se poderia deferir o processamento da recuperação judicial no território brasileiro, por absoluta ausência de jurisdição.

Neste caso, deferiu-se o processamento da recuperação judicial somente das empresas OGX PETRÓLEO E GÁS PARTICIPAÇÕES S.A. e OGX PETRÓLEO E GÁS S.A., sendo a primeira uma holding controladora e co-devedora da segunda em relação a praticamente todo o passivo, sendo determinado que cada uma das recuperandas apresente seu próprio plano de recuperação judicial, mesmo que sejam idênticos ou interdependentes, bem como devendo estes serem analisados separadamente por seus respectivos credores, com absoluto respeito à autonomia patrimonial de cada sociedade, de maneira que deverão ser publicados quadros gerais de credores distintos para cada empresa.

Assim, no caso do grupo OGX, o principal argumento utilizado para o indeferimento do processamento conjunto da recuperação judicial, foi o da absoluta incompetência da justiça brasileira para julgar a recuperação de uma empresa internacional.

Contudo, como já analisado, o entendimento majoritário da jurisprudência pátria é o de aceitar o processamento conjunto da recuperação judicial para empresas de um mesmo grupo econômico, formando um litisconsórcio ativo facultativo inicial, com base no princípio da recuperação da empresa, desde que todas as empresas possuam sede social em território brasileiro.

4.4 Elaboração de plano único ou plano conjunto

Questão também controvertida na seara jurisprudencial diz respeito à necessidade ou não de apresentação de plano de recuperação judicial único para as empresas do mesmo grupo econômico que formam o litisconsórcio ativo numa demanda de recuperação judicial.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já entendeu pela possibilidade de apresentação de um plano único para as empresas recuperandas pertencentes a um mesmo grupo econômico (caso da MATTOS & TAKYI COMÉRCIO DE ARTIGOS PARA O LAR), ante a sua interdependência e existência de credores em comum. Nesse caso, foi recomendado que as empresas apresentassem plano de recuperação único com submissão à apreciação dos credores reunidos em Assembleia Geral.^[50] Assim, em que pese ter possibilitado a apresentação de um plano de recuperação único, submeteu sua aprovação à assembleia de credores. Ou seja, em verdade, quem irá decidir sobre a viabilidade ou não de apresentação de um plano único serão os credores.

Contudo, a posição que vem predominando na jurisprudência dos tribunais pátrios é a da impossibilidade de apresentação de um plano único pelas empresas que formam um mesmo grupo econômico, mesmo no caso de formação de litisconsórcio ativo, sob o argumento da impossibilidade de confusão patrimonial das empresas, preservando-se o princípio da autonomia patrimonial.

No julgamento da recuperação judicial do grupo CAMERA AGROALIMENTOS S/A, foi utilizado o argumento de que “a apresentação do plano conjunto pode mascarar as condições de cada postulante, além de esta circunstância violar o princípio da *pars conditio creditorum* [...] Não é razoável que o patrimônio de uma sociedade seja colocado à disposição de credores alheio a esta”.[\[51\]](#)

Registre-se, ainda, o caso da recuperação judicial do grupo SANTA BÁRBARA DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO S/A, no qual o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu pela impossibilidade de aproveitamento do plano de recuperação judicial por mais de uma empresa, mesmo no caso de pertencerem a um mesmo grupo econômico.[\[52\]](#)

Ademais, no caso da recuperação judicial do Grupo OGX, já analisado acima, também foi determinado que cada uma das recuperandas apresente seu próprio plano de recuperação judicial, mesmo que sejam idênticos ou interdependentes, bem como devendo estes serem analisados separadamente por seus respectivos credores, com absoluto respeito à autonomia patrimonial de cada sociedade.[\[53\]](#)

Nesse sentido, conclui-se que a posição majoritária dos tribunais pátrios é a da impossibilidade de apresentação de um plano de recuperação judicial único, mesmo no caso de empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico, que compõem o mesmo polo ativo de uma demanda de recuperação judicial, de forma a evitar a confusão patrimonial das empresas, preservando o direito dos credores.

4.5 Quadro de Credores

Juntamente à análise do item anterior, ou seja, se o plano de recuperação judicial deve ser único para todas as empresas pertencentes do mesmo grupo econômico, deve-se discutir se o quadro de credores deve ser comum às mesmas.

Nesse ponto, deve-se analisar até que ponto as empresas possuem credores e obrigações em comum.

Analisando a posição jurisprudencial sobre o tema, denota-se que o TJSP já decidiu no sentido de que quadro de credores pode ser único para todas as empresas, no caso da recuperação judicial do grupo SIFCO S/A. No

caso em tela, entendeu-se que “os atos de recuperação devem considerar o grupo globalmente sob pena de se tornar o processo inviável e tumultuado.”^[54]

Contudo, o caso em tela retrata um caso bastante específico, em que o grupo empresarial possuía credores em comum e patrimônio relacionado.

Essa ainda é uma questão controvertida na jurisprudência, porém, entende-se que a tendência é pela configuração do quadro de credores em separado, seguindo a linha de entendimento da apresentação de planos de recuperação judicial distintos para cada empresa, preservando a autonomia patrimonial e o direito dos credores, como ocorreu no julgamento do caso do GRUPO OGX, já analisado acima.

4.6 Assembleia de Credores

A assembleia de credores é o órgão máximo de deliberação no processo de recuperação judicial, sendo nela discutidos temas como aprovação, modificação ou rejeição do plano.

Pode-se afirmar que a assembleia de credores é soberana, pois, uma vez votado o plano em assembleia, com sua consequente aprovação, através de deliberação que atendeu ao quórum qualificado exigido em lei, o juiz deve limitar-se apenas a homologar o plano aprovado pelos credores.

Na esteira do quanto se afirmou acerca da soberania da assembleia geral de credores, uma vez aprovado o plano em assembleia, o juiz deverá conceder a recuperação, sem que se lhe reserve grande margem de discricionariedade.^[55]

No caso em estudo, insta analisar se, no caso de formação de litisconsórcio ativo por empresas de um mesmo grupo econômico, no processo de recuperação judicial, a assembleia de credores deve ser única ou desmembrada por cada empresa.

Assim, caso o juízo considere que o quadro de credores é comum para todas as empresas do grupo, será realizada assembleia de credores única. Contudo, caso o quadro de credores seja individualizado, serão realizadas várias assembleias de credores, de maneira apartada.

A última opção nos parece mais adequada, pois permite a manutenção da autonomia patrimonial de cada empresa, além de preservar o interesse dos credores, que podem votar apenas na assembleia que lhes interessa, ou seja, dedicam seus esforços a comparecerem e acompanharem apenas a assembleia em que seu crédito será habilitado. Ademais, em uma assembleia única de credores, estes correm o risco de possuir o voto diluído ante a grande quantidade de credores reunidos, pelo que se mostra mais viável a realização da assembleia individualizada.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na análise do caso da recuperação judicial da CAMERA AGROALIMENTOS S/A, entendeu que, para preservar o princípio da *pars conditio creditorum*, as assembleias deveriam ser realizadas de maneira separada.[\[56\]](#)

4.7 Prazos

Conforme artigo 191 do Código de Processo Civil, os litisconsortes com diferentes procuradores possuem prazo em dobro para contestar, recorrer e, de modo geral, falar nos autos.[\[57\]](#)

Ocorre que a 3ª Turma do STJ decidiu que tal prerrogativa não se aplica aos credores da empresa em recuperação judicial, pois não há réus e sim interessados. O Ministro relator Paulo Tarso Sanseverino, ao analisar a questão na recuperação judicial da empresa N.T.L, afirmou categoricamente que

não se mostra possível, porém, o reconhecimento de litisconsórcio passivo em favor dos credores da sociedade recuperanda, uma vez que não há réus na recuperação judicial. Os credores são interessados, que, embora participando do processo e atuando diretamente na aprovação do plano, não figuram como parte adversa, já que não há nem mesmo litígio propriamente dito.[\[58\]](#)

Assim, considera-se que os credores são terceiros interessados no processo de recuperação judicial e não parte adversa, visto que buscam o um objetivo comum: a recuperação da empresa. Como cediço, os terceiros interessados não possuem prazo em dobro para recorrer, pelo que a regra do artigo 229 do CPC não se aplicaria.

Contudo, o ministro excepcionou os casos de empresas que formam um mesmo grupo econômico e compartilham o polo ativo da demanda, afirmando que, nesses casos, o artigo 229 do CPC se aplica.

5 Conclusão

A recuperação judicial foi um mecanismo criado pelo direito, visando recuperar a empresa em crise, de acordo com o princípio basilar da preservação da empresa para, apenas em último caso, convalidar-se sua falência.

O instituto da recuperação judicial evolui ao longo dos tempos, tendo suas origens na Roma Antiga e consubstanciando-se no ordenamento pátrio através da Lei 11.101/05.

Através da análise histórica dos institutos da falência e da recuperação judicial, percebe-se como eles evoluíram e aperfeiçoaram-se ao longo dos tempos, passando a preocupar-se não apenas com os aspectos

econômicos e financeiros decorrentes da crise da empresa, mas também com o aspecto social, em consonância ao princípio da função social da empresa.

Assim, atualmente, a recuperação judicial visa preservar a atividade comercial, além de proteger os interesses dos credores, empreendedores, trabalhadores e do fisco, ou seja, abrange interesses globais de todo o mercado.

O litisconsórcio é um instituto do direito processual civil caracterizado pela reunião de duas ou mais pessoas no polo ativo ou passivo de uma demanda judicial.

Apesar de não ser regulado pela legislação vigente – o que demonstra uma grande desatualização do ordenamento pátrio - é possível que ocorram casos em que a demanda de recuperação judicial seja composta por mais de um requerente, ou seja, que se forme um litisconsórcio no polo ativo da demanda, no caso de empresas que façam parte de um mesmo grupo econômico.

Referido litisconsórcio ativo, em caso de recuperação judicial, terá de ser, necessariamente, facultativo, tendo em vista não ser prudente impor decisões uniformes para todas as empresas, em decorrência das peculiaridades e autonomia de cada uma delas, bem como há de ser, essencialmente, inicial, visto a obrigatoriedade de requerimento para sua formação na petição inicial, com configuração no início da demanda.

Tendo em vista a ausência de previsão legislativa para a matéria, o tema possui vários pontos controvertidos na jurisprudência. Contudo, em decorrência da influência do capitalismo e liberalismo nas relações jurídicas e econômicas, é cada vez mais comum a formação do litisconsórcio ativo nas demandas de recuperação judicial, pelo que os temas controvertidos vêm se delineando na jurisprudência, podendo-se concluir por uma tendência de regramento, através da análise de diversos julgados.

A primeira questão controvertida na doutrina e jurisprudência nacionais refere-se à necessidade ou não da constituição formal, por registro público, do grupo empresarial, ou se bastaria apenas a atuação conjunta de fato do grupo econômico para a configuração do litisconsórcio no polo ativo da demanda.

Fato é que o desenvolvimento da atividade capitalista trouxe a necessidade de reunião de empresas com vistas a unir esforços para um fim empresarial em comum: o lucro, pelo que se entende como grupo econômico o conjunto de empresas, ligadas por um vínculo de coordenação ou subordinação comum.

A reunião de diferentes empresas em grupos econômicos traz uma série de vantagens, tais qual a maximização do lucro e da produtividade, crescimento no mercado e diminuição dos custos.

Conforme discorrido, vem-se entendendo que a simples configuração do grupo econômico de fato já é suficiente para a autorização do processamento conjunto da recuperação judicial, desde que as empresas possuam uma relação de controle comum, sempre buscando a preservação da empresa.

Outra questão controvertida na doutrina e jurisprudência nacionais configura-se pela necessidade ou não, em caso de litisconsórcio ativo na recuperação judicial, dos estabelecimentos empresariais serem na mesma comarca.

Nesse sentido, confrontam-se dois princípios essenciais do direito: o princípio da preservação da empresa e o princípio da proteção ao trabalhador.

Certo é que o litisconsórcio ativo de empresas com sedes em diferentes comarcas dificulta o acesso do trabalhador hipossuficiente ao processo, contudo, o STJ já decidiu que no conflito entre a tentativa de recuperar a empresa e o pagamento dos créditos trabalhistas, deve prevalecer a primeira opção, tendo em vista que a empresa deve ser preservada e recuperada, em primeiro lugar, para então, se levantar recursos para pagamento dos empregados.

Assim, a posição majoritária dos tribunais superiores é a da possibilidade da recuperação judicial de empresas de um mesmo grupo econômico, mesmo que em comarcas diferentes, sendo o foro competente para julgamento da demanda o do local do principal estabelecimento do devedor, assim considerado o local mais importante da atividade empresária, ou seja, com o maior volume de negócios.

Contudo, através da análise da recuperação judicial do grupo OGX, denota-se a impossibilidade de processamento conjunto da recuperação judicial de empresas, no juízo brasileiro, que possuam sede em território internacional, tendo em vista a absoluta ausência de jurisdição, devendo, nesse caso, as recuperações judiciais serem processadas em apartado.

Ademais, vislumbra-se a questão da viabilidade de apresentação de um plano único de recuperação judicial pelas empresas recuperandas, bem como se a assembleia e o quadro de credores devem ser únicos ou separados.

A assembleia de credores é o órgão máximo de deliberação no processo de recuperação judicial, sendo nela discutidos temas como aprovação, modificação ou rejeição do plano.

O plano de recuperação judicial é a etapa mais importante do processo, devendo pormenorizar as medidas, estratégias e prazos através dos quais o devedor pagará suas dívidas.

Ressalte-se que a assembleia de credores é soberana, pois, uma vez votado o plano em assembleia, com sua conseqüente aprovação, através de deliberação que atendeu ao *quórum* qualificado exigido em lei, o juiz deve limitar-se apenas a homologar o plano aprovado pelos credores.

Através da análise da jurisprudência recente dos tribunais pátrios, constata-se que é mais prudente que sejam apresentados planos distintos de recuperação judicial, bem como que sejam individualizados o quadro e a assembleia de credores, com respeito ao princípio da autonomia empresarial e da *pars conditio creditorum*.

Por fim, discute-se se nos casos de litisconsórcio ativo nas demandas de recuperação judicial, os credores possuem prazo em dobro para de modo geral falar nos autos, prerrogativa prevista no artigo 229 do CPC, para litisconsortes com procuradores distintos.

A 3ª Turma do STJ já decidiu que tal prerrogativa não se aplica aos credores da empresa em recuperação judicial, pois nesses casos não há parte adversa, mas sim interessados. Contudo, importante salientar que foram excepcionados os casos de empresas que formam um mesmo grupo econômico e compartilham o polo ativo da demanda, afirmando que, nesses casos, o artigo 191 do CPC se aplica.

Ante o exposto, conclui-se que o objetivo precípua da recuperação judicial é o da preservação da empresa, sendo o litisconsórcio ativo um meio para se alcançar tal finalidade, sempre com respeito aos credores e a função social da empresa.

6 Referências Bibliográficas

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Balanço do primeiro ano de vigência da nova lei de recuperação brasileira – Lei n. 11.101/05: Êxitos e preocupações quanto à solução da crise econômica financeira**. 2006, Jornadas de Derecho Comercial.

ASSIS, Araken de. **Cumulação de Ações**. São Paulo: RT, 2002. 4ª ed.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAVALLI, Cássio; AYOUB, Luiz Roberto. **A construção jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CARVALHOSA, Modesto. **Sociedade Holding – bens excluídos do giro dos seus negócios**. Revista de Direito Mercantil, n.2, 1971.

CINTRA, A. C. de A. DINAMACO, C. R; GRINOVER, A. P. **Teoria Geral do Processo**. 26 ed. São Paulo; Malheiros, 2010.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à Nova Lei de Falências**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012. 13ª ed.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

COSTA, Ricardo Brito. **Recuperação Judicial: é possível o litisconsórcio ativo?** Revista do Advogado, São Paulo, n. 105, Setembro de 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COSTA, Luciana da Silva. **Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Disponível em: . Acesso em: 09 fev 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil – Volume II**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Litisconsórcio**. São Paulo: Malheiros, 1998. 5ª ed.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2009. 12ª ed.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do processo e processo de conhecimento**. Bahia: Jus Podvim, 2007. 8ª ed.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. **Recuperação Judicial de Empresas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LACERDA, J. C. Sampaio de. **Manual de direito falimentar**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação Judicial de Empresas: Caracterização, Avanços e Limites**. Revista Direito GV 3. V. 2 N. 1, p. 151 – 166. Jan-Jun 2006.

PRAVATO, Rafael Avanzi. **Litisconsórcio Ativo na Recuperação Judicial**. Disponível em: . Acesso em: 09 fev 2015.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, V.2, 2003.

SALOMÃO, Luis Felipe e SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial, extrajudicial e falência : teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SILVA, Antonio Emanuel Piccoli da. **A recuperação judicial no campo teórico prático**. Disponível em: Acesso em: 09 fev 2015.

SOUZA, Leandro Luiz Cunha. **Função Social da Empresa, Recuperação Judicial e Extrajudicial**. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/K222736.pdf>. Acesso em: 09 fev 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento** / Coordenação Luiz Rodrigues Wambier. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NOTAS:

[1]Apelido citado por Modesto Carvalhosa (in, Folha de São Paulo, 09 de junho de 2005).

[2]**Art. 47. Lei 11.101/05** A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

[3]COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à Nova Lei de Falências**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

[4]**Art. 61 Lei 11.101/05** Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.

[5]CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119

[6]COSTA, Ricardo Brito. **Recuperação Judicial: é possível o litisconsórcio ativo?** Revista do Advogado, São Paulo, n. 105, p. 174-183, Setembro de 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 182.

[7]SALOMÃO, Luis Felipe e SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 10.

[8] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012. 13ª ed.

[9] **Art. 955 CC** Procede-se à declaração de insolvência toda vez que as dívidas excedam à importância dos bens do devedor.

[10] LACERDA, J. C. Sampaio de. **Manual de direito falimentar**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 26.

[11] GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. **Recuperação Judicial de Empresas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 38.

[12] PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação Judicial de Empresas: Caracterização, Avanços e Limites**. Revista Direito GV 3. V. 2 N. 1, P. 151 – 166. Jan-Jun 2006.

[13] **Art. 48 Lei 11.101.05** Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

[14] **Art. 51 Lei 11.101/05** A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:

I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;

II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

a) balanço patrimonial;

b) demonstração de resultados acumulados;

c) demonstração do resultado desde o último exercício social;

d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;

III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;

IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o

correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;

V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;

VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;

VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;

VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;

IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

[15] **TJSP**, AI nº 601.314-4/0-00 rel. Des. Lino Machado. Data do Julgamento: 04/03/2009. Câmara Reservada à Falência e Recuperação Judicial.

[16] **COELHO**, Fábio Ulhoa. **Comentários a Lei de Falência e de Recuperação de Empresas**. São Paulo: Saraiva, 2010. 7ª ed. p. 186-187.

[17] **SALOMÃO**, Luis Felipe. **Recuperação Judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 7.

[18] **COELHO**, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012. 13ª ed. p. 158.

[19] **Art. 53 Lei 11.101/05** O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter:

I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo;

II – demonstração de sua viabilidade econômica; e

III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

[20] **ARNOLDI**, Paulo Roberto Colombo. **Balanço do primeiro ano de vigência da nova lei de recuperação brasileira – Lei n. 11.101/05: Êxitos e preocupações quanto à solução da crise econômica financeira**. 2006, Jornadas de Derecho Comercial.

[21] **Art. 6º Lei 11.101/05** A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

[22] JR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil – Teorial Geral do processo e processo de conhecimento**. Bahia: Jus Podvim, 2007. 8ª ed. p. 275.

[23] **Art. 46 CPC** Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;

II - os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito;

III - entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir;

IV - ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.

[24] WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento** / Coordenação Luiz Rodrigues Wambier. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 231.

[25] CINTRA, A. C. de A. DINAMACO, C. R; GRINOVER, A. P. **Teoria Geral do Processo**. 26 ed. São Paulo; Malheiros, 2010. p. 79.

[26] DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2009. 12ª ed. p. 130.

[27] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil – Volume II**. São Paulo: Malheiros, 2001.

[28] JR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil – Teorial Geral do processo e processo de conhecimento**. Bahia: Jus Podvim, 2007. 8ª ed. p. 280.

[29] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. São Paulo: Malheiros, 1998. 5ª ed. p. 390-391.

[30] ASSIS, Araken de. **Cumulação de Ações**. São Paulo: RT, 2002. 4ª ed. p. 190.

[31] **TJSP**. AI nº 2094999-86.2015.8.26.0000. Des. Relator Carlos Alberto Garbi. Data de Julgamento 18/05/2015. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.

[32] REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, V.2, 2003. p. 290

[33] COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p 364.

[34] CARVALHOSA, Modesto. **Sociedade Holding – bens excluídos do giro dos seus negócios**. Revista de Direito Mercantil, n.2, 1971, p.37-38

[35] **Art. 243 Lei 6404/76** § 1º São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa.

§ 5º É presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la

[36] **Art. 243 § 2º Lei 6404/76** Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

[37] **Art. 265 Lei 6404/76** A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.
§ 1º A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira, e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.

[38] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. São Paulo: Malheiros, 1998. 5ª ed. p. 88-90.

[39] COSTA, Ricardo Brito. **Recuperação judicial: é possível o litisconsórcio ativo?** In: *Revista do Advogado – Recuperação Judicial: temas polêmicos*. Ano XXIX. nº 105. São Paulo: AASP. Setembro de 2009. p. 180.

[40] Processo nº 2005.001.072887-7. 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro/RJ. Juiz titular: Luiz Roberto Ayoub.

[41] Processo nº 0000632-23.2014.8.26.0394. 2ª Vara Judicial de Nova Odessa/SP.

[42]TJSP. AI nº 2094999-86.2015.8.26.0000. Des. Relator: Carlos Alberto Garbi. Data de Julgamento: 31/08/2015. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.

[43]TJRS. AI nº 70049024144.Des. Relator:GelsonRolim Stocker. Data de Julgamento: 25/07/2012. 5ª CâmaraCível.

[44]COSTA, Ricardo Brito. **Recuperação judicial: é possível o litisconsórcio ativo?** In: *Revista do Advogado – Recuperação Judicial: temas polêmicos*. Ano XXIX. nº 105. São Paulo: AASP. Setembro de 2009. p. 180.

[45]TJSP, Alnº6453304400. Relator. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças. Data do Julgamento: 15/09/2009.Câmara Reservada à Falência e Recuperação.

[46]TJSP. Apelação sem Revisãoº6252064200. Relator Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças. Data do Julgamento 09.06.2009.Câmara Reservada à Falência e Recuperação.

[47]STJ - CC 116.743-MG, Rel. Min. Raul Araújo, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, Data do Julgamento: 10/10/2012.

[48]STJ - 68.173 - SP (2006/0176543-8),, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Data do Julgamento: 14/03/2011.

[49]Apelação sem revisão nº 0504643-48.2014.8.19.0001 do TJRJ.4ª Vara Empresarial.

[50]TJSP. AI nº 21161305420148260000. Relator Des. Tasso Duarte de Melo. Data do Julgamento: 13/11/2014. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.

[51]TJRS. AI nº 70062985171. Relator Des. Ney Wiedemann Neto.Data do Julgamento: 28/05/2015. 6ª CâmaraCível.

[52]TJMG. AI nº 10024133086082001. Relator Des. Fernando Caldeira Brant. Data do Julgamento: 06/02/2014. 5ª CâmaraCível.

[53]TJRJ. Apelação sem revisão nº 0504643-48.2014.8.19.0001. 4ª Vara Empresarial.

[54]TJSP. Agravo de Instrumento nº 2215135-49.2014.8.26.0000. Relator Des. Teixeira Leite. Data do julgamento: 10/04/2015. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.

[55]CAVALLI, Cássio; AYOUB, Luiz Roberto. **A construção jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 288.

[56]TJRS. AI nº 70062985171. Relator Des. Ney Wiedemann Neto. Data do Julgamento: 28/05/2015. 6ª Câmara Cível.

[57]Art. 191CPC Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos.

[58]Recurso Especial nº 1.324.399 – SP (2012/0102789-3). Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

DIREITO RELIGIOSO: LIBERDADE RELIGIOSA E LIMITES INTERNOS

HELOISA PESSOA TELES DE OLIVEIRA:

Servidora Pública formado pela Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Pós-graduado em Direito Civil e Empresarial pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a possibilidade das entidades religiosas proibirem o uso de certas vestimentas em seu ambiente interno, contrapondo com a ideia de Estado laico e liberdade religiosa, trazendo, ainda, discussões no âmbito doutrinárias.

Palavras-chave: Direito Religioso. Proibições de certas vestimentas. Estado Laico. Liberdade Religiosa.

Sumário: Resumo. 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 3. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Trata-se o presente artigo de um estudo acerca da possibilidade das organizações religiosas proibirem o uso de certas vestimentas em seu ambiente interno. Como restará demonstrado mediante uma análise sistemática do Código Civil, é possível o exercício da liberdade organizacional das entidades religiosas, por regulamentos próprios, baseados pelos dogmas e costumes religiosos. Neste sentido, as questões que se colocam são: O que é liberdade religiosa? É possível a restrição pelas entidades religiosas do uso de certas vestimentas em seu ambiente interno? Em caso positivo, há necessidade de afixar as normas de limitação ao uso de trajes que não condizem aos costumes da entidade na entrada da entidade? São essas o objeto de estudo deste artigo. Ao final, buscaremos construir uma conclusão sobre a temática.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 LIBERDADE RELIGIOSA E ORGANIZACIONAL DAS ENTIDADES RELIGIOSAS

Consoante o art.5º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe: *“é inviolável a liberdade de consciência e crença,*

sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”, verifica-se que a nossa Lei Maior consagrou a liberdade religiosa, prescrevendo que o Brasil é um país laico. Na verdade, a liberdade de religião nada mais é que um desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação.

Por sua vez, o inciso I do art. 19 da Carta Maior, determina a neutralidade do Estado, no sentido de não subvencionar ou não adotar cultos religiosos, bem como não embaraçar-lhes o funcionamento, proibindo qualquer dependência ou aliança entre os cultos e seus representantes, ressalvando, apenas, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

Assim, da análise dos dispositivos acima, verifica-se, com segurança, a adoção, no Brasil, da separação entre Estado e Religião, já que, apesar de admitir os cultos religiosos, determina a sua neutralidade.

A liberdade de crença e de culto no Brasil permitiu a constituição de organizações religiosas que funcionam como pessoa jurídica de direito privado, nos termos do art.44, inciso IV do Código Civil, sendo assegurado, ainda, em seu § 1º, a livre criação, organização, estruturação interna e funcionamento destas. Veja-se:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I – as associações;

II – as sociedades;

III – as fundações.

IV – as organizações religiosas; (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003);

V – os partidos políticos. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003).

§ 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das

organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

Criou-se, portanto, a figura de uma verdadeira instituição religiosa, que, com respaldo legal, pode promover sua gerência e organização de forma totalmente individualizada, com base nos seus princípios, doutrina e visão.

Neste sentido, com a alteração do Código Civil, promovida pela Lei nº.10.825, de 22 de dezembro de 2003, não há mais a obrigatoriedade das Igrejas terem que estabelecer seus ordenamentos e sua forma de organização com base nas diretrizes elencadas nos artigos 53 a 61 do Código Civil, já que deixaram de ser meras Associações. Isto significa que as Igrejas podem ser constituídas e organizadas de forma extremamente específica, mediante estatuto social e regulamento interno próprio, garantindo a verdadeira liberdade religiosa apregoada em nossa Carta Magna.

Sobre a liberdade organizacional e o regimento interno das organizações religiosas, Dr. Gilberto Garcia^[1], em palestra promovida no STF sobre o tema “Direito Religioso”, esclarece que “*o regimento interno deve ser elaborado de acordo com a natureza da entidade, de seu caráter, fisionomia, de seus objetivos e do 'carisma' que a tonifica, que a impulsiona a promover a coletividade, pois cada entidade é um ser que possui suas próprias características, peculiaridades e dificuldades.*”

Diante disso, as organizações religiosas podem, conforme previsão no regimento interno próprio, dispor sobre as regras organizacionais do estabelecimento de forma livre, não podendo o Estado interferir, salvo se atentarem contra a ordem jurídica vigente, nas imposições da referida entidade religiosa, por apresentarem caráter *interna corporis*.

Como reflexo desse questionamento, frequentemente o judiciário é instado a se manifestar sobre o tema. Em pesquisa jurisprudencial, constata-se a unicidade de posicionamento dos nossos tribunais estaduais no sentido de vedar o Estado a interferir em questões *interna corporis* previstas nos regulamentos internos das organizações religiosas, quando não afrontem direitos constitucionais. Veja-se, por exemplo, os arestos seguintes, da lavra dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Espírito Santo:

“(...) Desde 1889, com o advento da república, o Estado brasileiro passou a ser não confessional (laico ou secular), com o que se separou, de forma definitiva, das organizações religiosas.

Deveras, deve o Estado manter uma neutralidade sob o ponto de vista religioso, o que garante a simetria da liberdade religiosa e a pluralidade das religiões. Sem interferir nas questões relativas ao exercício de seu mister, o atual Código Civil estabelece que são livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, pessoas jurídicas de direito privado (artigo 44, IV, e § 1º, incluídos pela Lei nº 10.825/03).

Considerando, portanto, a liberdade de auto-organização que lhes confere o ordenamento jurídico, não há meios de o Estado – ainda que por intermédio do Poder Judiciário – interferir nas questões interna corporis, quando não se constata a violação de direitos consagrados constitucionalmente. (...) (TJSP, Processo Nº 0000054-30.2011.8.26.0244, Guilherme Henrique dos Santos Martins, 22/09/2011)

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL - CONVENÇÃO – AÇÃO DE

ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO CUMULADA COM DESFAZIMENTO DE CONSTRUÇÃO – CONFLITO ENTRE IGREJAS EVANGÉLICAS ASSEMBLEIA DE DEUS – CONFLITO ENTRE CO-IRMAO - SOLUÇÃO PREVISTA NO ESTATUTO – MATÉRIA INTER NA CORPORIS - INSTANCIAS ADMINISTRATIVAS NÃO ESGOTADAS-DESCONSTITUIÇÃO DE ATOS – IMPOSSIBILIDADE – APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1.- ESTANDO PREVISTO NO ESTATUTO DAS IGREJAS EVANGÉLICAS A SOLUÇÃO PARA O CONFLITO ENTRE CO-IRMÃOS, NÃO PODERÃO RECORRER A JUSTIÇA ANTES DE ESGOTAR TODAS AS INSTANCIAS ADMINISTRATIVAS.

2.- TRATA-SE DE ASSUNTO "INTERNA CORPORIS", CABENDO A JUSTIÇA ACATAR NORMAS ESTATUTÁRIAS DAS REFERIDAS CONVENÇÕES, NÃO PODENDO ASSIM DESCONSTITUIR ATOS DE CRIAÇÃO DE IGREJA QUE NÃO ERAM DE SUA COMPETÊNCIA.

3.- CONHECE-SE DA APELAÇÃO, DANDO-LHE PROVIMENTO E JULGA-SE IMPROCEDENTE O PEDIDO. (TJES, AC 48930012256 ES 048930012256, Orgão Julgador PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Publicação 01/10/2006, Relator ARIONE VASCONCELOS RIBEIRO).

Doutra Sorte, a Corte Superior de Justiça também já teve a oportunidade de se pronunciar sobre o tema, na ocasião em que Dr. Edson Vidigal, ex presidente do Superior Tribunal de Justiça, declarou na mídia nacional que: *“O Estado brasileiro não pode interferir em normas internas da igreja, porque é laico, não tem religião.”*^[2] O comentário do ex Ministro surgiu em decorrência de um caso em que o judiciário interveio numa questão “interna corporis” da Organização Religiosa, determinando a

realização de cerimônia de casamento de um membro, que não atendia aos preceitos religiosos com relação ao pacto divino que é o casamento.

Desse modo, assenta-se a jurisprudência na impossibilidade do Estado interferir em assuntos internos, de cunho meramente organizacional e estrutural de uma organização religiosa.

E, sendo a mera limitação do uso de certas vestimentas no local, onde se pratica a religião, questão *interna corporis*, precisa ser enxergada sob a ótica da liberdade organizacional da entidade religiosa, não sendo capaz de contrariar a ordem jurídica vigente, sobretudo, por se tratar de um ato regulamentar e interno da organização religiosa que, diante dos seus dogmas e costumes, impõem o traje adequado ao bom andamento e funcionamento da prática e do respeito religioso *in loco*.

Sendo assim, entende-se ser possível um ente privado religioso estabelecer normas comuns de vestimentas para o ingresso no local.

2.2 Necessidade de haver um comunicado afixado na entrada do estabelecimento quanto às vestimentas ou se poderia a conduta de proibição se valer de regras de costumes e do padrão médio de moralidade da sociedade.

A resposta a tal questionamento perpassa necessariamente pela temática da aplicação, ou não, das regras consumeristas à prestação de um serviço espiritual.

O Art. 3º, do CDC, define fornecedor como sendo *toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*

Por sua vez, o art. 3º, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, conceitua serviço como sendo: *qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.*

Por outro lado, o mesmo regramento legal, no seu art. 6º, III, estabelece como direito básico do consumidor a informação clara e adequada sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem. *In verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012)

Dos dispositivos legais mencionados, podemos inferir que o direito à informação previsto acima deve ser aplicado a toda relação consumerista em que o prestador de serviço ou produto se encaixe no conceito de fornecedor do art. 3º do CDC, bem como, que os seus serviços sejam remunerados de acordo com o §2º do mesmo regramento.

Em se tratando de entidade filantrópica ou religiosa que não visa lucro, isto é, não cobre do usuário qualquer importância vinculada à prestação do fornecimento de serviço ou produto, entendemos que esta não pode ser considerada fornecedora de serviços, nos termos do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. Isso porque, em tese, não há contraprestação entre o serviço religioso prestado por tais entidades e uma remuneração vinculada e obrigatória paga pelos seus fiéis.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Paraná decidiu que, em regra, as entidades religiosas, quando exercem suas atividades institucionais não devem ser consideradas fornecedoras para fins do Direito do Consumidor. Veja-se:

RECURSO INOMINADO - AÇÃO DE DANOS
MORAIS E MATERIAIS - FURTO DE VEÍCULO
EM ESTACIONAMENTO DE IGREJA ?

INEXISTÊNCIA DO DEVER DE GUARDA ? NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CONTRATO DE DEPÓSITO ? AUSÊNCIA DE LUCRO, AINDA QUE INDIRETO ? NÃO SE PODE EQUIPARAR O OFERECIMENTO GRATUITO DE VAGAS DE ESTACIONAMENTO, POR TEMPLO RELIGIOSO, À RELAÇÃO DE CONSUMO EXISTENTE COM SHOPPING CENTERS, FARMÁCIAS, SUPERMERCADOS E LANCHONETES, INEXISTINDO O DEVER DE GUARDA. **EM REGRA, AS ENTIDADES RELIGIOSAS, NO EXERCÍCIO DE SUAS ATIVIDADES INSTITUCIONAIS, NÃO SE CARACTERIZAM COMO FORNECEDORAS. ENTIDADE FILANTRÓPICA. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR. CONDENAÇÃO AFASTADA - SENTENÇA REFORMADA.**

Recurso conhecido e provido. Ante o exposto, esta Turma Recursal resolve, por maioria, conhecer e dar provimento ao recurso interposto, nos exatos termos deste vot (TJPR - 1ª Turma Recursal - 0010300-34.2014.8.16.0026/0 - Campo Largo - Rel.: Fernando Swain Ganem - Rel.Desig. p/ o Acórdão: Aldemar Sternadt - - J. 02.02.2016)

Portanto, tem-se que a natureza filantrópica e voluntária das entidades religiosas afastam a existência de uma relação contratual permeada por normas relativas à relação de consumo entre a igreja e os seus fiéis, não se aplicando, portanto, as normas consumeristas às relações dogmáticas religiosas.

Sendo assim, entende-se que uma igreja com fins filantrópicos não é obrigada a afixar em seu ambiente interno normas de limitação ao uso de trajes que não condizem aos costumes da entidade. No entanto, nada impede que o faça, como forma de definição de padrão comportamental que entenda ser relevante e em respeito aos seus fiéis.

3 CONCLUSÃO

Em face do exposto, o art. 44, IV, do CC, possibilita o exercício da liberdade organizacional das entidades religiosas, por regulamentos próprios, baseados pelos dogmas e costumes religiosos. Nessa perspectiva, as entidades religiosas podem estabelecer suas normas internas organizacionais de forma livre, desde que não violem o ordenamento jurídico vigente.

Da mesma forma, acrescenta-se que nenhuma pessoa é obrigada a permanecer em uma entidade religiosa quando não concorde com suas regras e dogmas, tendo total liberdade de buscar outra que se aproxime dos seus ideais religiosos e morais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil, Processo Civil, Penal e Processo Penal. In Vade Mecum compacto. 3. ed. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

CIFUENTES, R.L. Relações entre a Igreja e o Estado. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989.

GARCIA, Gilberto. ESTADO LAICO: FUNDAMENTO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Em: <http://www.institutojetro.com/artigos/legislacao-e-direito/estado-laicofundamento-da-republica-federativa-do-brasil.html>. Publicado em 05.09.2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

SORIANO, Aldir. Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPIRITO SANTO, AC 48930012256 ES 048930012256. Órgão Julgador PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, DJ. 01/10/2006.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. 1ª Turma Recursal. 0010300-34.2014.8.16.0026/0 - Campo Largo - Relator: Fernando Swain Ganem. DJ. 02.02.2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, Processo Nº 0000054-30.2011.8.26.0244. Guilherme Henrique dos Santos Martins, DJ. 22/09/201.

NOTAS:

[1] *Advogado, Pós-Graduado e Mestre em Direito. Especialista em Direito Religioso, Professor Universitário e Membro do IAB - Instituto dos Advogados Brasileiros. Autor dos Livros: "O Novo Código Civil e as Igrejas", "O Direito Nosso de Cada Dia", Editora Vida, e, "Novo Direito Associativo", e, Co-Autor na Obra-Coletiva: "Questões Controvertidas - Parte Geral do Código Civil", Editora Método, e, do DVD-"Implicações Tributárias das Igrejas", Editora CPAD.*

[2] GARCIA, Gilberto. ESTADO LAICO: FUNDAMENTO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Em: <http://www.institutojetro.com/artigos/legislacao-e-direito/estado-laicofundamento-da-republica-federativa-do-brasil.html>. Publicado em 05.09.2016. Acesso em: 09 de maio de 2017.

PRINCÍPIOS CONCEITUAIS DO DIREITO ALFANDEGÁRIO (ADUANEIRO) INTERNACIONAL

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 artigo possui como objetivo precípuo apresentar ao leitor os conceitos fundamentais do Direito Alfandegário (Aduaneiro) Internacional. Para tanto, o trabalho posto está alicerçado através do método de pesquisa bibliográfica a fim de atentar e atender aos respectivos objetivos a qual se destina.

Palavras-chave: Direito Alfandegário (Aduaneiro) Internacional, Direito Internacional, Direito Público Internacional.

Abstract: The purpose of this article is to present the reader with the fundamental concepts of International Customs Law. In order to do so, the work put in place is based on the method of bibliographical research in order to attenuate and meet the respective objectives for which it is intended.

Keywords: International Customs Law, International Law, International Public Law.

Introdução

O sistema econômico de qualquer país tem como componente de extrema relevância o intercâmbio comercial de mercadorias, e , também, em determinados casos de serviços, p.ex., comunicações.

Em relação as mercadorias, produtos físicos, móveis, que adentram ou saiam do território fronteiriço de determinado país é controlado por determinada instituição, denominada Alfândega.

Por seu turno, a Alfândega não restringe seu controle única e exclusivamente a entrada e saída de mercadorias, mas, também, aos estágios de cabotagem, transbordo e depósito. Sendo assim, o Direito Alfandegário ou Aduaneiro, como denominado por diversos doutrinadores, é um ramo do ordenamento jurídico de determinado país que normatiza e regulamenta este processo, bem como o regime de infrações. Como dito, o controle alfandegário se dá sobre mercadorias e não sobre serviços que são controlados por outros ramos de acordo com a legislação vigente em determinado Estado.

A definição de Direito Alfandegário apresentada no dicionário de Comércio e Alfândegas de 2001 é apresentada da seguinte maneira:

O conjunto de normas que regulamentam a atividade e ação alfandegária dos importadores, exportadores, transportadores, consolidadores, agentes, funcionários e de todas aquelas pessoas ou organizações vinculadas às operações com mercadorias através das fronteiras, águas territoriais e espaço aéreo.

Diversos doutrinadores apresentam suas respectivas definições sobre o Direito Alfandegário, como exemplo, Carvajal Contreras que assim a apresenta:

O Direito Alfandegário, é o conjunto de normas jurídicas que regulamentam, por meio de uma entidade administrativa, as atividades ou funções do Estado em relação ao comércio exterior de mercadorias que entrem ou saiam em seus diferentes

regimes ao ou do território alfandegário, assim como dos meios e trâfegos em que se conduzam e as pessoas que intervêm em qualquer fase da atividade ou que violem as disposições jurídicas.^[1]

Por sua vez, Mario Di Lorenzo expõe a seguinte definição, quanto ao Direito Alfandegário:

O conjunto de normas que disciplina e condiciona a passagem das coisas pelas águas jurisdicionais e através das fronteiras, assim como seu depósito no território do Estado, em relação à sua procedência (nacional ou estrangeira), com o destino alfandegário que os proprietários decernanlaram para tais coisas, com as obrigações, limitações e controle impostos pela tutela dos diferentes interesses públicos.^[2]

O Argentino Pedro Lálanne Fernández define Direito Alfandegário com a seguinte perspectiva:

As normas legais e regulamentares que determinam o regime fiscal ao qual devem submeter-se os importadores, exportadores, agentes marítimos, despachantes de alfândegas e, em geral, quem realize operações com mercadorias através das fronteiras da República, pelas vias marítimas, aéreas, terrestres e postais.^[3]

O brasileiro Maxsoel Bastos de Freitas de maneira sucinta define o Direito Alfandegário (Aduaneiro): “O *Direito Aduaneiro é um conjunto de normas e princípios que regulamentam juridicamente a política aduaneira, com a intervenção pública no intercâmbio internacional de mercadorias, formando um sistema que possibilita o controle a criação de barreiras com finalidades públicas*”.^[4]

Diante das definições ora apresentadas, as quais devemos ressaltar que obedecem critérios nacionais de Direito Alfandegário, com isto apresentamos a seguinte definição quanto ao ramo do Direito *a quo*:

Conjunto de normas jurídicas que regulamentam o intercâmbio fronteiriço de mercadorias, seu regime e tarifa aplicável, bem como as respectivas obrigações dos sujeitos atores no processo, sendo, portanto a expressão da relação do Estado com a atividade de importação ou exportação que realiza.

Todavia, ao tratarmos do Direito Alfandegário Internacional devemos no ater que referem-se a normas supranacionais, ou seja, normas que homogenizam a fim de equalizar o processo das operações e atividades alfandegárias e, por consequência, o tráfego de mercadorias entre os Estados.

Destarte, temos que o Direito Alfandegário Internacional é o conjunto de normas emanadas por convenções ou tratados internacionais, que obrigam os países signatários ao cumprimento das respectivas normas. Com isto, evidenciando uma relação comercial internacional e todos os fatores, dentre os quais a Alfândega.

Tais normas, resultantes do Direito Internacional Público, o qual nutre a integração econômica entre os Estados soberanos. A produção normativa da Organização Mundial do Comércio (OMC), bem como da Organização Mundial de Alfândegas, formatam o Direito Alfandegário Internacional, outorgando, portanto, atrativos especiais além dos limites fronteiriços de cada Estado, sendo um direito supranacional, cede a estes Estados soberanos a adoção de procedimentos, criação de comitês, órgãos de consulta, dentre outros.

1. Natureza Jurídica do Direito Alfandegário

No que tange a natureza jurídica do Direito Alfandegário existe divergência dentre os doutrinadores, para alguns o Direito Alfandegário é parte do Direito Tributário ou Financeiro, como exemplo, Rivas H. (2001), afirma que o Direito alfandegário detém um objeto tributário, não constituindo qualquer partição com o Direito Administrativo. Contudo, estes

estão intimamente vinculados, posto que, as normas regulamentares dos tributos estão paralelamente regidos pela atividade dos órgãos de administração fiscal, ou seja, de natureza administrativa.

De acordo com a visão de Lalanne há determinada relatividade, entre Direito Tributário ou Financeiro e o Direito Administrativo, provenientes das próprias características do Direito Alfandegário. Conforme o autor em questão “*para determinar a natureza e o alcance das normas do Direito Alfandegário, é importante precisar o maior ou menor grau de sua dependência aos ramos do Direito Administrativo*”.^[5]

Carvajal (2009), por seu turno, compreende que o Direito Alfandegário é Direito Público, visto que na relação jurídica o sujeito central é o Estado, sendo suas disposições de caráter público não podendo sofrer alterações por particulares. A natureza de suas normas faz parte de respectiva integração e subordinação jurídico, pela qual existe legislação específica regulamentadora relacionada a este Direito.

Rosaldo Trevisan de maneira objetiva destaca:

[...]não merece prosperar a argumentação de que o Direito Aduaneiro é mero subconjunto do Direito Tributário, regulamentando os tributos incidentes sobre o comércio exterior. O Direito Aduaneiro vai além do viés tributário, abarcando as atividades de controle e fiscalização do comércio exterior (haja ou não tributos a recolher), inclusive no que se refere às restrições não-tarifárias e a direitos antidumping.^[6]

Face ao exposto, afirmamos que o Direito Alfandegário é Direito Público, visto que, o sujeito essencial da relação jurídica é o Estado, sendo assim, de caráter público e defeso variação por particulares. Portanto, seu cumprimento comprometesse ao interesse público.

2. Características do Direito Alfandegário Internacional

As características do Direito Alfandegário são derivadas, em grande parte, de sua própria natureza, já que, é público, autônomo e de ordem pública.

Caracteriza-se como público devido as regras taxativas, imperativas, as quais não podem sofrer renúncia através de acordo privado ou mediante autonomia de vontade. De ordem pública, pois as normas alfandegárias tutelam interesses coletivos, desta forma, vislumbram o interesse público, ou, neste caso, da comunidade internacional.

3. Fontes do Direito Alfandegário Internacional

De acordo com os conhecimentos de Teoria do Estado e do Direito, torna-se evidente a indissolubilidade do Direito ao Estado, visto que, as fontes do Direito são resultantes do poder Estatal.

As fontes do Direito Alfandegário Internacional são históricas, materiais e formais. As fontes históricas contemplam o conhecimento histórico do Direito. As fontes materiais, por sua vez, caracterizam-se pelas relações sociais, as quais servem de conteúdo ao ordenamento jurídico, da mesma forma, apresenta-se a estrutura econômica.

No que tange as fontes formais são as normas do direito, concretizada em regras de cunho obrigatório. São três as principais fontes formais do Direito: o costume jurídico; o direito precedente; e o ato normativo.

O costume jurídico caracteriza-se pela conduta reiterada através do tempo e plenamente aceita pelo consenso popular. Tem por requisitos a repetição de caráter tradicional dos atos. Diante do desenvolvimento social acelerado há certa diminuição em relação a sua posição no sistema geral do direito. Vale ressaltar, por exemplo, o Direito Comercial ou Empresarial, onde o direito consuetudinário apresenta uma ampliação como forma no sistema de direito, constituindo quase que a única fonte formal do Direito Marítimo.

Por seu turno, o direito precedente refere-se a concessão de força de norma jurídica à decisão de um órgão judicial do Estado a respeito de

determinado assunto - Jurisprudência. Já o ato normativo se dá quando o Estado estabelece preceitos de caráter geral, com intuito de regulamentar as relações sociais, sendo a lei o principal ato normativo, fonte principal do Direito.

Diante o exposto o Direito Alfandegário é produzido e nutrido pelas seguintes fontes do Direito: a lei; e as disposições administrativas.

A Lei, caráter imperativo, é a fonte principal que rege a atividade alfandegária, ou seja, todas as disposições emanadas pelo Estado que integram o ordenamento jurídico alfandegário, independentemente de hierarquia (leis, decretos, dentre outros). Tais normas em questão aplicar-se-ão às atividade alfandegárias, portanto, referem-se às importações, exportações, meios de transporte utilizados, armazenamento, bem como sujeitos que intervenham nas atividades alfandegárias.

Quanto as disposições administrativas, esta se dá através do cumprimento das funções da Administração Pública através de fatos ou atos normativos. No entanto, no que tange o Direito Alfandegário Internacional, a gama normativa é elevada ao âmbito supranacional, destarte, não podendo deixar de fazer menção a tratados ou convenções internacionais dos quais o Estado seja signatário.

3.1. Classificação quanto a procedência da norma

Classificaremos as fontes das normas de Direito Alfandegário Internacional como Internas e Externas.

As fontes internas são provenientes de Tratados Internacionais entre determinados países a fim de regulamentar suas relações econômicas, p.ex., Mercosul. Como fontes externas temos os tratados multilaterais, principalmente o GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio) – OMC (Organização Mundial do Comércio) e o Conselho de Cooperação Alfandegária, sucedido, em 1994, pela OMA.

A seguir apresentamos alguns elementos de Direito Alfandegário fundamentados em normas do GATT – OMC: Código de avaliação em

alfândega; Código antidumping e anti subvenção; Acordo sobre obstáculos técnicos ao comércio; Acordo sobre comércio de aeronaves civis; Acordo sobre produtos lácteos; e Acordo sobre compras do setor público.

4. Principais institutos do Direito Alfandegário

O intercâmbio de mercadorias, através do comércio internacional, entre os Estados visa atender as necessidades humanas e sociais de cada país. Quando existe a demanda de compra e há a oferta de determinada mercadoria ocorrerá a respectiva transação comercial, a qual envolverá a Alfândega, pois tratar-se-á de importação (entrada) e exportação (saída).

Conforme os ensinamentos de Basaldúa (2000), são pressupostos comuns em todas as legislações alfandegárias os elementos: mercadoria; território alfandegário; importação e exportação.

4.1. Território Alfandegário

Território alfandegário refere-se ao limite territorial de soberania do Estado, donde é aplicado determinado sistema tarifário e de proibições de caráter econômico às importações e exportações.

Disposto no artigo XXIV do GATT tem-se definido território alfandegário da seguinte maneira: *“A efeitos do presente Acordo, entende-se por território alfandegário todo território que aplique uma tarifa distinta ou outras regulamentações comerciais diferentes a uma parte substancial de seu comércio com outros territórios”*.

Por seu turno, o conceito exposto pelo Conselho de Cooperação Alfandegária, é o seguinte: *“O território no qual as disposições da legislação alfandegária de um Estado são plenamente aplicáveis”*. Esclarecendo em nota posterior: *“Como deve ser geral, o território alfandegário de um Estado corresponde ao seu território nacional, continente do espaço terrestre, marítimo e aéreo”*.

Referente ao sistema tarifário este caracterizar-se-á pelo conjunto de normas tributárias aplicáveis às atividade de importação, exportação, bem como, em relação ao tipo de mercadoria.

As proibições tem critério estabelecido por cada Estado, em virtude das legislação vigente no respectivo país, as quais definem que produtos poderão ou não ser importados ou exportados. As proibições podem se dar de duas maneiras, segundo a finalidade e pelo alcance.

4.1.1. Classificação das proibições

Como visto inicialmente as proibições podem se dar segundo a finalidade, este critério subdivide-se em econômicas e não econômicas. Econômicas são as proibições estabelecidas com a finalidade de: assegurar a adequada entrada de trabalho nacional ou combater o desemprego; proteger direitos da propriedade intelectual, industrial ou comercial; promover, proteger ou conservar atividades nacionais produtivas de bens ou serviços; estabilização de preços internos; atendimento a necessidade das finanças públicas; dentre outras. As não econômicas são estabelecidas por: política internacional; segurança pública ou defesa nacional; saúde pública; política alimentar; saúde animal ou vegetal; conservação de espécies vegetais e animais; proteção de patrimônio artístico, histórico, arqueológico ou científico; preservação do meio ambiente, conservação dos recursos naturais; e prevenção da poluição e contaminação.

O critério de proibições em relação ao alcance, subdivide-se em absoluto ou relativo. Absoluto caracterizar-se-á às proibições que impedem importação de determinada mercadoria por qualquer pessoa, p.ex., espécies de fauna protegidas. O relativo prevê exceções a favor de uma ou várias pessoas, p.ex.; psicotrópicos.

4.2. Mercadorias

À luz do Direito Alfandegário Internacional, o termo mercadoria exige uma definição precisa.

Para Carlos Anabalón Ramirez a definição de mercadoria é: *“Todos os produtos e bens corporais móveis, sem algum exceção”*.^[7]

Ricardo Basaldúa, por sua vez, define o termo conforme segue: “A palavra ‘mercadoria’ designa qualquer objeto suscetível de ser deslocado de um território a outro”.^[8]

Diate do exposto, definiremos mercadoria como: bem móvel tangível, o qual é objeto de transação comercial.

4.2.1. Classificação das mercadorias

As mercadorias podem ser classificadas em cinco grupos distintos: por sua origem; por seus requisitos; pelo pagamento de impostos; por seu regime alfandegário; e por seu lugar de destino.

Em relação a origem esta é subclassificada em: nacionais (que se sejam produzidas ou manufaturadas com matérias-primas nacionais ou nacionalizadas); nacionalizadas (sendo estrangeiras, tiveram por satisfeitos os requisitos necessários, bem como tenham pago os tributos referentes a importação, destarte, integram a circulação e consumo no país); estrangeiras (provenientes do estrangeiro e não foram nacionalizadas, ou seja, não atenderam os requisitos ou ainda não arcaram com os respectivos tributos de importação); e comunitárias (mercadorias, as quais procedem de uma zona de integração alfandegária ou econômica).

No que se refere aos requisitos estes são subdivididos em quatro espécies: livres (mercadorias que não requerem requisitos especiais para importação ou exportação); restritas (tais mercadorias necessitam de determinada licença prévia, concedida por autoridade competente, para que se efetue a transação de importação ou exportação); regulamentadas (refere-se as mercadorias que dependem de autorização ou que devam cumprir certos requisitos e condições para que ocorra a importação ou exportação); e proibidas (são mercadorias que em nenhuma hipótese podem ser objeto de transação comercial exterior).

Por seu turno, o pagamento de impostos, este é composto por duas classes: isentas (mercadorias as quais não lhe são atribuídos impostos); e oneradas (mercadorias sujeitas ao respectivo recolhimento de impostos).

Quanto a classificação por seu regime alfandegário, esta compreende quatro grupos: de importação (mercadorias introduzidas em determinado território alfandegário); de exportação (mercadorias retiradas de determinado território alfandegário); de trânsito (mercadorias em circulação no respectivo território alfandegário); e em depósito (mercadorias armazenadas, nos denominados armazéns gerais de depósitos).

Por fim, no que tange o seu lugar de destino apresentar-se-á de três maneiras distintas: região fronteira (o destino da mercadoria são as denominadas zonas de redução alfandegária); faixa fronteira (a mercadoria tem por destino a faixa paralela ao limite fronteira, ou seja, vinte quilômetros paralelos às linhas divisórias internacionais); e zonas oneradas (a mercadoria tem por destino qualquer parte do território nacional, salvo regiões e faixas fronteiras).

5. Alfândega (importação e exportação)

Ao tratarmos de Alfândegas é costumeiro que leitores a concebam como uma determinada barreira física entre dois Estados soberanos, o qual tem por objetivo a retenção de mercadorias com o fim de efetuar a cobrança dos respectivos impostos.

Tal abordagem não condiz com o devido conceito de Alfândega, como podemos observar na Doutrina de Carlos Anabalón Ramírez:

É o organismo estatal encarregado de intervir no tráfego internacional de mercadorias, verificando e fiscalizando sua passagem através das fronteiras do país, aplicando as normas legais e regulamentares relativas à importação, exportação e demais regiões alfandegárias; formando as estatísticas deste tráfego; determinando e percebendo os tributos que o afetam, concedendo as isenções ou franquias que o beneficiam e cumprindo as demais funções que as leis lhe encomendam. [\[9\]](#)

Jorge Witker define alfândega da seguinte maneira: “*É a representação física do Estado nacional e o ponto que separa uma fronteira nacional de outra*”.^[10] Notamos que Jorge Witker apresenta uma conceituação minimalista, impossibilitando ao leitor compreensão conceitual de interesse explicativo aprofundado.

O doutrinador Rafael Bielsa apresenta a seguinte conceituação: “*É o órgão da administração pública que tem por principal (não único) objetivo perceber os direitos fiscais de importação e exportação e fazer cumprir as disposições proibitivas e de regulamentação do comércio internacional*”.^[11]

Diante do exposto, conceituaremos Alfândega como: departamento público com finalidade primária o controle da passagem de mercadorias tanto nacionais, quanto estrangeiras. De sua alçada, também, a verificação dos requisitos legais da referida transação, bem como a liquidação dos respectivos impostos estabelecidos pelo Estado para a importação e exportação sobre determinadas mercadorias.

5.1. Classificação de Alfândega

Grande parte da corrente doutrinária classifica a alfândega em duas espécies: alfândegas principais (habilitadas para as operações de importação, exportação, trânsito, funções fiscais e administrativas das alfândegas subalternas); e alfândegas subalternas (habilitadas somente para a realização de operações alfandegárias na respectiva circunscrição).

Com efeito, tal classificação é cabível de maior abrangência, com intuito de melhor ilustrar ao leitor sobre o tema abordado, sendo assim, classificaremos a alfândega em cinco espécies distintas: alfândega de controle (tem como objetivo o controle da execução das operações alfandegárias, zelando pelo cumprimento do regime pré estabelecido); alfândega de despacho (responsável por despachar as mercadorias declaradas à importação, exportação ou demais regimes alfandegários); alfândega de destino (onde se encerra determinada operação de tráfego); alfândega de entrada (possui jurisdição em determinado território alfandegário, pelo qual adentram mercadorias provenientes do estrangeiro); alfândega de partida (possui a jurisdição para iniciar a

operação de trânsito alfandegário); alfândega de passagem (qualquer alfândega por onde transitem as mercadorias, as quais estão no denominado trânsito alfandegário); alfândega de saída (possui jurisdição em determinado território alfandegário, pelo qual se dá a saída das mercadorias que estavam em trânsito alfandegário); e alfândega interior (escritório de alfândega, o qual não está localizado nos pontos de entrada (importação) e saída (exportação) de mercadorias).

6. Considerações finais

Por certo, em conformidade com o objetivo traçado para este artigo, apresentamos ao leitor princípios conceituais sobre o Direito Alfandegário (Aduaneiro), apresentando questões conceituais sobre o Direito Alfandegário Internacional, bem como sua distinção do Direito Tributário, visto que é um ramo autônomo, porém com estrita ligação tanto ao Direito Tributário quanto ao Direito Administrativo e com isso ao Direito Internacional Público.

Adiante abordamos os principais institutos do Direito Alfandegário, conceitos e classificações.

Desta feita, dispostos os princípios conceituais, cabe ao leitor aprofundamento no respectivo tema, tanto no que tange o Direito Alfandegário do país que esteja estabelecido, bem como ao Direito Alfandegário Internacional, Tratados, Acordos e blocos alfandegários ou econômicos, visto que, tal aprofundamento não se encontra no propósito deste artigo e, tampouco se esgotaria em único artigo deste aporte.

7. Referências bibliográficas

BASALDÚA, Ricardo Xavier. ***Derecho Aduanero. Parte General.*** Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot. 1992.

BIELSA, Rafael. ***Derecho Administrativo.*** Tomo IV. 1955.

BRACCO, Martha Susana.- ***Derecho Administrativo Aduanero.***- 1ra Ed. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2002.

CARLUCI, José Lence. ***Uma Introdução ao Direito Aduaneiro***. São Paulo, Ed. Aduaneiras, 2001.

CARVAJAL, Máximo Contrerás. ***Derecho Aduanero***, 15 ed. corrigida, aumentada e ampliada. México, Editora Porrúa, 2009.

DI LORENZO, Mario. ***Principi de Diritto Doganale***. Nápoles. 1934.

FERNÁNDEZ, Pedro Lalanne. ***Derecho Adanero***. Argentina. Ediciones Hoque De Palma, 1966.

FREITAS, Maxsoel Bastos de. ***O Direito Aduaneiro como Ramo Autônomo do Direito***. Artigo disponível em: . Acesso em 17 de janeiro de 2018.

GALLARDO, Juvenal Miraval.- ***Los Delitos Aduaneros***. Lima-Perú: Editorial Rodhas SAC., 2008.

GODOY, José Eduardo Pimentel de. ***Evolução do sistema aduaneiro***. Disponível em: . Acesso em: 18 jan. 2018.

RAMÍREZ, Carlos Anabalón. ***Apuntes de clases para cursos iberoamericanos de Derecho Aduanero***. México. OEA. 1993.

RAMÍREZ, Carlos Anabalón. ***Control y fiscalización Aduanera al Tráfico Internacional de Mercancias***. México. OEA.

SANDOVAL, Luís Alberto Aguilar.- ***Derecho Tributario Aduanero***. Trujillo-Perú: Editora Normas Legales SAC., 2006.

THORSTENSEN, Vera e JANK, Marcos. ***O Brasil e os Grandes Temas do Comércio Internacional***. Ed.Aduaneiras. São Paulo,2001.

TREVISAN, Rosaldo. ***Atuação Estatal no Comércio Exterior Em Seus Aspectos Tributário e Aduaneiro***. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-PR. 2008. Disponível em: . Acesso em 17 de janeiro de 2018.

WITKER, Jorge. *Derecho Tributário Aduanero*, Instituto de Investigações Jurídicas, México, 1999.

Zolezzi, Daniel.- *Valor en Aduana: Código Universal de la O.M.C. 1ra*. Ed. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2003.

NOTAS:

[1] CARVAJAL, Máximo Contrerás. *Derecho Aduanero*, 15 ed. corrigida, aumentada e ampliada. México: Editora Porrúa 2009.

[2] DI LORENZO, Mario. *Principi de Diritto Doganale*. Nápoles. 1934.

[3] FERNÁNDEZ, Pedro Lalanne. *Derecho Adanero*. Argentina. Ediciones Hoque De Palma, 1966.

[4] FREITAS, Maxsoel Bastos de. *O Direito Aduaneiro como Ramo Autônomo do Direito*. Artigo disponível no link: <http://br.monografias.com/trabalhos-pdf903/o-direito-aduaneiro/o-direito-aduaneiro.pdf>. Acesso em 17 de janeiro de 2018

[5] FERNÁNDEZ, Pedro Lánanne. *Derecho Adanero*. Argentina. Ediciones Hoque De Palma, 1966.

[6] TREVISAN, Rosaldo. *Atuação Estatal no Comércio Exterior Em Seus Aspectos Tributário e Aduaneiro*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-PR. 2008. Disponível em http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2008-0405T084414Z771/Publico/Rosaldo%20Trevisan%20.pdf. Acesso em 17 de janeiro de 2018

[7] RAMÍREZ, Carlos Anabalón. *Control y fiscalización Aduanera al Tráfico Internacional de Mercancías*.

[8] BASALDÚA, Ricardo Xavier. *Derecho Aduanero. Parte General*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot. 1992.

[9] RAMÍREZ, Carlos Anabalón. *Apuntes de clases para cursos iberoamericanos de Derecho Aduanero*. México. OEA. 1993.[10] WITKER, Jorge. *Derecho Tributário Aduanero*, Instituto de Investigações Jurídicas, México, 1999.

[11] BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Tomo IV. 1955.

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E O CINISMO DE QUEM NÃO ASSUME OS SEUS ERROS

BRUNO BORTOLUCCI BAGHIM:

Defensor Público do Estado de São Paulo. Colaborador do Núcleo Especializado de Combate à Discriminação, Racismo e Preconceito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP) - Campus Franca. Especialista em Ciências Penais.

É comum que a cada notícia de ato violento praticado por menores de 18 anos surjam vozes defendendo a necessidade de redução da maioridade penal. Não à toa, tramitam no Congresso diversos projetos de emenda constitucional objetivando tal redução, os quais são apontados como solução para os índices de violência no Brasil.

Mas partindo diretamente ao ponto que interessa, e sem maiores rodeios: a redução da maioridade penal é inviável sob o aspecto jurídico, ineficaz do ponto de vista de redução da criminalidade, além de significar a assunção, pelo Estado e pela sociedade, do fracasso na proteção e promoção dos direitos e garantias de crianças e adolescentes.

Sob o aspecto jurídico, são dois os obstáculos: o fato de o artigo 228 da Constituição Federal (que prevê a maioridade penal a partir dos 18 anos) ser cláusula pétrea, e o princípio da vedação do retrocesso, aplicável quando envolvidos Direitos Humanos.

Aos que não são da área jurídica, importante esclarecer que cláusulas pétreas são aquelas matérias que, por determinação do próprio constituinte originário, não poderão ser abolidas, sendo que eventuais propostas de emenda constitucional com tais fins não devem prosperar. É o que determina o §4º do artigo 60 da Constituição Federal, o qual dispõe que não serão sequer objeto de deliberação as propostas de emenda tendentes a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto,

universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais.

E gostem ou não, a previsão do artigo 228 da Constituição se apresenta como garantia individual, no sentido de assegurar que menores de 18 anos não serão criminalmente responsabilizados, reservando a eles a sujeição à legislação específica, que no caso tem o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/1990) como principal diploma.

Semelhante é o entendimento dos doutrinadores Alexandre Morais da Rosa e Ana Christina Brito Lopes, que também defendem a inviabilidade da redução da maioridade penal, pois “há um impeditivo constitucional. Além de ser uma cláusula pétrea (CR, art. 60, IV), ou seja, impossível de modificação pelo constituinte derivado, a cláusula da idade penal (18 anos), implicou no estabelecimento de um direito subjetivo inscrito na tradição.” [1]

Como já adiantado no início, também se entende que quando se está a tratar de direitos e garantias individuais, incide o princípio da vedação do retrocesso. Isso significa que atingido determinado patamar de proteção a direitos e garantias individuais, não é lícito ao Estado voltar atrás, impondo limitações àqueles direitos e garantias. É justamente o caso da maioridade penal: uma vez fixada em 18 anos pela Constituição Federal, assegurando a todos os que não tenham atingido tal idade tratamento especial quando da prática de fatos penalmente típicos, não se mostra possível que tal garantia seja suprimida mediante a redução da idade mínima para a responsabilização criminal. Novamente citando Alexandre Morais da Rosa e Ana Christina Brito Lopes, “inscrito no contexto brasileiro um marco divisório da responsabilização, a redução implicaria em retrocesso social, cuja factibilidade encontra barreira na Teoria da Constituição de viés democrático”. [2]

Portanto, qualquer proposta de redução da maioridade penal na verdade configura a mais pura e irresponsável falácia, medida oportunista utilizada para iludir a população, já que inviável do ponto de vista jurídico. E caso uma emenda deste teor chegue a tramitar e a ser aprovada no Congresso, tende – ao menos é o que se espera - a ser fulminada pelo

Supremo Tribunal Federal em provável ação direta de inconstitucionalidade.

Por outro lado, também entende-se que a redução da maioria penal não será útil do ponto de vista prático, visto que não se prestará a reduzir a violência. Afinal, não passa de ilusão a ideia de que a criminalização de condutas ou o aumento das penas sejam ferramentas eficientes no combate ao crime. Diversamente do que se pensa, tais medidas não inibem a prática das condutas proibidas, servindo apenas para incremento de um sistema punitivo desproporcional, seletivo, excludente, e, ele sim, criminógeno.

A título de exemplo, ainda que a Indonésia – que chegou a se tornar “modelo” de país para parte do curioso povo brasileiro – puna com a morte o tráfico de drogas, estimativas indicam que o consumo delas por lá aumentará em 45% em 2015 [3]. Da mesma forma, estudos realizados em 2004 nos Estados Unidos indicavam taxa média de homicídios nos estados que aplicavam a pena de morte no patamar de 5,71 por 100.000 habitantes, sendo que os estados que não a aplicavam apresentavam índices de 4,02 homicídios por 100.000 habitantes[4]. Ou seja: se nem mesmo a pena capital serve para prevenção da criminalidade, o que dirá da mera inclusão de jovens abaixo de 18 anos no rol dos penalmente imputáveis. Outro detalhe interessante diz respeito ao fato de que não houve redução da criminalidade em países onde se deu a redução da maioria penal, sendo que Espanha e Alemanha chegaram a voltar atrás após promoverem tal redução.[5]

Como se não bastasse, estatisticamente o adolescente está longe de ser o grande vilão da criminalidade. Em um interessante momento de lucidez da grande mídia, no programa “Profissão Repórter” da Rede Globo de Televisão [6], exibido em agosto de 2014, o repórter Caco Barcellos comprovou através da demonstração de estatísticas que no ano de 2005, na cidade de São Paulo, os menores de 18 anos foram responsáveis por apenas 1,9% dos 3233 crimes em que houve morte, o que equivale a 69 ocorrências, ao passo que os adultos deram causa a 98,1% deles (3172 crimes). Já em 2013 os números não sofreram grande alteração: dos 1530 delitos com resultado morte ocorridos na cidade de São Paulo, 94% foram

praticados por maiores de idade, ao passo que apenas 6% o foram por menores de 18 anos. Portanto, chega a ser aberrante atribuir aos adolescentes a culpa pela violência nas cidades brasileiras.

Também de se frisar que ao reduzir a maioria penal o Estado retirará jovens do sistema socioeducativo para jogá-los em outro cuja falência se mostra notória há décadas: o sistema prisional, com todos os seus conhecidos problemas de superlotação, violência, tortura, facções criminosas e tantos outros, os quais matam qualquer já remota chance de ressocialização dos detentos. Logo, se os que defendem a redução da maioria penal o fazem cientes do inferno em que atirarão adolescentes de 16 anos – ou menos -, que tenham a dignidade de assumir que seu objetivo é única e exclusivamente punição e vingança, já que não conseguirão inibir a prática de novas infrações e tampouco recuperar esses jovens.

Por fim, reduzir a maioria penal significa que o Estado e a sociedade assumiram o seu fracasso na proteção às crianças e adolescentes, mas imputando cinicamente a estes últimos a responsabilidade por isso. O fato de o constituinte originário ter fixado em 18 anos a maioria penal evidencia uma opção de política criminal que obriga o próprio Estado, seus agentes e a sociedade. A mensagem passada pela Constituição é a de que crianças e adolescentes até tal idade devem ser protegidos, sem retrocessos. Firmou-se um marco civilizatório a partir do qual só pode ser admitida a evolução. Embora seja indiscutível a existência da violência e da criminalidade, e de um número considerável de adolescentes ligados a elas, tais questões precisam ser enfrentadas de forma adequada, e não punindo ainda mais esses jovens. É obrigação do Estado e da sociedade dar condições para que adolescentes de 12 a 18 anos tenham condições dignas de vida, longe das drogas e da violência. Tenham estudo, saúde, e moradia. Porque outro detalhe também é indiscutível: a esmagadora maioria dos jovens que são penalizados com medidas socioeducativas pertencem às classes mais pobres, cujos pais em grande parte das vezes passaram pelos mesmos percalços. Ou seja: são todos tristes personagens de um já antigo ciclo de abandono, repressão e violência.

Logo, é preciso trabalhar para que esses adolescentes não sejam perdidos, o que obviamente ocorrerá caso atirados ao sistema prisional. O Estado precisa assumir suas responsabilidades e se fazer presente de outras formas, que não apenas a policial, repressiva. Deve levar educação, saúde e saneamento às áreas periféricas. Proporcionar assistência às famílias destes jovens, propiciando o seu desenvolvimento e permitindo que possam formá-los e educá-los dignamente. De nada adianta um adolescente que passou dois ou três anos internado retornar para o mesmo local desestruturado em que vivia, e que só conhece a vertente violenta do Estado.

Por isso pode-se afirmar sem qualquer receio que a redução da maioria penal é o Estado admitir seu fracasso, e ao invés de tentar superá-lo, optar pela desistência, e o que pior, penalizando justamente quem ele deveria proteger, como se culpado fosse. É como se dissesse: “Falhamos. Somos incompetentes. Não sabemos lidar com os jovens. Então, a partir de agora, com 16 anos responderão criminalmente.” É o caminho mais fácil (“não sei o que fazer com o problema, então o trancafiar no presídio”), mas indiscutivelmente o mais deplorável de todos. Qual seria o próximo passo? Depois de um tempo reduzir para 14 anos a maioria penal, e depois para 12, até chegar o dia em que haveria crianças criminalizadas?

Não se pode esquecer que recrudescer o sistema penal como um todo, criminalizando novas condutas, aumentando penas, e reduzindo a maioria penal, é medida covarde e fácil. Difícil é o caminho correto, mas que precisa ser seguido por imposição constitucional: lutar pela construção de uma sociedade justa e solidária, sem pobreza e com reduzida desigualdade social, o que passa pelo acolhimento da juventude, e não por sua punição.

Em suma: além de juridicamente impossível, ao reduzir a maioria penal o Estado e a sociedade assumem seu fracasso (gerado por suas próprias falhas), desistem de reverter esse quadro, e jogam a culpa nos adolescentes. Cinismo maior, impossível.

NOTAS:

[1] LOPES, Ana Christina Brito; ROSA, Alexandre Morais da. Redução da Idade Penal: “Vale a ‘pena’ ver de novo” in <http://justificando.com/2014/09/12/reducao-da-idade-penal-vale-pena-ver-de-novo/>.

[2] *Idem*

[3] <http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/2015-01-21/mesmo-com-pena-de-morte-uso-de-drogas-na-indonesia-deve-crescer-45-em-2015.html> .

[4] http://www.amnistia-internacional.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=77:mitos-e-factos-sobre-a-pena-de-morte-&catid=18:mitos-e-factos&Itemid=76 .
Acesso em 04/02/2015

[5] <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/04/todos-os-paises-que-reduziram-maioridade-penal-nao-diminuiram-violencia.html>

[6] http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2014/08/quem-e-o-vilao-da-violencia-na-cidade-de-sp-o-adulto-ou-o-adolescente.html?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=prep .

A PROPOSTA LÓGICA DE S. TOULMIN COMO FORMA DE SUPERAÇÃO DO SILOGISMO JUSPOSITIVISTA

HELOISA PESSOA TELES DE OLIVEIRA:
Servidora Pública formado pela Centro
Universitário do Rio Grande do Norte. Pós-
graduado em Direito Civil e Empresarial pelo
Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

RESUMO: Objetiva-se propor uma superação da análise tradicional do raciocínio jurídico, adequado ao paradigma positivista, tendo em vista seu aspecto formal de validação de um argumento (silogismo jurídico), discorre-se sobre a origem histórica e o desenvolvimento teórico do juspositivismo, com especial atenção à sua teoria imperativista da norma jurídica e a limitação formal da lógica silogística, com a finalidade de demonstrar a sua insuficiência na resolução dos diversos problemas da sociedade contemporânea e apresentar o modelo de análise argumentativa de Toulmin, como forma de superar o silogismo clássico, a fim de mitigar o método mecânico-formal fornecido pelo Positivismo, sugerindo uma revolução na esfera da argumentação jurídica.

Palavras-chave: Positivismo Jurídico. Teoria Imperativista da Norma Jurídica. Teoria da Argumentação e Lógic. Silogismo Jurídico. Layout de Toulmin.

Sumário: Resumo. 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 3. Conclusão.
Referências.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como objetivo fazer uma análise jurídica de uma das características do positivismo jurídico, a Teoria Imperativista da Norma Jurídica e a ampliação desta no âmbito da teoria da argumentação, valorizando a importância do modelo de Toulmin, no ramo do Direito. Trata-se de um estudo exploratório e bibliográfico, centrado na análise das obras: O Positivismo Jurídico de Norberto Bobbio; Os usos do argumento de Stephen Toulmin.

No âmbito exploratório foram realizados breves estudos sobre o Positivismo

Jurídico a fim de obter diferentes percepções a seu respeito, descobrindo assim novas ideias em relação ao objeto de estudo, a partir da análise de 82 sentenças judiciais da Comarca de Natal e 81 acórdãos do TJ/RN.

Os resultados da pesquisa indicam a proposta de aplicação do modelo de Toulmin (informal) como forma de enriquecer e aprimorar o modelo Silogístico clássico de avaliação dos argumentos, a fim de mitigar o método “abissal” e exclusivista fornecido pelo Positivismo, sugerindo uma revolução na esfera da argumentação jurídica e sua aplicação.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 POSITIVISMO JURÍDICO

Com as mudanças tecnológicas e culturais decorrentes da ascensão da burguesia ao poder político e a revolução industrial iniciada em meados do século XVIII e expandida pelo mundo a partir do século XIX, fazia-se necessária a existência de um Direito que atendesse, com rapidez e eficácia, às problemáticas surgidas com o advento da modernidade, problemas estes que o Jusnaturalismo — em voga na época — não conseguia suprir com a rapidez desejada. Para tanto, passou-se a idealizar um sistema codificado de leis advindas do Estado que tivesse como finalidade a obtenção da tão sonhada segurança jurídica. Para o positivismo, esta segurança consistia na aplicação direta e imediata da lei ao caso concreto. Nesse sentido, caberia ao poder legislativo, expressando a vontade do povo, criar normas, pondo-as frente a uma convenção social, e a função do juiz seria a de simplesmente aplicá-las, ensejando então a segurança necessária à manutenção da ordem na sociedade.

Dessa forma, com o advento do positivismo, aflora a idéia de que o juiz, sendo um órgão do Estado, tem o dever de estar diretamente vinculado ao direito positivo, cabendo a ele decidir o caso concreto a partir do direito posto e aprovado pelo Estado, abstraindo-se de qualquer juízo de valor pessoal.

Em outras palavras, o Direito deve se afastar completamente do juízo de valor, permanecendo somente o juízo de fato, que é aquele que tem a finalidade apenas de analisar a causa objetivamente, sem assentar ideologias pessoais no caso em análise. Vejamos o que Norberto Bobbio vem a dizer sobre essa questão:

[...] a característica fundamental da ciência consiste na sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato.

[...] o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a outro a minha constatação.

[...] o juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente siga certas prescrições minhas. (BOBBIO, 1995, pág. 135)

O positivismo jurídico representa o estudo do Direito como fato, não como um valor: Na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e comporte a distinção do próprio Direito em bom e mau, justo ou injusto. (BOBBIO, 1995, pág. 136)

Assim, o Direito em seu aspecto funcional passou a ser visto a partir de duas vertentes positivistas.

A primeira buscou afastar essa ciência da influência dos aspectos sociológicos, afastando-a de qualquer aspecto fático que, eventualmente acompanhe o Direito, deixando a análise desses elementos sociais às ciências causais, como a sociologia, psicologia jurídica etc., já que o jurista não deve se preocupar com aspectos causais das instituições jurídicas, mas sim se limitar a aplicar as leis oriundas do Estado ao caso concreto. Os resultados encontrados por essas ciências causais somente são importantes para o legislador, já que cabe a ele a edição das normas reguladoras do comportamento humano.

A segunda vertente retira da ciência jurídica, conforme já explicitado, os ideais valorativos pessoais, isto é, afasta o conceito de justiça de qualquer análise ética, moral, religiosa, filosófica e política. Tal concepção transforma o Direito em uma ciência exata, que foge aos exames fáticos, reduzindo o trabalho dos juízes a aplicar leis abstratas aos diferentes casos concretos, sendo esses, vistos pelo positivismo, como sendo meros mestres em subsunções lógicas.

Nesse diapasão, pode-se definir o Positivismo Jurídico como sendo uma doutrina que floresceu e se consolidou a fim de reagir contra o direito natural, o apriorismo, o formalismo, o idealismo e, por fim, substituir a escola jusnaturalista em moda na época. O Positivismo pode ser caracterizado como:

Uma doutrina que considera que somente é direito aquilo que é posto pelo Estado, sendo então esse o objeto que deve ser definido e ao qual devem estar voltados todos os esforços da reflexão sobre sua interpretação. Seus partidários defendem, ainda, que o direito positivado advém da ação e vontade humana (direito posto é direito positivo), sendo assim, o direito não seria algo imposto por Deus, pela natureza ou pela razão como afirma o Jusnaturalismo. (WIKIPÉDIA, 2011, pág. 1) ¹

Em outras palavras o positivismo jurídico, seria algo imposto pelos seres humanos para atender seus próprios anseios (meio coercitivo de controle social), objetivando a organização da sociedade e que deve ser aplicado, sem qualquer distinção fática, a todos os conflitos humanos com o intuito de conter o caos social.

2.2 SILOGISMO JURÍDICO

A teoria do silogismo (“raciocínio”; “conexão de idéias”) foi exposta por Aristóteles em Analíticos — primeiros e segundos — e ainda apresenta grande influência nas reflexões jurídicas contemporâneas. Nos Analíticos, Aristóteles institui os embasamentos do que posteriormente denominou-se lógica formal, demonstrando que os raciocínios analíticos têm por base o silogismo (dedução). Vejamos o que Lucas Vieira tem a dizer sobre o silogismo clássico:

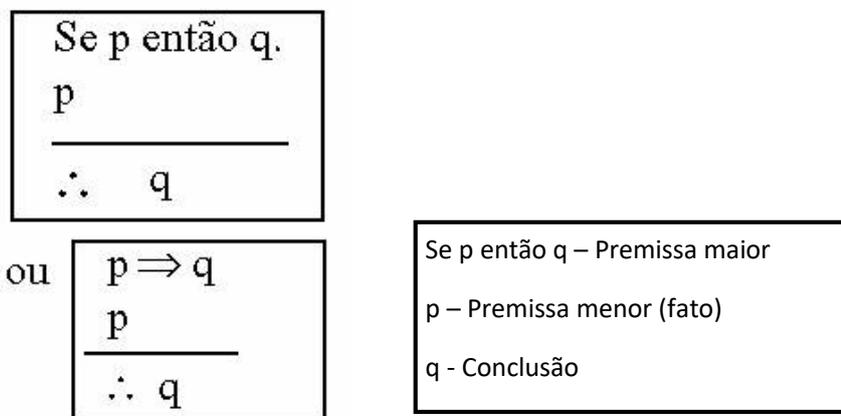
O silogismo pensado por Aristóteles é constituído por três proposições. A primeira é chamada de premissa maior, e este seria um antecedente de maior generalidade; a segunda é chamada de premissa menor, esta também seria um antecedente, mas de menor extensão; a articulação das duas formaria a terceira, chamada de conclusão ou síntese. (VIEIRA, 2008)²

Dessa forma, pode-se representar o modelo silogístico de análise dos argumentos da seguinte forma:

¹ WIKIPÉDIA. Positivismo Jurídico. Disponível em:
http://pt.wikipedia.org/wiki/Positivismo_juridico

² VIEIRA, Lucas. A Distorção do Silogismo Aristotélico na Escola da Exegese. Disponível em:
http://www.webartigos.com/index.php/article/default/redirect/?ART_ROOT_ID=12255

Figura 1- Modelo de análise dos argumentos do Silogismo Jurídico



Fonte: **Fenelon - Raciocínio lógico**, 2006.³

Fazendo uma aplicação do método silogístico a um caso concreto, teremos a seguinte situação:

SILOGISMO CLÁSSICO (modus ponens):

Premissa maior: "todo ser humano é mortal";

Premissa menor: "Sócrates é um ser humano";

Conclusão: "Sócrates é mortal".

Mesmo sofrendo diversas críticas quanto a seu aspecto formal e mecânico de gerar argumentos válidos, o silogismo caminhou por todos os séculos sem ter tido alterações significativas. No ramo das ciências jurídicas, o modelo silogístico aristotélico é bastante utilizado como modelo de boa argumentação. Vejamos o que diz Kant a respeito dessa questão:

Que a lógica tem avançado neste curso certo, mesmo desde os primeiros tempos, resulta do fato de que, desde Aristóteles, tem sido incapaz de avançar um passo e, assim, ao que tudo indica chegou a sua conclusão. Pois, se alguns dos modernos têm pensado que ampliaram seu domínio através da introdução de discussões psicológicas sobre as faculdades mentais, como imaginação e humor, discussões metafísicas sobre a origem do conhecimento e os diferentes tipos de certeza, de acordo com a diferença

³ FENELON. Raciocínio Lógico. Disponível em: <http://www.professorfenelon.com/logico/default.asp?id=18&mnu=18>

dos objetos (idealismo, ceticismo, e assim por diante), ou discussões antropológicas sobre preconceitos, suas causas e soluções: esta tentativa, por parte desses autores, só mostra sua ignorância sobre a natureza peculiar da ciência lógica. Nós não aumentamos, mas desfiguramos as ciências, quando perdemos de vista os seus respectivos limites e permitimos que avancem uma sobre outra. Agora, a lógica está encerrada dentro de limites que admitem uma definição perfeitamente clara; ela é uma ciência que tem por seu objeto, mais nada que a exposição e a prova das leis formais de todo o pensamento, seja a priori ou empírica, qualquer que seja sua origem ou seu objeto, e qualquer que sejam as dificuldades — natural ou acidental — com que se depara na mente humana. (KANT, 1952, p. 5)⁴

O modelo silogístico de argumentação influenciou todo o âmbito jurídico no período conhecido como “era positivista”, no qual sempre se aplicava a norma a todos os casos concretos, sem haver distinção. Esta aplicação silogística da norma ao fato concreto, segundo a doutrina positivista, daria maior segurança jurídica, pois sempre a lei seria aplicada independente da situação fática em questão, bastando que o fato se encaixasse perfeitamente no que era previsto em lei. Os fatores externos ao fato concreto não influenciavam na decisão do juiz, pois este deveria se ater ao que estava prescrito em lei e decidir aos seus moldes. No caso do direito brasileiro que é formalista e essencialmente positivista, “cada vez mais há uma limitação do pensamento dos aplicadores do direito ao que está escrito na lei.” (LEITE, 2007) ⁵

⁴ That logic has advanced in this sure course, even from the earliest times, is apparent from the fact that, since Aristotle, it has been unable to advance a step and, thus, to all appearance has reached its completion. For, if some of the moderns have thought to enlarge its domain by introducing psychological discussions on the mental faculties, such as imagination and wit, metaphysical discussions on the origin of knowledge and the different kinds of certitude, according to the difference of the objects (idealism, scepticism, and so on), or anthropological discussions on prejudices, their causes and remedies: this attempt, on the part of these authors, only shows their ignorance of the peculiar nature of logical science. We do not enlarge but disfigure on the sciences when we lose sight of their respective limits and allow them to run into one another. Now logic is enclosed within limits which admit of perfectly clear definition; it is a science which has for its object nothing but the exposition and proof of the formal laws of all thought, whether it be a priori or empirical, whatever be its origin or its object, and whatever the difficulties - natural or accidental - which it encounters in the human mind. (KANT, E. Prefácio à Segunda Edição, 1787. In: A Crítica da Razão Pura. Trad. J. M. D. Meiklejohn. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952, p. 5.

⁵ LEITE, Fausto. A lógica jurídica a serviço do Direito. Disponível em: http://www.infonet.com.br/faustoleite/ler.asp?id=66519&titulo=Fausto_Leite

Filosofia, lógica e sociologia jurídica sempre foram disciplinas distantes da formação jurídica brasileira, que tem um horizonte essencialmente pragmático.

Apesar de muitos juristas atuais ainda se prenderem aos preceitos do positivismo legalista e o venerar como se a norma positivada pelo Estado fosse a única verdadeira fonte do Direito justo, o positivismo legalista está em decadência no mundo jurídico. É preciso entender que, apesar de naquele momento da história em que se consolidou ser de fundamental importância, pois trouxe para a sociedade moderna estabilidade e segurança jurídica, garantindo a previsibilidade das relações sociais, tornou-se ultrapassado com o alargamento do abismo entre os Códigos e a vida social e econômica. Isso porque, a sociedade, à qual o Direito se aplica, não é nada mais do que um conjunto de mudanças e de relações intersubjetivas em um determinado espaço-tempo.

No Direito, o silogismo é representado da seguinte forma: premissa maior, constituída pela norma jurídica; premissa menor, composta pelo fato jurídico (acontecimento de relevância no meio jurídico) e conclusão que é a fusão dessas duas premissas a fim de encontrar a melhor solução para o caso concreto. Vejamos no exemplo abaixo o modelo de análise argumentativa sugerida pelo silogismo clássico e sua aplicação no Direito:

SILOGISMO JURÍDICO (Modus Ponens):

Premissa maior (a Lei): "Se alguém usurpar o exercício de função pública, então deve ser condenado com pena de detenção de 3 meses a 2 anos, e multa;

Premissa menor (o Fato): José usurpa o exercício de função pública.

Conclusão (Decisão): José deve ser condenado a pena de 3 meses a 2 anos e multa.

Este modelo do silogismo jurídico utilizado pelo direito, por ser estritamente formal, sofreu diversas críticas. Vejamos algumas contestações oferecidas a este modelo no tópico a seguir.

2.3 Silogismo Jurídico (análise crítica)

A crítica mais severa ao modelo silogístico clássico diz respeito a sua forma instrumental de aplicação do direito, pois esse tipo de abordagem silogística não considera os fatores sociais e deixa de lado as interpretações teleológica e

sociológica da lei, apenas enxergando o método gramatical e literal. Isso é muito bem posto por Miguel Reale (1998. p.610):

É por isso que dizemos que uma sentença nunca é um silogismo, uma conclusão lógica de duas premissas, embora possa ou deva apresentar-se em veste silogística. Toda sentença é antes a vivência normativa de um problema, uma experiência axiológica, na qual o juiz se serve da lei e do fato, mas coteja tais elementos com uma multiplicidade de fatores[...] (MIGUEL REALE, 1998; p. 610)

Ora, o juiz, ao julgar uma causa, conseqüentemente trará seu juízo de valores que norteará sua decisão, em outras palavras, não existe abstração e neutralidade absoluta. O juiz pauta-se como mediador, sendo impossível a sua interferência no processo sem qualquer valor pessoal.

Muitos juristas como Lênio Streck defendem ainda que esta forma de aplicação silogístico-mecânica da norma ao caso concreto levará à injustiça na medida em que cada fato detém suas próprias singularidades e peculiaridades e que estas devem ser solucionadas de maneiras diferentes. Streck defende ainda que a norma jurídica não deve ser uma fórmula pronta, deve sim ser um texto que admite possibilidades de interpretações a se moldar com cada caso concreto, ou seja, devemos analisar bem o caso concreto antes de aplicar a norma.

Cabe observar que no ordenamento jurídico pátrio não é rara a existência de normas incompatíveis, porém, válidas, ou seja, normas que não condizem mais com a realidade fática atual, mas que, no entanto, ainda são aplicadas por não haver, até o momento, previsão legal sobre o assunto. Sabe-se que tal aplicação estrita da lei gera injustiça por parte do seu intérprete que, em tais casos, aplica normas engessadas a um contexto atual que está em plena modificação, apenas em respeito aos ensinamentos positivistas.

Tal aplicação meramente formal afasta o Direito de sua principal função, que é a de regulamentar os casos concretos, promovendo a paz social, já que este não consegue acompanhar todas as situações fáticas existentes, passando a ser aplicado arbitrariamente sem se ater aos aspectos sociais e valorativos do caso em questão.

Em outras palavras, muitas vezes as situações previstas em abstrato nas leis diferem muito dos fatos concretos realmente existentes, fazendo com que o que foi previsto nem sempre seja aplicado de maneira desejada, gerando injustiças e

distorcendo o verdadeiro lema do Direito, que é o de promover justiça aos casos concretos. Deste modo, o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, prevê situações de lacuna no Direito ao tratar que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. O que significa um avanço no Direito e uma forma de superação dos ideais positivistas.

Por outro lado, a previsão de todas as situações fáticas, se torna humanamente impossível por parte do legislador, já que a todo momento surgem novos problemas e conflitos sociais, tendo em vista o aspecto dinâmico da sociedade. Por isso, cabe ao intérprete da lei, no caso, os juízes, não apenas aplicá-la silogisticamente ao caso concreto, mas sim analisar as situações postas e as possíveis soluções do caso em cada um de seus aspectos (sociais, econômicos, fáticos, jurídicos...) a fim de encontrar uma resposta plausível para a resolução do problema.

Sobre esse assunto, vejamos o que Emerson Ademir Borges de Oliveira⁶ diz:

Em síntese, podemos observar que o Positivismo Jurídico preocupa-se demais com sua avaliação e descrição da realidade (mesmo às vezes se afastando da realidade) e esquece que em nada ajuda na prática simplesmente jogar fora os juízos de valor e perquirir uma análise da Ciência Jurídica em sua estrutura pura e simples. Primeiramente, porque a questão da neutralidade já é impossível de se alcançar em uma decisão judicial⁷. E nem se deve mesmo. Todavia, devem primar os juristas pela busca de um ideal

⁶ OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. Uma crítica acerca do Positivismo Jurídico: engessando a ação da Justiça. Disponível em: http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:iUkULsf8Y0wJ:www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/doc/Positivismo_Juridico.doc+an%C3%AAlise+critica+do+positivismo+jur%C3%ADdico&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESh2MFTpUq4dgRo4wsbd8Xu7TjDZdoagkj7fW5326l4ToDoE_4gv_lrMY57QF4eR9qjFbBStaP2Xcw0yCh0ZLPD-kHk_aALl3eaB_kJXC7Psnl34J3XChNnqqJEXIJVibzvNYeHx&sig=AHIEtbSDG9Kqj-rVppm4KjK-Vw05hKsnnA.

⁷ “Questões complexas da sociedade, como racismo, as relações entre patrão e empregado e entre capital e trabalho, e a luta pela terra, vêm para dentro do Judiciário. Não tem como ficar neutro nisso. Cada um de nós tem na vida uma posição. O Direito Alternativo opta por uma das categorias que estão em luta: o pobre em relação ao rico, o oprimido em relação ao opressor e o trabalho em relação ao capital. Quem diz ser neutro assume a ideologia da dominação. Na visão do Direito Alternativo, não existe neutralidade e o compromisso é com a perspectiva mais à esquerda, socialista e democrática.” Rui Portanova, entrevista à Dulci Emerim. Disponível em <<http://eumat.vilabol.uol.com.br/alternativo.htm>>.

que esteja de acordo com a realidade social, com o que for melhor para a maioria.

No caso do Brasil (e o movimento Alternativo) cabe lembrar que os juízes devem tentar buscar uma solução para não empobrecer ainda mais as famílias miseráveis, não criar delinquentes desnecessariamente apenas pela aplicação mecanicista da lei (os verdadeiros bandidos são criados atrás das grades), tentar gerar empregos mesmo na circunstância mais adversa, dentre outras medidas.

Por isso, tomar-se como método de trabalho nos Tribunais o Direito Positivo seria engessar as decisões judiciais e o resultado de tais absurdos na sociedade tornaria-se fatalmente catastrófico. Não se fala aqui em analisar a Ciência Jurídica, no seu âmbito interno da Academia, sem valorações, mas a questão prática é muito diferente. A realidade é muito diferente. Na hora de aplicar a lei ao caso concreto o juiz deve rever seus valores e voltar-se para o Natural, ou seja, para o que a moral e os bons costumes apontam como justo, ainda que não vivamos num país de common law e as decisões devam se pautar na supremacia da lei. A função do juiz é fazer prevalecer a Justiça e não apenas aplicar o que é válido. Sua finalidade é interpretativa. Caso contrário não precisaríamos de juízes, apenas de simples aplicadores de leis.

Assim sendo, o autor representou de forma coerente e condizente com a realidade brasileira, a presente atuação dos intérpretes das leis que, ao utilizar o modelo silogístico como forma de resolução dos conflitos, acaba por engessar as decisões jurídicas, criando um padrão de solução de situações abstratas, os quais não condizem com exatidão com as situações fáticas. Ora, a função do juiz é concretizar a justiça e não apenas aplicar o que é válido.

O autor ainda prossegue dizendo:

Ocorre, todavia, que acreditamos o estudo do Direito nos dias atuais estar ligado à realidade prática, não somente à realidade teórica. Assim, de nada adianta estudar todas as técnicas juspositivistas e saber fazer uma análise do Direito à luz da ciência quando no dia-a-dia corriqueiro devemos nos apegar sim aos valores que nos cercam. De tal forma que o juiz jamais poderá se desvincular desses valores numa interpretação. Até mesmo porque se levamos aqui a análise morfológica da língua portuguesa então Juiz

é aquele que resolve o conflito com a aplicação da Justiça, não somente da lei!

Foi, então, a partir dessa idéia de estudar a análise dos casos como sendo uma questão prática e não teórica que afloraram os pensamentos de S. Toulmin.

Por fim, outra crítica feita a este modelo de interpretação se volta contra o critério clássico de validade formal dos argumentos. Como este critério clássico de validade é estritamente formal, a decisão sobre a validade não se compromete com o significado das premissas e da conclusão. Por exemplo, temos um argumento válido quando afirmamos: Se a lua é uma bola de queijo, então José é um marciano, ora a lua é uma bola de queijo, portanto José é um marciano. Como podemos observar este tipo de argumento é válido para o silogismo clássico, no entanto, ele não se compromete com o seu significado, gerando argumentos ineficazes e sem qualquer sentido.

Além disso, este modelo clássico não abrange todos os tipos de argumentos utilizados no dia-a-dia do direito, já que este utiliza, demasiadamente, argumentos substanciais e falaciosos, argumentos estes que não expressam forma válida de argumentação nos moldes do silogismo jurídico. Porém, dependendo da circunstância em que são empregadas, as falácias podem atingir sua finalidade, sendo consideradas eficazes e seu conteúdo pode gerar consequência jurídica lógica, apesar de apresentarem-se, muitas vezes, como uma utopia (a exemplo o art. 3º, CF).

Foi no contexto de elaboração dessas duas últimas críticas apresentadas ao modelo silogístico que Toulmin, desenvolveu sua teoria da argumentação, o que será melhor explicado no tópico posterior.

2.4 LAYOUT DE TOULMIN

Em Os usos do argumento, Toulmin investiga problemas sobre a lógica moderna, mais precisamente, sobre a aplicação da análise lógica dos argumentos na prática. Segundo ele, a lógica se desenvolveu tomando uma direção que a afastou de questões práticas. Desta forma, ela buscou e encontrou uma autonomia que a aproximou da matemática pura, livre de preocupações práticas. Sobre isso, aponta Toulmin:

De fato, como descobriremos, a ciência da lógica, em toda sua história, tendeu a se desenvolver numa direção que a afastava destas questões, para longe das questões

práticas sobre o modo como temos ocasião de tratar e criticar os argumentos em diferentes campos, e na direção de uma completa autonomia, em que a lógica se torna estudo teórico autônomo, tão livre de preocupações práticas imediatas quanto certos ramos da matemática pura (TOULMIN, 2006: p. 3).

Para Toulmin, o principal é saber como a lógica pode continuar sendo uma ciência formal ao mesmo tempo em que possa ser aplicada para proceder a uma avaliação dos argumentos que são, efetivamente, usados na prática, no cotidiano (TOULMIN, 2006: p. 3).

Portanto, a obra de Stephen Toulmin (1958), *The Uses of Argument*, é a tentativa de questionar o modelo lógico, baseado no pensamento aristotélico de que a lógica deve ser uma ciência formal (episteme). Desta visão decorrem dois efeitos "funestos" para a própria lógica: o não comprometimento com os significados das premissas e a incapacidade deste modelo aristotélico de dar conta do desempenho eficaz de todos os tipos de argumentos, a exemplo de falácias comuns, como o recurso a citações (argumento de autoridade ou argumento do expert).

Para desenvolver estas críticas ao modelo silogístico/formal, Toulmin elaborou uma teoria da argumentação que desloca o centro de atenção da "teoria lógica" para a "prática lógica", isto é, a validade de um argumento não seria mais uma questão formal, mas sim uma questão de procedimento, e para mostrar isso ele toma como modelo a jurisprudência, a lógica como "jurisprudência generalizada" (2006: p. 10). Ele busca comparar a lógica ao campo do Direito.

A questão central, para ele, passam a ser, assim, os procedimentos através dos quais as alegações são apresentadas, buscando dar à razão uma "função crítica" (2006: p. 10). Com isso, a proposta de Toulmin é que as regras da lógica não são nem dicas, sugestões e orientações, e nem, por outro lado, se aplicam como leis inevitáveis. Trata-se, antes, de "padrões de realização que um homem, ao argumentar, pode alcançar mais ou menos plenamente, e pelos quais seus argumentos podem ser julgados" (2006: p. 11). Desta forma, Toulmin inverteu os termos de uma relação que, anteriormente, só levava em consideração a aplicação da lógica à jurisprudência.

Em outras palavras, a lógica deve estudar a solidez dos fundamentos que produzimos para apoiar e suportar as nossas alegações. Deste modo, um bom

argumento é aquele que resiste às críticas e possibilita, num determinado caso, uma decisão favorável.

Este paralelo entre a lógica e as práticas do Direito tem uma importante vantagem:

Uma das principais funções da jurisprudência é garantir que se conserve o que é essencial no processo legal: os procedimentos pelos quais as alegações devem ser apresentadas em juízo, discutidas e estabelecidas, e as categorias segundo as quais se devem apresentar, discutir e estabelecer as alegações. De modo análogo, o modelo de Toulmin visa estudar e caracterizar o processo racional: os procedimentos e diante os quais podemos discutir e decidir todas as "causas" na intenção sempre de gerar argumentos sólidos e bem fundamentados⁸. (SARAIVA, 2008)

Como pode-se observar, Toulmin deu muita ênfase aos argumentos retóricos, por isso essa aproximação com a jurisprudência.

Toulmin em sua obra "Os Usos do Argumento", afirma:

Temos diante de nós dois modelos rivais — um modelo matemático e um modelo jurisprudencial. A forma lógica de um argumento válido é algo quase geométrico comparável à forma de um triângulo ou ao paralelismo de duas retas? Ou, por outro lado, é algo procedimental: um argumento formalmente válido, aquele que está na forma apropriada, como os advogados diriam [...] (TOULMIN, 2001, p. 136).

Com a intenção de desenvolver suas idéias, Toulmin estabelece um layout para os argumentos, ou seja, estabelece uma estrutura argumentativa que se faz presente em todos os argumentos. Para Wagner Silveira Rezende:

Essa estrutura, portanto é campo-invariável, se manifestando onde quer que o argumento seja apresentado. Segundo o autor, há dois modelos de argumentos, o matemático e o jurídico. Enquanto no modelo matemático, o argumento assume uma forma quase geométrica, no modelo jurídico, a questão que se coloca é a do

⁸ SARAIVA, Francisco Saraiva de. Stephen Toulmin: Lógica e jurisprudência. Disponível em: <http://cyberdemocracia.blogspot.com/2008/09/stephen-toulmin-lgica-e-jurisprudncia.html>

procedimento, e o argumento válido passa a ser aquele que tem a forma apropriada (REZENDE, 2006, p. 136- 7).⁹

Toulmin se interessa diretamente pelo último modelo supracitado e, a partir daí, estabelece um padrão do argumento, aprimorando a visão tradicional do silogismo jurídico. Segundo ele as premissas dos argumentos, têm funções diferentes na argumentação, assim, o que é a premissa maior na teoria do silogismo, torna-se garantia (W), na teoria de Toulmin. Isto é, a regra, ou princípio que autoriza a passagem do dado (A) para a conclusão (C) ou, em outras palavras, o fundamento do que estamos a afirmar que tem a função de apoiar e suportar o que alegamos. Já a premissa menor do silogismo seria agora o dado, ou os fatos que alegamos, que podem ser verdadeiros ou falsos a depender da sua relação com a realidade. Assim ao apresentarmos um dado (fato) temos de estar prontos para afirmar sua verdade, ou de onde tiramos aquele dado e porque, pois só assim ele servirá de dado para a prova da conclusão. Exemplificando, na argumentação jurídica, a norma jurídica teria a função de garantia pelo modelo de Toulmin, pois ela permitiria a passagem do fato alegado (dado) para a conclusão (sentença).

Toulmin, inspirado na prática da argumentação jurídica, ainda acrescentou alguns outros requisitos para se ter um argumento bom, tais quais: Qualificador modal (Q), que indica a força que a garantia pode conferir (aqui há o uso dos termos modais, como 'quase certo que', 'possivelmente', 'presumivelmente'); as condições de exceção, ou de refutação (R), que demonstram as situações nas quais as garantias (W) não são aplicadas; e, por fim, os apoios das garantias (B), que são fatos, ou afirmações categóricas (2006, p. 139- 147). Todos eles formariam um modelo mais complexo que analisaria todo e qualquer argumento prático.

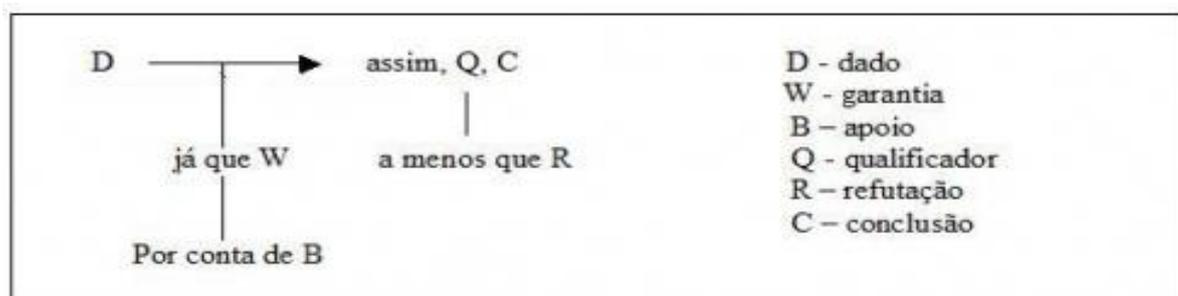
Os três primeiros elementos: dado, conclusão e garantia são considerados como componentes essenciais dos argumentos práticos, enquanto que os segundos: apoio, qualificadores modais e refutadores, podem não ser necessários em alguns argumentos. Isso ocorre porque: "não há possibilidade da existência de um argumento baseado somente em uma conclusão, sem algum tipo de dado. Além disso, de acordo com Toulmin, não se pode 'ir de qualquer conjunto de dados para uma conclusão, sem alguma garantia' (2006: p. 83)."¹⁰

⁹ REZENDE, Silveira Wagner. Três Grandes Marcos do Resgate Retórico: Perelman, Toulmin e Meyer. Editora UFJF: Juiz de Fora, 2006.

¹⁰ REZENDE, Silveira Wagner. Rousseau, Aristóteles e a decisão jurídica: justificação da decisão sobre a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco no Brasil. Editora UFJF: Juiz de Fora, 2006.

O modelo de análise argumentativa sugerida por Toulmin pode ser verificado na figura abaixo:

Figura 2 – Layout de Toulmin



Fonte: Toulmin, 2006.

Dessa forma, Toulmin acredita que um bom argumento seria aquele que, em conjunto com estes componentes de análise dos argumentos, apresente uma boa justificativa para o que afirmamos e assim consiga suportar as críticas, obtendo uma sentença favorável. Sobre esta questão Toulmin afirma:

A analogia com a jurisprudência pode iluminar estas questões. Nesta analogia seríamos levados a adotar um layout mais complexo que o costumeiro, visto que as perguntas que fazemos aqui são, mais uma vez, versões gerais de questões familiares à jurisprudência, campo mais especializado no qual se desenvolveram muitas distinções. (TOULMIN, 2001, p. 138).

Neste diapasão Toulmin ainda enriquece o critério da avaliação da validade dos argumentos, ao afirmar que não existem apenas argumentos analíticos formalmente válidos e matemáticos, que apresentam uma estrutura lógica tal que é suficiente uma análise formal para fixar sua validade — suficiente como critério de análise da validade do silogismo clássico, mas existem também os argumentos substanciais, cuja validade depende de aspectos de sua matéria/conteúdo, e, portanto, não se adequam ao modelo clássico, formal. É necessária a construção de uma noção informal de validade. Senão, vejamos:

Um argumento de D a C será chamado analítico se, e somente se, o apoio para a garantia que o autoriza incluir, explícita ou implicitamente, a informação transmitida na própria conclusão. Quando isso for assim, a afirmação 'D, B e também C' será, como regra, tautológica. (...) Quando

o apoio para a garantia não contiver a informação transmitida na conclusão, a afirmação 'D, B, e também C' jamais será tautológica, e o argumento será um argumento substancial (TOULMIN, 2006, p. 179).

Por fim, vejamos o que diz Wagner Silveira Rezende¹¹ sobre o tema:

Para Toulmin, contudo, somente os argumentos matemáticos são totalmente analíticos, e na prática, no cotidiano, os analíticos puros quase não são utilizados. De acordo com o autor, a divisão dos argumentos em analíticos e substanciais não é correlata à divisão entre argumentos que oferecem conclusões necessárias e argumentos que oferecem soluções meramente possíveis (2006: p.195), pois os argumentos analíticos podem ser conclusivos ou não, assim como os argumentos conclusivos podem ser tanto analíticos como substanciais. Com isso, Toulmin separa analiticidade de validade formal, visto que uma coisa não pode ser reduzida à outra, além do fato de que nenhuma das duas é critério da "solidez de nossos argumentos" (TOULMIN, 2006, p. 207).

Toulmin estabelece, ainda, uma distinção entre o que chamou de lógica prática e a lógica idealizada. Historicamente, a lógica formal elegeu o silogismo analítico como seu paradigma, e todo argumento "de respeito" deveria se amoldar a ele (2006: p. 214). Essa adoção do silogismo analítico como paradigma levou à formação de uma lógica idealizada, baseada no modelo matemático. No entanto, segundo Toulmin, uma lógica nesses moldes não mantém contato com sua aplicação prática (2006: p. 211), pois o silogismo analítico é um tipo de argumento não representativo e enganador (2006, p.209).

O silogismo analítico válido, segundo essa concepção paradigmática, não pode dizer algo na conclusão que já não tenha sido exposto nos dados ou na garantia (2006: p. 215). Contudo, Toulmin defende que, para proceder a uma análise dos verdadeiros méritos do argumento substancial, os critérios analíticos –silogismo - são completamente irrelevantes (2006: p. 240).

¹¹ REZENDE, Silveira Wagner. Três Grandes Marcos do Resgate Retórico: Perelman, Toulmin e Meyer. Editora UFJF: Juiz de Fora, 2006.

Então, foi partindo da análise desses argumentos substanciais (práticos) que Toulmin propôs o seu modelo argumentativo, um modelo que foi capaz de analisar qualquer tipo de argumento, incluindo-se os argumentos mais utilizados no ramo do Direito, que são os substanciais, os quais o silogismo não foi capaz de abarcar.

Percebe-se, com isso, que Toulmin teve uma contribuição ímpar para a argumentação, em todos os seus aspectos. Especificamente no mundo do direito, seus estudos em muito contribuíram. Qualquer pessoa que queira analisar logicamente um texto, pode se valer da metodologia criada por Toulmin e ora adotada nessa pesquisa.

3 CONCLUSÃO

No sistema jurídico brasileiro não é preciso se empreender muito esforço para se concluir pela predominância do modelo positivista. Certamente, a primazia deste paradigma importa numa série de consequências para a formação de nossos juristas e o desenvolvimento do Direito como um todo, já que apresenta uma visão mecanicista e formalista do Direito.

Ocorre que as sociedades estão cada vez mais complexas, não podemos mais ser mestres em subsunções como nos primórdios. Sugere-se, então, neste trabalho a inserção do modelo argumentativo de S. Toulmin nas análises da argumentação no Direito, já que este consegue dar conta de todas as peculiaridades da argumentação jurídica.

Assim, utilizando-se do modelo argumentativo proposto por Toulmin, este trabalho demonstrou a forte influência do positivismo jurídico no sistema judicial, o que faz sugerir sem sombra de dúvidas a marcante presença do positivismo normativista e seu modelo silogístico técnico no processo decisório do Rio Grande do Norte, o que apenas confirma todas as teorias levantadas no decorrer da pesquisa.

É visível que o Positivismo jurídico apresenta uma estrutura organizativa que procura tornar compreensível, ordenada e unificada a aplicação do Direito como forma de garantir a segurança jurídica e social, no entanto os casos cotidianos, particulares, que buscam uma solução jurídica, por mais iguais que pareçam, apresentam peculiaridades próprias que necessitam, conseqüentemente, de uma abordagem, interpretação e aplicação diferenciada do Direito em cada caso particular. Então a aplicação unificada da lei para todos os casos que “superficialmente” parecem ser iguais gera uma forma de opressão da

justiça, que perpetua a divisão da realidade social gerando injustiça; o que não está conforme o definido pela lei positiva desaparece aos olhos da justiça.

Neste contexto, a importância educacional da abordagem que se faz — a aplicação do modelo de Toulmin na argumentação jurídica — não somente como forma de individualizar a aplicação do Direito ao caso concreto, mas também de contrapor o Positivismo clássico, é incontestável, visto que tal modelo se aproxima mais do estilo argumentativo dos Tribunais, apresentando o argumento em uma estrutura mais completa, que comporta as variações de todos os campos de argumentação, oferecendo um padrão que mais facilmente resiste a críticas. É, portanto, bastante apropriada sua utilização para a análise de argumentos no ramo do Direito, afastando-o do modelo silogístico clássico, bastante técnico e mecanicista, o que permite uma aplicação da lei mais conforme aos ideias atuais e, por conseguinte, reduz maiores injustiças sociais, já que introduz os aspectos subjetivos presentes nos casos particulares, que não se enquadram no universo da concepção de Direito (lei posta) fornecida pela doutrina positivista.

Ademais, o modelo proposto por Toulmin tem grande harmonia com o sistema jurídico pós-moderno pois, diferenciando-se do exposto pelo silogismo tradicional, afirma que o processo de validação dos argumentos não advém de seu aspecto meramente formal, mas sim de questões procedimentais. Em outras palavras, este modelo avalia não só a forma dos argumentos como também permite a introdução de requisitos informais de avaliação da argumentação em geral, o que desloca o centro de atenção da teoria lógica para uma prática lógica.

Ninguém duvida que o principal instrumento do Direito consista na arte de argumentar. Daí, nada mais coerente que estudar suas teorias como forma de melhorar a argumentação dos estudantes de Direito e ainda, demonstrar na prática a aplicação das teorias estudadas, em especial a de Toulmin, em peças jurídicas, para que, assim, a compreensão sobre o tema seja mais clara e uniforme, podendo, desta forma, sugerir aos estudantes e futuros profissionais um modelo

argumentativo mais complexo e mais prático do que o silogístico clássico, ainda bastante utilizado no universo argumentativo jurisdicional brasileiro.

Identifica-se, destarte, no decorrer do trabalho, que as normas jurídicas são imperativos hipotéticos que têm a função de premissa maior em um silogismo clássico — tese esta defendida pela Teoria Imperativista da Norma Jurídica (uma das características do Positivo Jurídico). Percebe-se, ainda, que este modelo silogístico, advindo da Teoria Imperativista da Norma Jurídica, apresenta algumas falhas no seu modo de validar argumentos, tais como: a falta de comprometimento com o significado das premissas, a não abrangência deste modelo a todos os tipos de argumentos e, ainda, o aspecto meramente formal/matemático de se gerar argumentos bons.

Desta forma, para desenvolver essas duas críticas, Toulmin propôs sua teoria da argumentação. Segundo esta teoria, tanto nos argumentos analíticos como nos substanciais, a norma jurídica, o imperativo hipotético de Kant, teria a função de garantia (W), ou seja, o que era estabelecido como sendo premissa maior no Silogismo Jurídico, Toulmin entende como sendo a “regra” que permite a passagem do dado para a conclusão. Nesta perspectiva, a norma jurídica seria uma “regra” de passagem do dado para a conclusão, abrangendo, desta forma, os argumentos substanciais.

Tendo em vista que é difícil a existência, na prática do Direito, dos argumentos genuinamente analíticos, pois no âmbito jurídico são mais utilizados argumentos práticos, mais complexos ou o que Toulmin chama de argumentos substanciais, o ideal é a utilização do layout proposto por Toulmin para analisar a estrutura dos argumentos, pois este modelo abrange não somente os argumentos analíticos (formais), mas também os substanciais (informais).

Assim sendo, Toulmin, renovou o entendimento acerca da lógica, tornando-a menos desconexa com a argumentação do mundo real. Ele superou também, a questão da análise dos argumentos substanciais,

propondo uma teoria que abrange todo e qualquer tipo de argumento, o que difere do método silogístico. A estrutura argumentativa padrão, observada por Toulmin, abre espaço para a compreensão de argumentos retóricos, como o entimema, que, seguindo tal padrão estabelecido pelo autor, adquirem aparência lógica, de onde extraem sua força.

Em resumo: “tratar a lógica como jurisprudência generalizada e testar as nossas idéias mediante a prática real de avaliação de argumentos foi o contributo fundamental de Toulmin.”¹²

REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damaceno de. **A aplicabilidade da norma jurídica frente o problema da revogação e o controle da constitucionalidade.** Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.14143>>. Acesso em: 27 out. 2011.

ATIENZA, M. **As razões do direito:** Teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. **Código penal brasileiro.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988.

COSTA, Alexandre Araújo. **O Positivismo Jurídico segundo Karl Olivecrona.** Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/law-as-fact-o-positivismo-juridico-segundo-karl-olivecrona/>>. Acesso em: 19 jul. 2010.

FENELON. **Raciocínio Lógico.** Disponível em: <<http://www.professorfenelon.com/logico/default.asp?id=18&mnu=18>>. Acesso em: 26 out. 2011.

¹² SARAIVA, Francisco Saraiva de. Stephen Toulmin: Lógica e jurisprudência. Disponível em: <http://cyberdemocracia.blogspot.com/2008/09/stephen-toulmin-igica-e-jurisprudncia.html>

ISKANDAR, Jamil Ibrahim; LEAL, Maria Rute. **Sobre Positivismo e Educação**. Disponível em: <http://74.125.47.132/search?q=cache:EzK5w4F1pEJ:www2.pucpr.br/reol/index.php/DIALOGO%3Fdd1%3D654%26dd99%3Dpdf+Kant+e+introdu%C3%A7%C3%A3o+pensamento+positivista&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=8&gl=br&lr=Lang_pt>. Acesso em: 15 jan. 2010

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. (tr.: Valério Rohden). São Paulo: Martins Fontes, 2002. [*Kritik der praktischen Vernunft* 1788].

LEITE, Fausto. **A lógica jurídica a serviço do Direito**. Disponível em: <http://www.infonet.com.br/faustoleite/ler.asp?id=66519&titulo=Fausto_Leite>. Acesso em: 19 mar. 2011.

MAIA, Cledilson. **Repensando o Direito**. Disponível em: <<http://repensandodireito.blogspot.com/2007/11/aula-de-ied-teoria-do-ordenamento.html>>. Acesso em: 13 dez. 2011.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo de Direito**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

OLIVECRONA, Karl. **Law as fact**. 2nd edition. Stevens & Sons: 1971.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. **Uma crítica acerca do Positivismo Jurídico: engessando a ação da Justiça**. Disponível em: <http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:iUkULsf8Y0wJ:www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/doc/Positivismo_Juridico.doc+an%C3%A1lise+critica+do+positivismo+jur%C3%ADdico&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESh2MFTpUq4dgRo4wsbd8Xu7TjDZdoagkj7fW5326l4ToDoE_4gv_IrMY57QF4eR9qjFbBStaP2Xcw0yCh0ZLPD-kHk_aALi3eaB_kJXC7Psni34J3XChNnqqJEXIJVibzvNYeHx&sig=AHIEtbSDG9Kqj-rVppm4KjK-Vw05hKsn>. Acesso em: 21 out. 2011.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REZENDE, Wagner Silveira. **Três grandes marcos do resgate retórico: Perelman, Toulmin e Meyer**. Disponível em: <<http://www.editoraufjf.com.br/revista/>>

index.php/csonline/article/viewFile/749/647>. Acesso em: 12 mar. 2011

RICHE, Flávio Elias. **Friedrich Karl von Savigny e a Escola Histórica do Direito**. Disponível em: <[http://www.oocities.org/flavoriche/Savigny](http://www.oocities.org/flavioriche/Savigny)>. Acesso em: 27 out. 2011.

SAAVEDRA, Modesto. **Interpretación del derecho e ideología – elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica**. Granada: Universidad de Granada, 1978.

SANTOS, Boaventura Souza. **A crítica da razão indolente - contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

SANTOS, Ednan Galvão. **Norberto Bobbio e os Três Aspectos Fundamentais do Positivismo Jurídico**. Disponível em: <<http://www.grupodemocracia.com/artigos/Livro%203/PDFS/0302.pdf>> Acesso em: 21 out. 2011.

SARAIVA, Francisco. **Stephen Toulmin: Lógica e Jurisprudência** Disponível em: <<http://cyberdemocracia.blogspot.com/2008/09/stephen-toulmin-lgica-e-jurisprudncia.html>>. Acesso em: 17 jul. 2010.

TOULMIN, Stephen Edelston. **Os usos do argumento**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____, Stephen Edelston ; REIKE, Richard; JANIK, Allan. **An introduction to reasoning**. Nova Iorque: Macmillan, 1998

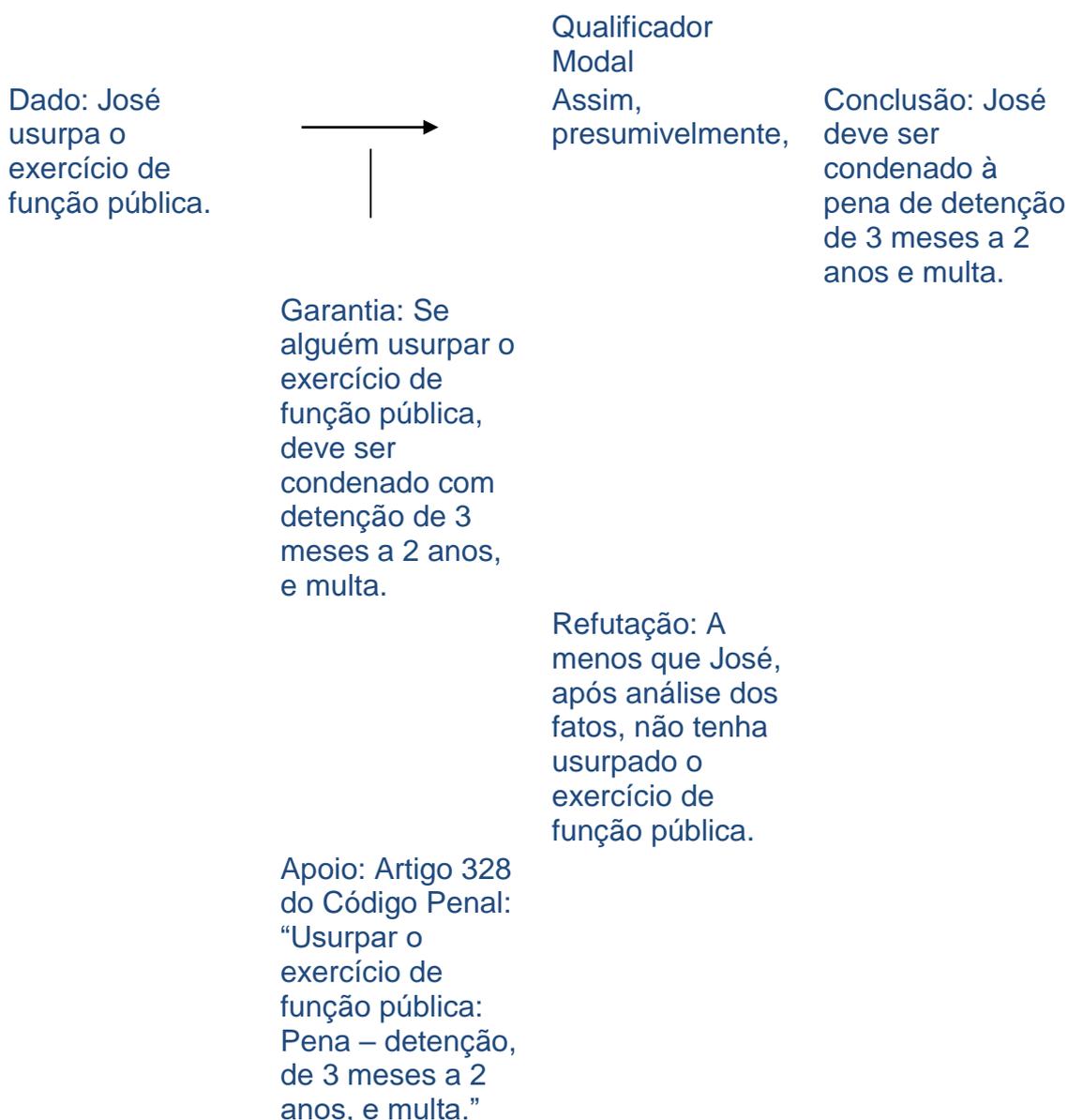
VENOSA, Sílvio de Santos. **Codificação**. Disponível em: <<http://leonildoc.orgfree.com/curso/civil9.htm>>. Acesso em: 18 jul. 2010.

VIEIRA, Lucas. **A Distorção do Silogismo Aristotélico na Escola da Exegese**. Disponível em: < <http://www.webartigos.com/articles/12255/1/A-Distorcao-do-Silogismo-Aristotelico-na-Escola-da-Exegese/pagina1.html#ixzz0uFUvbjO>>. Acesso em: 13 dez. 2011.

WIKIPÉDIA. **Positivismo Jurídico**. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Positivismo_juridico>. Acesso em: 18 jul. 2010.

APÊNDICE A

ESQUEMA 1 – Aplicação do modelo de Toulmin



NOTA EXPLICATIVA

O esquema acima representa o modelo de argumentação proposto por Toulmin, que analisa qualquer tipo de argumento, tanto os argumentos analíticos (formais), quanto os argumentos substanciais. É um modelo mais complexo, pois apresenta alguns requisitos, além dos dados, garantia

e conclusão, para se ter um argumento bom tais quais: o apoio à garantia; os refutadores e os qualificadores modais. Estes requisitos permitem ter um argumento mais bem estruturado e com maiores possibilidades de resistir a críticas o que, portanto é ideal no ramo da argumentação jurídica.

ANÁLISE DAS RELAÇÕES POLIAFETIVAS SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE E DAS NORMAS INTERNAS E INTERNACIONAIS.

LUCIANA CÂMARA SOARES: Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora - Juiz de Fora/MG. Pós Graduada em Direito Administrativo. Pós Graduada em Direito Previdenciário. Ex-Advogada (PARF) do Núcleo de Prática de Direito da UFJF. Advogada concursada da Câmara Municipal de Coronel Fabriciano- MG.

RESUMO: Neste artigo se abordará sobre o novo tema em debate, qual seja, a relações poliafetivas, como nova modalidade de família. Discutir-se-á acerca da regulamentação e atuação estatal no que tange ao assunto, bem como analisará a família poliafetiva sob a perspectiva internacional. Com isso, busca-se refletir sobre como deve ser tratado esse tema no Brasil.

Palavras-chave: Relações poliafetivas. Dignidade. Afeto. Felicidade. Tolerância. Família. Direito de família mínimo. Direito à integridade. Tratados de Direitos humanos.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2 Da família poliafetiva. 3. Da proteção à família poliafetiva. 4. Do Direito de família mínimo. 5. Da proteção internacional. 6. Da conclusão.

1. Considerações iniciais

O direito de família tradicionalmente visa a regulamentar as relações familiares, tendo como objeto de estudo a guarda, tutela, curatela, alimentos, relações de parentesco, regime de bens, filiação, casamento e união estável. Ocorre que modernamente tem havido novas discussões acerca de novas demonstrações de núcleos familiares, que ficam a margem da regulamentação legal.

Diante disso, questiona-se: como conciliar um direito de família mínimo sem deixar de tutelar os interesses das pessoas em jogo? As relações poliafetivas devem ser reconhecidas como nova modalidade de família?

Nesse passo, importante registrar a posição de Dworkin (2003), ora adotada, que defende o Direito como integridade, ou seja, um direito Direito como expressão da moral, não podendo se dissociar desta.

De tal modo, não se olvida de situações complexas a serem analisadas pelo Estado, entretanto nesses casos este deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis "... perguntando-se qual dela apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo". (DWORKIN, 2003, p. 306).

Assim, a atuação do Estado deve-se pautar por essa noção de Direito como integridade no que tange às relações afetivas, devendo ainda haver igual consideração e respeito pelos membros da sociedade.

2. Da família poliafetiva

Dentre as novas relações familiares, ganha relevo a família poliafetiva.

Conceitua-se a relação poliafetiva como a situação de existência simultânea de relações afetivas consensuais e públicas, formando uma relação flexível, na qual há um reconhecimento mútuo entre essas relações, sendo que uma reconhece a outra como legítima.

Para Pablo Stolze Gagliano:

“o poliamorismo ou poliamor, teoria psicológica que começa a descortinar-se para o Direito, admite a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus partícipes conhecem e aceitam uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta”. [1]

No nosso Código Civil não há previsão expressa dos efeitos jurídicos do poliamor.

Importante salientar que essa discussão não é meramente acadêmica. Pelo contrário, o reconhecimento dessas relações tem grande importância

no direito porque impacta na esfera de direitos das pessoas que estão dentro dessas relações múltiplas, que de fato, hoje já vivem em relações poliafetivas.

Sobre o tema Flávio Tartuce explica[2]:

Outro problema envolve as *uniões estáveis plúrimas* ou *paralelas*, presente quando alguém vive vários relacionamentos que podem ser tidos como uniões estáveis ao mesmo tempo. Ilustrando, imagine-se a hipótese de um homem solteiro que tem quatro companheiras, em quatro cidades distintas no interior do Brasil, sem que uma saiba da existência da outra. Como resolver a questão?

Três correntes doutrinárias podem ser encontradas a respeito da situação descrita:

1.ª Corrente – Afirma que nenhum relacionamento constitui união estável, eis que a união deve ser exclusiva, aplicando-se o princípio da monogamia. Essa corrente é encabeçada por Maria Helena Diniz. Para essa corrente, todos os relacionamentos descritos devem ser tratados como concubinatos.

2.ª Corrente – O primeiro relacionamento existente deve ser tratado como união estável, enquanto que os demais devem ser reconhecidos como uniões estáveis putativas, havendo boa-fé do cônjuge. Em suma, aplica-se, por analogia, o art. 1.561 do CC, que trata do casamento putativo. Essa corrente é liderada por Euclides de Oliveira e Rolf Madaleno. A essa corrente se filia, inclusive em obra escrita com José Fernando Simão. Anote-se que essa solução já foi dada pela jurisprudência estadual, em dois julgados que merece destaque (TJRJ, Acórdão 15225/2005, Rio de Janeiro, 2.ª Câmara Cível,

Rel. Des. Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano, j. 10.08.2005 e TJRS, Processo 70008648768, 02.06.2004, 7.^a Câmara Cível, Rel. Juiz José Carlos Teixeira Giorgis, origem Lajeado).

3.^a Corrente – Todos os relacionamentos constituem uniões estáveis, pela valorização do afeto que deve guiar o Direito de Família, corrente encabeçada por Maria Berenice Dias.

Das três correntes, no âmbito da jurisprudência superior, o STJ tem aplicado a primeira, repudiando a ideia de *uniões plúrimas ou paralelas* (REsp 789.293/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.^a Turma, j. 16.02.2006, DJ 20.03.2006, p. 271). Os julgados aplicam o princípio da monogamia à união estável tese com a qual não se filia, pois as entidades familiares não são totalmente semelhantes. Ademais, o convivente de má-fé, que estabelece o paralelismo, acaba sendo beneficiado, já que não terá obrigações alimentares, pela ausência de vínculo familiar.

Diante do exposto, verifica-se que não há unanimidade no tratamento das relações poliafetivas. Interessante a proposta da terceira corrente acima colacionada, que considera todas as relações paralelas como união estável, haja vista ser fundada no afeto. Isso porque, não se discute que o afeto é a base da família. A adoção dessa corrente também propicia maior proteção jurídica, o que a torna relevante.

Não se analisando as relações poliafetivas sob a perspectiva da união estável, faz com que a falta de regulamentação coloque os indivíduos em uma espécie de vácuo legal.

Não se desconhece a possibilidade de lavratura e registro de uma “escritura pública declaratória de união poliafetiva”, na qual as pessoas dentro dessa relação aberta se reconhecem como uma família, buscando a regulamentação de alguns direitos, sendo utilizada inclusive para posterior discussão em esfera judicial.[3]

Ocorre que essa regulamentação é insuficiente para tutela dos interesses em jogo. A tutela da personalidade humana e da família, base do indivíduo, precisa ser maior a fim de resguardar a dignidade das pessoas integrante desse tipo de relacionamento.

Portanto, é indubitável a necessidade de se avançar na proteção dos direitos a essa nova configuração familiar.

3. Da proteção à família poliafetiva

É sabido que o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamentado no texto constitucional tem que filtrar todo e qualquer questionamento. Essa dignidade não deve se restringir a uma análise em abstrato, mas sim uma análise em concreto, na vida diária de uma pessoa, contextualizada na sua realidade social, a fim de que não se restrinja a um discurso político ou simbólico.

Ainda, toda discussão deve considerar o afeto e felicidade do indivíduo, como base para qualquer análise. Hoje a família se expressa como eudemonista, ou seja, tem como seu fundamento a felicidade de seus membros.

Não bastasse isso, há também o fundamento constitucional de vedação à discriminação, dever de respeito e de tolerância. Ademais, doutrinas modernas reconhecem que os modelos de famílias trazidas no texto constitucional seriam apenas um rol exemplificativo (atualmente não se discute o reconhecimento das famílias homoafetivas, anaparentais e mosaico, por exemplo).

Importante registrar esse dever de igual consideração e respeito a todos garantido, independente do modelo familiar adotado. O princípio da igualdade também tem fundamento constitucional e respalda o direito de família.

Aliás, corrobora a doutrina de DWORKIN[4]:

“A atitude do direito é constitutiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da

prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé em relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter”. (DWORKIN, 2003, p.492)

Com isso, os direitos devem ser levados a sério. Isso porque uma interpretação não pode desconsiderar o sistema como um todo. Ademais, devemos ter igual consideração e respeito em relação a cada um dos membros de nossa comunidade, em relação a cada um dos tipos de família, tradicionais ou não.

Não se pode esquecer também do dever de solidariedade social, objetivo fundamental, art. 3.º, I, da CF/1988. A solidariedade também está presente nas relações familiares, sendo uma de suas bases. Isso porque ao ser solidário, há a preocupação com o outro, o dever de cuidado moral e patrimonial. De tal modo, essa característica também se faz presente nas famílias poliafetivas.

Por ser atualmente uma nova modalidade de relação a ser discutida (que não veio a surgir apenas nesse momento, mas nesse agora ganha destaque), a relação poliafetiva, também chamada de poliamor muitas vezes vem sendo debatido com viés preconceituoso e intolerante.

Por conseguinte, é necessário ter como respaldo para a discussão do poliamor que as diferenças se fazem presentes. Ainda, necessária se faz a inclusão de outros modelos familiares, porque de fato eles existem. Logo, é preciso respeitar o outro, e aceitar modelos não tradicionais de família. Até porque não há o certo ou o errado, resultando em um modelo de família adequado ou não.

4. Do Direito de família mínimo

Diante das premissas já traçadas, alguns questionamentos se apresentam.

Como lidar com essa realidade que se apresenta multifacetada? Como trabalhar com a dinamicidade fática que não espera o procedimento e discussão legislativa, ou outra atuação estatal?

Se de um lado, o Estado não pode se negar atuar em relação à regulamentação dos efeitos dessa relação, pois de fato esses arranjos familiares existem e geram efeitos, por outro lado os valores constitucionais do dever de respeito à intimidade e à vida privada, também impõem limites à atividade estatal.

Isso porque se deve respeitar ainda o princípio da liberdade previsto no art. 1.513 do Código Civil Brasileiro que dispõe: “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

De tal modo, há o dever do Estado de não deixar à margem da sociedade esse tipo de relação poliafetiva existente faticamente, contudo há restrições em sua atuação sob pena de interferir excessivamente na moral de cada indivíduo.

Percebe-se que o texto constitucional expressa um sistema aberto e plural. Ato contínuo, pode-se extrair de que qualquer arranjo familiar deve ser protegido, não só os modelos expressamente nos textos legais.

Com isso, não cabe ao Estado se exceder na intervenção no campo familiar. Isso porque a família é instrumento de proteção e desenvolvimento da pessoa humana. Para isso, temos como paradigmas a liberdade e a autonomia privada, que reforçam a valorização da vontade em detrimento de uma regulamentação excessiva por parte do Estado em relação às relações poliafetivas. [5]

Em conclusão, deve haver uma intervenção mínima do Estado, resultando em um Direito de família mínimo, devendo o Poder Público

apenas atuar de forma excepcional para evitar conflitos, tutelando direitos, evitando sua violação e o seu desrespeito.

5. Da proteção internacional

Tendo em vista a necessidade de a atuação estatal, não só pelos operadores do direito, mas também por qualquer agente público, ser adequada à lei, verifica-se que eles devem observar os tratados de direitos humanos que vinculam o Estado brasileiro. Ademais, até mesmo os particulares devem se sujeitar aos comandos dos tratados internacionais de direitos humanos, conforme sedimentado na doutrina.

Nesta toada, há a Declaração Universal de Direitos Humanos que apresenta grande importância e vincula o Estado Brasileiro[6]:

Declaração Universal dos Direitos Humanos

Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

(...)

Artigo 1º

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Artigo 2º

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer

outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

Percebe-se que a Declaração Universal de Direitos Humanos prevê o reconhecimento da dignidade a todos membros da família humana e dos direitos iguais como fundamento da liberdade. De tal modo, reconhecer as relações poliafetivas, como dignas, como famílias iguais a outras, sem se imiscuir na esfera da privacidade e intimidade de seus membros, é tratar com igual consideração e respeito seus integrantes.

Dispõe, ainda, o Pacto internacional de Direitos Civis e Políticos[7]:

Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos

ARTIGO 17

1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação

Verifica-se que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos prevê o princípio da liberdade, bem como expressa o Direito de Família Mínimo, ao determinar que ninguém poderá ser objeto de ingerência arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, ou em sua família.

Portanto, não pode o Estado interferir em excesso nas relações poliafetivas, devendo se limitar a regulamentar os efeitos patrimoniais desse novo tipo de família, bem como tutelar visando apenas evitar conflitos. De tal modo, com a constante evolução da sociedade, busca-se a igual consideração e respeito a modelos familiares que destoam do tradicional.

6. Conclusão

O Estado não pode deixar de proteger as relações poliafetivas. Isso porque, ela pode ser encarada como uma nova modalidade de família.

O tema é polêmico, e não se desejou esgotar o assunto. Pelo contrário, buscou-se analisar o tema com fulcro na dignidade da pessoa, na função eudemonista da família, na vedação de discriminação em relação as suas características, no dever solidariedade social, e de igual consideração e respeito em relação a todas as modalidades de família.

De tal modo, o tema também deve ser ponderando pelo Direito de Família Mínimo, como limite à atuação Estatal.

Por fim, verifica-se que a Declaração Universal de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, sob a perspectiva do Direito como integridade também caminham para o reconhecimento das relações poliafetivas.

Referências:

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 20 de janeiro de 2018.

BRASIL. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. Decreto de 592 de 06 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. acesso em 15 de jan. de 2018.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acessado em 23 de jan. de 2018.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito / Ronald Dworkin**. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios – 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Coleção justiça e direito)

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da(o) amante – na teoria e na prática (dos Tribunais)**. Disponível em: . Acesso em: 10 de jan. de 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único / Flávio Tartuce**. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

VALENTE, Ana Lúcia Eduardo Farah. **O poliamorismo e a possibilidade de união poliafetiva**. Disponível em: . Acesso em: 12 de jan. de 2018.

NOTAS:

[1] GAGLIANO, Pablo Stolze. Direitos da(o) amante – na teoria e na prática (dos Tribunais). Disponível em: . Acesso em: 10 de jan. de 2018.

[2] TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único / Flávio Tartuce. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. Pág. 1391 e 1392.

[3] VALENTE, Ana Lúcia Eduardo Farah. O poliamorismo e a possibilidade de união poliafetiva. Disponível em: . Acesso em: 12 de jan. de 2018.

[4] DWORKIN, Ronald. O Império do direito / Ronald Dworkin. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios – 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Coleção justiça e direito)

[5] ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Direito de Família Mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

[6] ONU. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> . Acessado em 23 de jan. de 2018

[7] BRASIL. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Decreto de 592 de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. acesso em 15 de jan. de 2018.

ESTUDO DA OCORRÊNCIA DE PRESCRITIBILIDADE NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

MILENA TENÓRIO DE LEMOS:
Conciliadora no Tribunal de Justiça de

Pernambuco. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2014). Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2016). Pós-graduanda em Direito Constitucional pelo Instituto Elpídio Donizetti (2017).

1. INTRODUÇÃO

É possível conceituar improbidade administrativa como a malversação da coisa pública, tendo o condão de gerar prejuízo para toda a sociedade. Nos dizeres de Matheus Carvalho, pode-se afirmar que improbidade se distingue de imoralidade, por esta consistir em uma das modalidades daquela. Por outro lado, nos ensinamentos do mesmo doutrinador, a configuração do ato de improbidade prescinde da demonstração de dano patrimonial ao erário público, sendo caracterizável apenas com a simples violação de princípios administrativos.^[1]

Sobre a sua ocorrência, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 4º, aponta que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. A referida lei da improbidade administrativa é a lei 8.429/92. Não obstante, no art. 37, § 5º, da mesma Carta, está disposto que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para os ilícitos que causem prejuízo ao erário, ressalvando as respectivas ações de ressarcimento. Surge, dessa forma, o questionamento acerca da imprescritibilidade das ações de improbidade administrativa que visem, especialmente, o ressarcimento de danos ao erário.

2. DESENVOLVIMENTO

Conforme assevera o Professor Paulo Lôbo, a ordem jurídica fixa prazos para que o titular de um direito deva exercê-lo sob pena de restar impedido de fazê-lo em nome da certeza nas relações jurídicas e da paz social, pois não há direito isolado, que possa ser usufruído apenas para si sem consideração com o meio social.^[2] Nessa toada, em nome da segurança jurídica, tem-se o instituto jurídico da prescrição, o qual pode

ser conceituado como a perda da pretensão de reparação do direito violado, em virtude da sua inércia do seu titular, no prazo previsto em lei.[3]

A lei 8.429/92, contém em seu artigo 23, a existência de duas hipóteses distintas para a ocorrência de prescrição na improbidade administrativa. Dessa maneira, em uma interpretação sistemática com o disposto nos §§ 4º e 5º do art. 37 da CRFB/88, pode-se concluir que as ações de improbidade administrativa que visem a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública e a indisponibilidade dos bens estão sujeitas ao prazo prescricional constante do art. 23 da lei 8.429/02, sendo, portanto, tais pretensões prescritíveis. Em contrapartida, no que se refere às ações que visem o ressarcimento de danos ao erário decorrentes de improbidade administrativa, sob o ponto de vista da Constituição Federal, elas seriam imprescritíveis devido à ressalva constitucional nesse sentido. Todavia, o art. 12, III, da lei 8.429/02, contém previsão sancionatória de ressarcimento integral de dano. Assim, como os prazos prescricionais do art. 23 se aplicam às sanções previstas neste diploma legal, como disciplinado pelo *caput* do mesmo artigo, pode-se depreender que as ações de improbidade que visem o ressarcimento de danos seriam prescritíveis. Não é um raciocínio adequado, sob pena de afronta ao Princípio da Suprema da Constituição, na qual há ressalva à fixação de prazo prescricional por lei.

Inexiste posicionamento uniforme pelos doutrinadores acerca da imprescritibilidade das ações de improbidade administrativa que visem ressarcimento de danos. Parte da Doutrina, como destaca Felipe Caminha[4], propõe que seja reconhecida a prescritibilidade dessas ações de ressarcimento fundamentada nas ideias de segurança e de estabilidade das relações jurídicas, o que enseja o reconhecimento da perda da pretensão ocasionada pela inércia do titular durante o decurso do tempo. Por outro lado, o Egrégio Superior Tribunal Federal tem entendimento pacificado no sentido de que há imprescritibilidade das ações cujo objeto é o ressarcimento ao erário, conforme dispõe o art. 37, § 5º da Constituição da República.[5]

Rita Tourinho, expoente da Teoria da Prescritibilidade, salienta que a imprescritibilidade é excepcional, visto que, *a priori*, a prescrição atinge todas as ações e pretensões. Dessa forma, o fato de as ações de ressarcimento de danos decorrentes de atos de improbidade terem sido

excluídas do prazo prescricional previsto em lei não traduz sua imprescritibilidade, mas sim o desejo de que seu prazo prescricional não fosse inferior ao estabelecido no Código Civil.^[6] Em contrapartida, autores como José Afonso da Silva, defensor da corrente da Imprescritibilidade, defendem que o texto constitucional, ao ressaltar a ação de ressarcimento no art. 37, § 5º, objetivou que tal pretensão fosse indene ao prazo prescricional, sendo exceção à regra da prescribibilidade das ações.^[7] Nesse sentido, para os partidários dessa corrente, é possível haver a prescrição da ação de improbidade. Não obstante, resta resguardada a possibilidade de ingresso com a ação de ressarcimento de modo a recuperar aos cofres públicos os prejuízos causados.^[8]

Data Venia o posicionamento do Colendo Supremo Tribunal Federal e da parte majoritária da Doutrina, os quais entendem pela imprescritibilidade das ações de improbidade administrativa que visem o ressarcimento de danos ao erário causados por agentes públicos, tal ideia não parece a mais arrazoada. O texto constitucional, em nenhum momento, dispôs que tais ações seriam imprescritíveis, como fez no caso da ação de grupos armados contra o Estado Democrático (art.5º, XLIV, CRFB/88), mas sim, apenas ressaltou que o prazo prescricional das referidas ações não seria feito por lei. Dessa forma, já que pode fazê-lo e não o fez, entende-se que deva ser aplicado o prazo prescricional insculpido no Código Civil em favor do Princípio da Segurança das Relações Jurídicas.

3. CONCLUSÃO

Em suma, entende-se cabível, em nome da paz social e em face do silêncio da Constituição, norma posta máxima do ordenamento jurídico pátrio, acerca da imprescritibilidade, a ocorrência de prescrição para todas as ações de improbidade administrativa independente do seu objetivo. Dessa maneira, especificamente para aquelas que buscam o ressarcimento de danos ao erário, deve ser observado o prazo prescricional de três anos constante do artigo 206 do Código Civil. Para os demais casos, deve-se observar os prazos prescricionais dispostos na lei 8.429/02.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE: 807123/PE**, Relator: Min. Carmen Lúcia, Brasília/DF, 20/05/2014.

CAMINHA, Felipe Regis de Andrade. **[A imprescritibilidade do ressarcimento do dano ao erário decorrente de ato de improbidade administrativa.](#)** Jus Navigandi, Teresina, [ano 18, n. 3708, 26 ago. 2013.](#) Disponível em: . Acesso em: 10 nov. 2017.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo.** Salvador: Juspodium, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, volume I: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral.** .São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa.** São Paulo: Método, 2014.

SCATOLINO, Gustavo, TRINDADE, João. **Manual de Direito Administrativo.** Salvador: Juspodium, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2009.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. **[A prescrição e a Lei de Improbidade Administrativa.](#)** Jus Navigandi, Teresina, [ano 9, n. 274, 7 abr. 2004.](#) Disponível em: . Acesso em: 13 nov. 2017.

NOTAS:

[1] CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo.** Salvador: Juspodium, 2016. P. 936.

[2] LÔBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral.** .São Paulo: Saraiva, 2009. P. 339.

[3]GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, volume I: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2010. P. 501.

[4] CAMINHA, Felipe Regis de Andrade. **A imprescritibilidade do ressarcimento do dano ao erário decorrente de ato de improbidade administrativa.** Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3708, 26 ago. 2013. Disponível em: . Acesso em: 10 nov. 2017.

[5] STF - RE: 807123 PE , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 20/05/2014, Data de Publicação: DJe-099 DIVULG 23/05/2014 PUBLIC 26/05/2014

[6] TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. **A prescrição e a Lei de Improbidade Administrativa.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 274, 7 abr. 2004. Disponível em: . Acesso em: 13 nov. 2017

[7] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2009. P. 673.

[8] SCATOLINO, Gustavo, TRINDADE, João. **Manual de Direito Administrativo.** Salvador: Juspodium, 2016. P. 802.

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E SEUS REFLEXOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

SAMUEL DE JESUS VIEIRA: graduação em Direito pelo Centro Universitário de Goiás - Uni - ANHANGUERA (turma 2011-2015), possui especialização lato sensu em Direito Constitucional e Direito Administrativo na instituição de ensino Pontifícia Universidade Católica de Goiás (turma 2016-2017). Tem Experiência em Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Civil e Direito do Consumidor. Foi membro da Comissão de Direito Constitucional e Legislação (CDCL) da Ordem dos Advogados Do Brasil, Seção de Goiás, no ano de 2016, e Membro da Comissão de Processo Legislativo e Políticas Públicas (CPLPP) da Ordem dos Advogados Do Brasil, Seção de Goiás, no ano de 2016. Atualmente é Advogado Inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados Do Brasil, Seção de Goiás (45445 OAB/GO).

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de abordar os principais reflexos que o julgamento da ADPF 347 criou na jurisprudência nacional, demonstrar as mudanças propiciadas pelo seu julgamento, as características e resultados proporcionados por essa teoria, desde sua implementação na Corte Constitucional Colombiana até ser transportada para as decisões locais.

PALAVRAS – CHAVE: Administração Pública. Constituição. Estado de coisas inconstitucional. Jurisprudência. Sistema Carcerário.

ABSTRACT:

The present work has the objective of addressing the main reflexes that ADPF 347 has created in national jurisprudence, to demonstrate the changes brought about by its judgment, the characteristics and results provided by this theory, from its implementation in the Colombian Constitutional Court until being transported to Local decisions.

KEYWORDS: Public administration. Constitution. Unconstitutional state of affairs. Jurisprudence. Prison system.

1. A ORIGEM E A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

A teoria do Estado de Coisas Inconstitucional tem origem na jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana, onde foram constatadas violações contínuas, infundáveis e generalizadas de direitos fundamentais previstos no texto constitucional daquele país.

A Corte Constitucional Colombiana analisou a matéria pela primeira vez em 1997, ano em que foi proposta demanda na corte (*sentencia de unificacion* - SU 559/97^[1]) com o objetivo de questionar a perda de alguns benefícios sociais relacionados a questões previdenciárias, garantidos aos professores da educação pública.

Ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte reconheceu um quadro insuportável de violação maciça de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diversas autoridades públicas, que é agravada pela inação continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional.^[2]

Diante da excepcional gravidade do quadro, a Corte reconhece a sua legitimidade para interferir na formulação e implementação de políticas públicas, como também em alocações de recursos orçamentários, resguardando jurisdição para coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades. ^[3]

O propósito maior dessa teoria é criar soluções estruturais ao Estado para extirpar situações de inconstitucionalidade que violem, grave e continuamente, os princípios fundamentais garantidos na Constituição Federal, frente às populações mais vulneráveis, em face das falhas ou omissões do poder público em cumprir suas obrigações institucionais.

A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional criou um precedente na jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana que abriu as portas para que fossem aceitas demandas coletivas no tribunal, que até então não tratava de ações de interesse coletivo da forma como ocorre no Brasil e em vários Estados pelo mundo, tratou-se de uma verdadeira inovação sem precedentes jurídicos naquele país.

O precedente foi de tamanha importância que passou a admitir a extensão dos efeitos de decisões que interessassem a um número indeterminado de pessoas a todos aqueles que dela pudessem se beneficiar, ou seja, garantiu o efeito *erga omnes* as decisões proferidas pelos juízes daquele país.

É sabido que no Brasil isso pouco teria qualquer importância, todos esses mecanismos são adotados no país e em nada tratam verdadeiramente de inovações jurídicas no direito pátrio.

Já existem mecanismos em nosso país que objetivam garantir uma tutela jurisdicional de cunho coletivo, com efeitos extensíveis a classes, grupos e qualquer espécie de coletividade de indivíduos que dela necessitem, sem que para isso seja necessário que todos promovam demandas individuais ou que todos figurem no polo ativo de uma demanda.

Assim, temos como exemplo o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo, ação civil pública, ação popular e vários outros mecanismos de tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro.

O que se propôs com a teoria do estado de coisa de inconstitucional foi o diálogo entre as várias organizações e órgãos incumbidos de tutelar/proteger determinado direito. Agiriam em conjunto para estruturar ideias a fim de criar soluções para a generalizada omissão na prestação de serviços relacionados à implementação de direitos e garantias fundamentais.

Em um primeiro momento, a Corte Constitucional Colombiana determinou às autoridades envolvidas a superação do quadro de inconstitucionalidades, em prazo razoável, para que fossem reestabelecidos os benefícios previdenciários que estavam sendo suprimidos da classe dos professores da rede pública de ensino.

Após esse emblemático julgamento, a teoria criada naquela corte viria a ser encorpada e adequada a outros julgamentos que tratavam de questões de cunho social naquele país.

O marco que ensejou uma evolução na aplicação da teoria foi uma demanda ajuizada em de 28 de abril de 1998 (T 153/98^[4]) em que um detento do sistema carcerário daquele país pleiteava melhores condições de vida/existência enquanto cumpria pena em um presídio.

A corte verificou a grave violação de direitos individuais em que se encontrava o detento, bem como todos os outros que cumpriam penas privativas de liberdade no mesmo presídio.

Foi constatada a necessidade de se buscar uma solução junto às entidades envolvidas na administração carcerária, e em outros órgãos do país que deveriam participar da discussão acerca do tema, não só para aquela situação específica como também para todos os presídios do país que se encontravam na mesma situação de violação sistematizada dos direitos e garantias fundamentais dos detentos.

Em oportunidade recente, a Corte Colombiana se manifestou novamente por declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, através da *sentencia de tutela* 25[5] (T – 025/04) sobre o “deslocamento compulsório” de pessoas em razão da violência interna no País. Por esse fenômeno, as pessoas são obrigadas, sem qualquer assistência do Estado, a abandonar suas residências e locais de trabalho, para fugirem da violência urbana e de grupos de extermínio. Na referida decisão, apreciando 108 pedidos de tutelas formulados por 1.150 famílias deslocadas, declarou o Estado de coisa inconstitucional e determinou uma série de providências, entre as quais se destacam: aplicação de recursos orçamentários para a solução do problema; e a elaboração de políticas públicas para proteger as famílias deslocadas.

O ilustre doutrinador Dirley da Cunha Júnior[6][7], em análise as decisões que concluíram pela declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, verificou que a mesma se caracteriza, fundamentalmente, diante da constatação de que:

(a) é grave, permanente e generalizada a violação de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo e indeterminado de pessoas (na hipótese, não basta uma proteção insuficiente);

(b) há comprovada omissão reiterada de diversos e diferentes órgãos estatais no cumprimento de suas obrigações de proteção dos direitos fundamentais, que deixam de adotar as medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar e superar essa violação, consubstanciando uma **falha estrutural** das instâncias políticas e administrativas (isto é, não basta, para caracterizar o ECI, a omissão de apenas um órgão ou uma autoridade);

(c) existe um número elevado e indeterminado de pessoas afetadas pela violação; e

(d) há a necessidade de a solução ser construída pela atuação conjunta e coordenada de todos os órgãos envolvidos e responsáveis, de modo que a decisão do Tribunal – que se reveste de natureza **estrutural**, na medida em que envolve uma pluralidade de providências – é dirigida não apenas a um órgão ou autoridade, mas sim a uma pluralidade de órgãos e autoridades, visando à adoção de mudanças **estruturais** (como, por exemplo, a elaboração de novas políticas públicas, a alocação ou remanejamento de recursos públicos, obrigações de fazer ou de não fazer, etc.).

Com tudo isso, ficou evidenciado a necessidade de se buscar uma solução para os problemas que o país enfrentava a época, através de um diálogo entre todos os interessados em uma solução para os problemas sociais que o Estado Colombiano enfrentava. Surge com isso poderoso precedente para a efetivação das garantias constitucionais que eram previstas à época.

A matéria veio a ser analisada no Brasil através da ADPF 347/DF, proposta pelo PSOL, buscando uma mudança estrutural na administração dos presídios brasileiros, os mesmos passam por diversos problemas de ordem administrativa, financeira e estrutural, tais como alguns elencados pelo Ministro Marco Aurélio^[8], do Supremo Tribunal Federal, em seu voto, no julgamento da ação, quais sejam: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.

Em medida cautelar na ação os ministros do STF, pelo voto da maioria, deram parcial provimento a ação^[9] e instituíram certas medidas para que de imediato fossem sanadas algumas irregularidades, entre elas, as de maior importância:

(a) A realização de audiências de custódia, que deveriam viabilizar o comparecimento do preso em no máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. Com base nos artigos 9.3 do pacto dos direitos civis e políticos e 7.5 da convenção interamericana de direitos humanos;

(b) Dever dos juízes de, quando possível, estabelecer penas alternativas à prisão pelo fato de ser desarrazoado o cumprimento de prisão nas condições atuais do sistema carcerário; e

(c) Liberação imediata do saldo acumulado no fundo penitenciário nacional para restauração, reforma e adequação dos presídios brasileiros ao necessário para manter o detento em condições de se cumprir a pena com dignidade.

Essas medidas visavam a mudar gradualmente o quadro de inconstitucionalidade latente a que o sistema penitenciário estava passando. O Estado de coisas inconstitucional, apesar de não ter sido mencionado anteriormente a ADPF 347/DF, já estava sendo reflexamente discutido no Congresso nacional através de relatórios sobre o sistema carcerário que já vem sendo realizados por décadas no Brasil.

Vários já foram os relatórios apresentados aos poderes constituídos que demonstram a precariedade do cárcere brasileiro. Um bom exemplo que corrobora com a ideia de necessidade de se declarar o Estado de Coisas Inconstitucional é o relatório realizado pela Comissão de direitos humanos e minorias em parceria com a pastoral carcerária – CNBB realizado em 2006^[10], onde são apontadas que em 17 Estados da

federação foram constatados problemas estruturais existentes nos presídios.

Esses relatórios se repetem ano a ano e nada é efetivamente realizado para pôr termo a crise institucional que vem sendo vivida pela Administração pública em todas as suas esferas de governo, qualquer medida para controlar a situação se perde pela burocracia e morosidade estatal.

A ADPF 347/DF, entre outros direitos, busca garantir que seja aplicada dentro dos presídios brasileiros todos os meios necessários para se garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio constitucional de primeira dimensão construído paulatinamente durante os vários processos de formação que o país já enfrentou.

Fato é que, foi proposta uma nova maneira de se estabelecer uma administração inteligente. Com o *ativismo dialógico* busca - se criar uma maior interação entre os órgãos públicos que efetivamente estão afetos a criar condições de acesso aos direitos fundamentais, e que devem ser garantidos pela Administração pública.

Segue-se que a teoria do Estado de coisa inconstitucional busca ainda efetivar as disposições que surgiriam do diálogo entre os órgãos da administração pública com o que foi chamado de *ordem de desbloqueio* que seria a impossibilidade de se impedir, através da burocracia, que se efetivem os meios buscados pelo ativismo dialógico para satisfazer as necessidades sociais afetas a prestações estatais.

Posto isso, desde sua origem, a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional passou por inúmeras transformações, na medida em que era aplicada em diferentes casos, na Corte Constitucional Colombiana, veio a ser totalmente remodelada ao ser aplicada em solo brasileiro.

Embora o Estado de Coisas Inconstitucional, em uma análise rápida, tenha essa pretensão de abertura ao diálogo, numa espécie de poli centrismo processual, retirando, num primeiro momento, o protagonismo do Poder Judiciário, tal perspectiva se mostra apenas aparente. É que, no monitoramento do cumprimento das políticas públicas necessárias para o enfrentamento do estado de inconstitucionalidades, salvaguardando jurisdição com essa finalidade, a Corte Constitucional se coloca em posição assimétrica, assumindo de forma indisfarçada uma posição cimeira aos demais poderes envolvidos na solução do problema. Foi nessa linha, aliás, que decidiu o Supremo Tribunal Federal na medida cautelar na ADPF 347^[11].

2.DIREITOS SOCIAIS, POLITICAS PÚBLICAS, JUDICIALIZAÇÃO E A ADPF 347/DF: O ATIVISMO JUDICIAL NAS ATIVIDADES DO PODER PÚBLICO

A concretização de direitos fundamentais é sempre assunto importante quando se trata da prestação de serviços públicos, mais especificamente no que tange a análise de sua adequação as previsões constitucionais relativas ao tema.

Os direitos fundamentais, ao longo do tempo, sofreram importantes mudanças no que se refere a sua interpretação. Foram inúmeras as fases até se alcançar, apesar de bastante óbvio atualmente, a ideia de direitos fundamentais coletivos, ditos direitos da sociedade ou sociais.

Na lição de Alexandre de Moraes^[12], os direitos sociais são *“direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal^[13]”*.

A constituição federal tratou de alçar os direitos sociais a condição de direitos indisponíveis além de autoaplicáveis, tudo com o objetivo de garantir máxima eficácia no momento de sua aplicação.

Interessante ainda notar que, em muitas situações os direitos sociais são entregues a sociedade através das chamadas políticas públicas, estas podem ser conceituadas, nas palavras do ilustre doutrinador José dos Santos Carvalho Filho^[14] como sendo:

“Políticas públicas, por conseguinte, são as diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios das coletividades. Nesse conceito tem-se que diretrizes são os pontos básicos dos quais se originara a atuação dos órgãos; estratégias correspondem ao *modus faciendi*, isto é, aos meios mais convenientes e adequados para a consecução das metas obtidas mediante processo de opção ou escolha, cuja execução antecederá à exigida para outros objetivos; e ações constituem a efetiva atuação dos órgãos públicos para alcançar seus fins. As metas constituem os objetivos a serem alcançados: decorrem na verdade, das propostas que nortearam a fixação das diretrizes”.

Outro importante fator a ser informado inicialmente é que em muitos os casos o poder público se abstém de realizar determinadas ações que se constituem em verdadeiras obrigações sociais do Estado para com a sociedade, essa situação de abstenção estatal acaba gerando um conflito de interesses, de um lado o poder público alegando falta de receitas públicas suficientes para concretizar ações governamentais de caráter obrigatório, e, do outro os particulares lesados em seus direitos buscando, quase sempre judicialmente, a prestação estatal que lhe é devida. Situação evidenciada no tema em discussão em que o PSOL, buscando obrigar o Estado a prestar melhores condições de existência aos internos do sistema penitenciário, propôs junto ao Supremo Tribunal Federal a ADPF 347/DF, Motivo do presente trabalho.

Com o aumento desse problema e a constante busca da sociedade por uma prestação social através de uma decisão judicial positiva, surge na doutrina e jurisprudência a discussão acerca desse fenômeno, o qual ficou batizado de judicialização das políticas públicas, que se constituem na busca ao judiciário como última alternativa para a obtenção da prestação de um dever estatal, instrumentalizado em uma prestação social normalmente entendida como uma política pública.

A judicialização de direitos se transformou em um debate sobre o papel do judiciário na sociedade. Há os que apontam que o mesmo deve se limitar a não interferir na esfera de competência de outros entes, também existem apontamentos que corroboram com a ideia de um poder judiciário social e atuante em matérias de cunho social.

O Ministro Gilmar Mendes^[15] afirma que *“O fato é que a judicialização de direitos sociais ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do Direito, mas também os gestores públicos, os profissionais de diferentes áreas e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização dos direitos sociais, por outro as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para as diferentes áreas da sociedade e além das possibilidades orçamentárias (...).”*

Esse entendimento, ampliado para os demais direitos sociais, leva a conclusão que a atuação judicial deve ser exceção, mas não impossível diante de omissões, sejam administrativas, sejam legislativas. Assim, quando não se têm obrigações específicas previstas na Carta Magna, diante da interpretação do art. 5, §1º, CF, não existem óbices a eventuais interferências judiciais para concretizar direitos sociais.

O poder judiciário não atua adentrando na competência, seja administrativa ou legislativa, dos demais órgãos e agentes públicos. O que se verifica na judicialização de direitos sociais como os em discussão, é tão somente a busca pelo poder judiciário em efetivar a prestação de serviços públicos.

Nesse sentido o Princípio da Separação dos Poderes deve ser mitigado para permitir a preservação dos limites imanentes dos direitos fundamentais, da forma apregoada, com brilhantismo, por Robert Alexy^[16].

Importante ainda notar que a própria Separação dos Poderes, na maneira como foi pensada por Montesquieu^[17] em sua *ratio essendi* calcada na limitação do arbítrio: o Poder foi tripartido, justamente, para que os seus detentores, dentro do Sistema de Freios e Contrapesos, pudessem criar mecanismo de se conterem. Se é assim, legitimado encontra-se o Poder Judiciário para impedir a violação dos direitos fundamentais pelos demais Poderes.

O Estado de Coisas Inconstitucional não importa uma usurpação, pelo Judiciário, das funções intrínsecas aos outros Poderes. Com efeito, o próprio cumprimento das ordens emanadas em tais circunstâncias exigirá uma ação estrutural e coordenada, o que exige o diálogo entre as autoridades de Todos os Poderes. Neste sentido, preleciona, com maestria, George Marmelstein Lima, verbis:

Esse processo de diálogo institucional é o que se pode extrair de mais valioso do modelo colombiano. A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional é, antes de mais nada, uma forma de chamar atenção para o problema de fundo, de reforçar o papel de cada um dos poderes e de exigir a realização de ações concretas para a solução do problema. Entendida nestes termos, o Estado de Coisas Inconstitucional não implica, necessariamente, uma usurpação judicial dos poderes administrativos ou legislativos. Pelo contrário. A ideia é fazer com que os responsáveis assumam as rédeas de suas atribuições e adotem as medidas, dentro de sua esfera de competência, para solucionar o problema. Para isso, ao declarar o estado de coisas inconstitucional e identificar uma grave e sistemática violação de direitos provocada por falhas estruturais da atuação estatal, a primeira medida adotada pelo órgão judicial é comunicar as autoridades relevantes o quadro geral da situação. Depois, convoca-se os órgãos diretamente responsáveis para que elaborem um plano de solução, fixando-se um prazo para a

apresentação e conclusão desse plano. Nesse processo, também são indicados órgãos de monitoramento e fiscalização que devem relatar ao Judiciário as medidas que estariam sendo adotadas[\[18\]](#).

Ao contrário que é sustentado por alguns defensores da corrente contrária (Raffaele Giorgi e Celso Capilongo[\[19\]](#)), o Estado de Coisas Inconstitucional não cria uma falsa ilusão de que todas as mazelas sociais serão resolvidas pelo Judiciário. Ao contrário, não resta qualquer dúvida, de que a espécie deva recair sobre situações excepcionalíssimas. E a efetivação da ordem depende, conforme dito alhures, de ação coordenada e harmônica de todos os Poderes do Estado[\[20\]](#).

De fato, em um primeiro momento, a o ativismo judicial estrutural na Colômbia, com a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, não resolveu as mazelas dos cárceres daquele Estado. Todavia, o argumento é inservível para desautorizar a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional.

Isto porque não se pode condenar à morte um instituo tão complexo, por meio de um único resultado obtido[\[21\]](#).

Acrescente-se a isto que o próprio Judiciário da Colômbia reconheceu os erros da maneira como o ativismo foi praticado: de forma autoritária e sem a participação dos Poderes. Estão, por consequência, aplicando as correções devidas para o êxito de suas ações. Dessa forma, no Brasil, o mesmo não foi adotado em sua inteireza, da forma como feito pela Corte Constitucional Colombiana, o que se viu em solo pátrio foram situações de colaboração para a solução das latentes inconstitucionalidades que o Estado praticava ou se abstinha de praticar.

Não é por menos que neste estudo defende-se que, ao declarar o ECI, o Judiciário deverá dialogar (daí o uso da expressão dialógica – Administração Pública dialógica – muito utilizado quando se busca tratar de desburocratização das atividades públicas[\[22\]](#)) com os outros Poderes, de sorte que o cumprimento das ordens emanadas seja de forma harmônica. Neste ponto, o Juiz passa a ser um coordenador institucional[\[23\]](#).

Com a eclosão do modelo político do Estado Democrático de Direito, instituído no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, a Função típica do Poder Judiciário incorporou um poder-dever além do que possuía no modelo garantista do Estado Liberal ou do modelo provedor do Estado Social (*welfare state*[\[24\]](#)).

Com tudo o que foi posto, pode-se afirmar que não deve o Poder Judiciário deixar de Tutelar os Direitos Fundamentais, mormente aqueles ligados à Dignidade da Pessoa Humana, quando os detentores dos outros Poderes deixarem de adotar políticas públicas mínimas para resguardá-los. Assim, o Estado de Coisas Inconstitucional legitima o ativismo judicial estrutural no âmbito das atividades do poder público em qualquer de suas esferas.

3. DO ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL DIALÓGICO E A ORDEM DE DESBLOQUEIO NAS ATIVIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A ADPF 347/DF, entre outros direitos, busca garantir que seja aplicada dentro dos presídios brasileiros todos os meios necessários para se garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio constitucional de primeira dimensão construído paulatinamente durante os vários processos de formação que o país já enfrentou.

Fato é que, foi proposta uma nova maneira de se estabelecer uma administração inteligente, com o que se vinha denominando de *ativismo judicial estrutural dialógico*, o instituto busca criar uma maior interação entre os órgãos públicos que efetivamente estão afetos a criar condições de acesso aos direitos fundamentais, e, que devem ser garantidos pela Administração pública.

Em suma, o Estado de Coisas Inconstitucional e o ativismo judicial estrutural dialógico só se mostram necessários em democracias caracterizadas por sub-representações e por ostensiva inércia das autoridades públicas na concretização das pretensões constitucionais, e visam harmonizar e coordenar os poderes do Estado. Portanto, na qualidade de principal guardião da dimensão constitucional da democracia, cabe ao STF alinhar as instituições dos poderes públicos no caminho do respeito à dignidade humana, como última trincheira dessa parcela significativa de pessoas ignoradas socialmente e vítimas de um sistema administrativo cada vez mais falho e desestruturado[25].

Esse modelo de ativismo decorrente do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional promove a harmonização entre os poderes públicos em prol de algumas minorias deliberadamente ignoradas. Notadamente, isso exige uma remodelação do princípio da separação de poderes, sob pena de esvaziamento de direitos fundamentais. É dizer, este princípio não deve ser visto sob uma ótica rígida e meramente organicista. Aliás, atualmente, fala-se até em ativismo constitucional[26], pois, em nome da Carta Federativa, todo poder público deve adotar um perfil ativista na proteção dos direitos fundamentais.

Segue-se que a teoria do Estado de coisa inconstitucional busca ainda efetivar as disposições que surgiriam do diálogo entre os órgãos da administração pública com o que foi chamado de *ordem de desbloqueio*^[27] que seria a impossibilidade de se impedir, através da burocracia, que se efetivem os meios buscados pelo ativismo judicial estrutural dialógico para satisfazer as necessidades sociais.

O STF buscou solucionar esse entrave ordenando a liberação imediata do saldo acumulado no fundo penitenciário nacional para restauração, reforma e adequação dos presídios brasileiros ao necessário para manter o detento em condições de se cumprir a pena com dignidade, *data máxima venia*. Essa medida não necessitaria de ordem judicial caso fosse ordenado que esse fundo fosse liberado sempre que necessário ao atendimento de necessidades básicas para se manter um estabelecimento prisional, o que na teoria deveria ocorrer, sem entraves burocráticos, ou seja, estamos diante da necessidade de se criar a ideia de *maximização das atribuições administrativas* e uma *minimização do estado judicial* no que se trata de haver sempre uma necessidade de busca constante do judiciário para sanar a inércia administrativa em efetivar as políticas sociais a ela incumbidas.

Esses institutos não são vistos com bons olhos por parcela da doutrina. Importante trazer à discussão as palavras do iminente jurista e professor [Lenio Luiz Streck](#), importante questionador dos limites da atuação judicial e do ativismo que vem se desenvolvendo nos tribunais, para o qual “O próprio nome da tese (Estado de Coisas Inconstitucional — ECI) é tão abrangente que é difícil combatê-la. Em um país continental, presidencialista, em que os poderes Executivo e Legislativo vivem às turras e as tensões tornam o Judiciário cada dia mais forte, nada melhor do que uma tese que ponha “a cereja no bolo”, **vitaminando o ativismo**, cujo conceito e sua diferença com a judicialização estão desenvolvidos em vários lugares. A origem do ECI é a Corte Constitucional da Colômbia, cujas decisões não serão debatidas aqui. Não me parece que a questão colombiana seja aplicável no Brasil. Aliás, a Colômbia continua tendo muitos estados de coisas inconstitucionais e já há alguns anos não aplica a tese^[28]”.

Por tudo o que foi exposto, não se concorda com esses dizeres. O professor de Direito constitucional da UERJ Carlos Alexandre de Azevedo Campos, fazendo referência ao voto do relator da ADPF 347/DF, Ministro Marco Aurélio, afirma que “O voto do relator da ADPF 347, ministro Marco Aurélio, faz clara opção pela via dialógica do instituto: propôs que o STF interfira na formulação e implementação de políticas públicas e em escolhas orçamentárias, mas mediante ordens flexíveis seguidas de monitoramento da execução das medidas. A proposta não lança o tribunal a um “estado de arrogância institucional”, muito ao contrário, a opção é pelo caminho da interação institucional em torno de um objetivo comum. Optou, portanto, pela forma de atuação que deu certo,

e não a que fracassou. É o que se espera de uma corte constitucional em casos que apresentam quadro tão acentuado de violações de direitos fundamentais, mas, ao mesmo tempo, de soluções tão complexas: que não seja inerte, mas que também não tente resolver tudo sozinha[29][30].”

Posto isso, fica claro que tais medidas impostas visam tão somente criar um mecanismo de diálogo buscando um bem comum. Essa atitude é a que se espera de uma Corte Constitucional que realmente protege e execute a Constituição. Não há que se falar em um novo ativismo judicial mascarado em uma nova teoria, o que está em voga é uma nova maneira de se pensar a Administração pública, uma maneira conglobante e eficiente de se imaginar o serviço público.

4. CONCLUSÕES

Por todo o exposto, pode -se dizer que o Estado de Coisas Inconstitucional nada mais é que uma omissão no dever de legislar. Contudo, é uma omissão qualificada, posto que gerada pela inércia deliberada e sistêmica dos órgãos públicos em geral, resultando na grave violação de direitos sociais, verdadeira divisão menor da classificação do gênero direitos humanos, e que requer uma atuação dialógico-estruturante para sanar o Estado de inconstitucionalidade.

E essa grave violação de direitos humanos decorre dos chamados pontos cegos legislativos (*legislative blind spots*[31]), mais precisamente da falta de vontade política por parte dos poderes representativos em atuar em prol de minorias estigmatizadas, ainda mais quando presente o temor dos custos políticos ao favorecer determinados grupos.

Diante da falta de atuação dos poderes de representação e execução, a eficácia normativa da Constituição acaba por não alcançar essas que mais buscam a ajuda estatal através de prestações positivas, fragilizando a densidade de preceitos constitucionais gerais ou específicos que buscam proteger o núcleo rígido da Constituição Federal: a dignidade da pessoa humana.

Se é correto afirmar que a iniciativa de políticas públicas deve ser tomada pelos poderes Executivo e Legislativo, mais correto ainda é que quando a ausência delas torna-se obstáculo ao exercício regular ou resulta na violação de um direito fundamental constitucionalmente assegurado abre-se espaço para que o Judiciário atue em defesa dos preceitos constitucionais violados visando sanar o estado de inconstitucionalidade, ainda que importe em sentença de perfil aditivo[32].

Isso é possível em função do nítido caráter substancial (ou programática) da Constituição Federal de 1988, o que legitima maior interferência do Judiciário nos demais poderes.

E isso não é novidade em nosso ordenamento jurídico, já que temos instrumentos constitucionais como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção, o mandado de segurança e outros, os quais permitem a ingerência do Judiciário nos outros poderes.

Só que a ADPF que visa declarar o Estado de Coisas Inconstitucional (ou a omissão parcial qualificada) vai além por, supostamente, não existir previsão no ordenamento jurídico para manipular instrumentos de perfil dialógico.

No entanto, essa não é a leitura mais acertada, já que a abertura do texto permite o mutismo constitucional hermeneuticamente significativa de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária, contribuindo para o amplo espaço de conformação da ADPF. E a legislação ordinária tem cumprido seu papel ao permitir que o Tribunal Constitucional desenvolva novas técnicas de decisão por meio do disposto no art. 10, *caput*, da lei 9.882/99[33].

Diante da nítida e generalizada violação de direitos humanos, bem como da incapacidade, inércia e descaso do poder público representado nas várias instituições, impende ao Guardião da Constituição (art. 103, *caput*, da CF) “o papel de retirar os demais poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. A intervenção judicial seria reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas”[34].

Diante da excepcionalidade da medida, é que seus requisitos são extremamente rígidos: 1) omissão parcial que resulte na grave violação dos direitos humanos; 2) inércia deliberada dos poderes públicos; 3) que requeira atuação dialógico-estruturante para sanar o estado de inconstitucionalidade.

Diante de todo o exposto, por mais que se se afirme tratar de uma tese sem base legal, por mais que se critique o excessivo ativismo judicial, bem a possibilidade de uma “decisão simbólica”, o fato é que o Supremo não pode ficar de braços cruzados diante da nítida violação dos direitos humanos. Fato é que, a Administração Pública sempre arcará com o preço da própria inércia, a atividade judiciária vem para corrigir os problemas causados pela inércia legislativa. A atitude cada vez mais atuante do judiciário é uma tendência mundial, visto que o ativismo judiciário mostra-se como exemplo de autorregulação dos poderes estatais

frente a ilegalidades perpetradas contra a sociedade, essa autorregulação de poderes é a mais antiga forma de se garantir que as prestações estatais sejam realmente efetivadas.

NOTAS:

2 **Sentencia de unificacion - SU 559/97**. Disponível em: < <https://corteconstitucional.vlex.com.co/vid/-43561231> >. Acesso em 28 de abril de 2017.

3 CAMPOS, Carlos Alexandre de A. **Estado de Coisas Inconstitucional e Litígio Estrutural**. In: **Conjur – Consultor Jurídico**. 2015, p. 2-3. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural> >. Acesso em 28 de Abril de 2017.

4 CAMPOS, Carlos Alexandre de A. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”**. 2015. 58 f. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: < https://www.academia.edu/15142674/Da_Inconstitucionalidade_por_Omiss%C3%A3o_ao_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_.2015.Tese_de_Doutorado_em_Direito_P%C3%BAblico >. Acesso em 28 de abril de 2017.

[4] **Sentencia de tutela 153/98**. Disponível em: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm> >. Acesso em 12 de abril de 2017.

[5] **Sentencia de tutela 25**. Disponível em: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm> >. Acesso em 12 de abril de 2017.

7 JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 11º Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. P. 421.

[7] JÚNIOR, Dirley da Cunha. **O Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: < <https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/estado-de-coisas-inconstitucional> >. Acesso em 14 de junho de 2017.

[8] **Consulta Processual ao Sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> >. Acesso em 14 de junho de 2017.

[9] **Consulta Processual ao Sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em:

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590309>

< <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3896480&tipoApp=RTF> >. Acesso em 14 de junho de 2017.

[10]

Consulta ao Sítio eletrônico da Câmara Legislativa Federal. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdhm/noticias/prisional>>. Acesso em 14 de junho de 2017.

[11] **Consulta Processual ao Sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em 14 de junho de 2017.

[12] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** São Paulo: Editora Atlas, 2016. P. 202.

[13] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, Gráfica do Senado, 2016.

[14] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas.** In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites.** Belo Horizonte: Fórum, 2006. P. 107.

[15] **Consulta Processual ao Sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em:

< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255> >. Acesso em 10 de julho de 2017.

[16] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2º Ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2017.

[17] MONTESQUEIU, Charles Louis de. **O Espírito das Leis.** 4º Ed. São Paulo: Martins Editora, 2005.

[18] LIMA, George Marmelstein. **O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional.** Disponível em:

< <http://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci-apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/> >. Acesso em 10 de abril de 2017.

[19] GIORGI, Raffaele De; FARIA, José Eduardo; CAPILONGO, Celso. **Estado de Coisas Inconstitucional.** Disponível em: <

opinioao.estadao.com.br/noticias/geral%2cestado-de-coisas
inconstitucional%2c10000000043 >. Acesso em 17 de julho de 2017,

[20] COUTO, Edenildo Souza. **O Estado de Coisas inconstitucional e a proteção dos direitos fundamentais.**

Disponível em: < <https://artigojuridico.com.br/2016/08/31/o-estado-de-coisas-inconstitucional-e-a-protecao-dos-direitos-fundamentais/> >. Acesso em 17 de julho de 2017.

[21] GIORGI, Raffaele De; FARIA, José Eduardo; CAPILONGO, Celso. **Estado de Coisas Inconstitucional.** Disponível em: < opiniao.estadao.com.br/noticias/geral%2cestado-de-coisas-inconstitucional%2c10000000043 >. Acesso em 17 de julho de 2017.

[22] VALLE, João Paulo Lawall. **Administração monológica e Administração Dialógica.** Disponível em: < <https://blog.ebeji.com.br/administracao-monologica-e-administracao-dialogica/> > acesso em 28 de julho de 2017.

[23] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. JOTA Mundo: **Estado de Coisas Inconstitucional.** Disponível em: < <http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional> >. Acesso em 28 de julho de 2017.

[24] NETO, Arnaldo Bastos Santos; SANTOS, Leila Borges Dias. **Ferdinand Lassalle e o Estado do bem-estar social.** Disponível em: < <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/9801> >. Acesso em 28 de julho de 2017.

[25] ABREU, Ivy de Souza; SILVA, Renan Horta. **O Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário e o ativismo judicial no panorama político-democrático brasileiro frente ao princípio constitucional da separação dos poderes.** Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/58529/o-estado-de-coisas-inconstitucional-no-sistema-penitenciario-e-o-ativismo-judicial-no-panorama-politico-democratico-brasileiro-frente-ao-principio-constitucional-da-separacao-de-poderes> >. Acesso em 28 de julho de 2017.

[26] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 5. ed. São Paulo. Saraiva: 2015.

[27] VIEIRA, Samuel de Jesus. **O Estado de Coisas Inconstitucional e a necessidade brasileira de se adotar o ativismo dialógico e a ordem de desbloqueio nas atividades da Administração Pública.** Disponível em:

< http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17354 >.

Acesso em 28 de julho de 2017.

[28] STRECK, Lenio Luiz. **O Estado de Coisas Inconstitucional é uma forma de ativismo.** In: **Conjur – Consultor Jurídico**. 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo> >. Acesso em 28 de julho de 2017.

[29] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o Litigio Estrutural.** In: **Conjur – Consultor Jurídico**. 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural> >. Acesso em 28 de julho de 2017.

[30] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional.** Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

[31] DE SOUZA, André Leandro Barbi. **A administração pública, os “pontos cegos” e a defasagem das leis.** Disponível em: < <https://www.igam.com.br/gestaopublica/a-administracao-publica-os-pontos-cegos-e-a-defasagem-das-leis/> >. Acesso em 28 de julho de 2017.

[32] Sobre isso, Sentença Aditiva é aquela em que a Corte, ao Decidir, cria uma norma autônoma, estendendo aos excluídos, os benefícios decorrentes de normas que não alcançam todas as parcelas da sociedade de forma igualitária, verdadeira ponte para a efetivação da isonomia constitucional. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 177.

[33] **Consulta ao sitio eletrônico do planalto.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm >. Acesso em 28 de julho de 2017.

[34] Trecho do Voto do Ministro relator Marco Aurélio na ADPF 347/DF. **Consulta Processual ao Sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> >. Acesso em 14 de junho de 2017

PENA DE MORTE: UM FETICHE BRASILEIRO.

BRUNO BORTOLUCCI BAGHIM:
Defensor Público do Estado de São Paulo. Colaborador do Núcleo Especializado de Combate à Discriminação, Racismo e Preconceito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP) - Campus Franca. Especialista em Ciências Penais.

O Brasil tem fetiche com o autoritarismo. Vibra com operações policiais violentas e com o uso extremado da força por parte do Estado. Clama por “justiça”, por encarceramento, e pela morte dos criminosos. Embora pesquisa recente [1] indique que 57% dos brasileiros sejam favoráveis à pena de morte (número que já é alarmante), atuais manifestações em redes sociais parecem indicar um índice muito maior de adeptos da pena capital.

A comoção gerada no país no início de 2015 pela execução do brasileiro Marco Archer após condenação por tráfico de drogas pela justiça da Indonésia é exemplo de como se encara a pena capital em terras tupiniquins. Assustadoramente, a maioria dos comentários que se viu era de apoio à execução, com manifestações raivosas de que o mesmo procedimento seria a solução para o Brasil, onde o “homem de bem” é vítima constante de uma criminalidade cruel e pandêmica. Por seu turno, grupo aparentemente minoritário se postou contrariamente à aplicação da pena capital, gerando debates acirrados, sobretudo em redes sociais, e perplexidade naqueles que, investidos de notável senso de “justiça”, defendiam o fuzilamento.

Todavia, ironicamente, pode-se afirmar que os que desejam a implantação da pena capital na verdade devem querer o bem do Brasil, de seus cidadãos, e até mesmo dos réus.

Inicialmente, pode-se tomar por base os Estados Unidos, país que, embora mais rico, também é multicultural, e tem problemas sociais

semelhantes aos do Brasil: pobreza, desigualdade social, concentração de renda, e elevados índices de criminalidade.

Como é de conhecimento geral, muitos estados norte-americanos cominam a pena de morte para determinadas condutas, e a pergunta a ser respondida é: quantas pessoas são executadas após aguardar no corredor da morte?

Segundo dados divulgados pelo Centro de Informação sobre a Pena de Morte [2], em 2014 foram executados 35 condenados nos Estados Unidos, sendo que 39 foram mortos em 2013.

Analisando-se o tema em âmbito global, informações da Anistia Internacional [3] indicam cerca de 778 pessoas executadas em 22 nações diferentes no ano de 2013, excluindo-se a China, onde a pena de morte é tratada como segredo de Estado e não há estimativas confiáveis sobre o número de execuções que lá ocorrem. Ainda segundo a Anistia, 80% das execuções contabilizadas se concentraram em três países: Irã, Iraque e Arábia Saudita.

E por que os que desejam a pena de morte na verdade podem estar desejando o bem do Brasil e de seu povo? A resposta é simples: em um plano ideal, morreriam menos pessoas.

Embora não tenha a pena capital instituída, o Estado brasileiro mata mais do que qualquer corredor da morte. E os números são alarmantes.

Segundo dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública publicados pela Folha de São Paulo [4], entre 2009 e 2013 a polícia brasileira matou nada menos do que 11.197 pessoas, número que supera as 11.090 mortes causadas pela polícia norte-americana ao longo de 30 anos – lembrando que os EUA têm 319 milhões de habitantes contra 200 milhões do Brasil. É uma média 06 mortos por dia. Cerca de 2.200 pessoas por ano.

Exemplo perturbador pode ser encontrado no estado São Paulo, onde entre 2005 e 2009 a polícia militar matou mais do que todas as polícias norte-americanas juntas no mesmo período (2.045 contra 1.915 mortos),

segundo notícia publicada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais [5]. São índices semelhantes aos do México, país que vive guerra declarada contra o narcotráfico, e que em 2011 registrou 1,37 mortes por 100 mil habitantes, contra 1,13 em São Paulo no mesmo ano. E aos que pensam que esta postura violenta reduziu a criminalidade, a verdade decepciona: embora em 2014 a polícia militar paulista tenha batido recorde da década (foram 816 mortes), os índices de criminalidade não diminuíram [6].

Como se vê, a pena capital na prática já existe no Brasil, e é executada com mais frequência do que em qualquer outro país, com uma peculiaridade: não há chances de defesa. Não há devido processo legal. Não há um procedimento regularmente instaurado em que a pessoa possa produzir provas a seu favor, e onde seu destino será definido por um órgão judicial imparcial, tendo direito a recurso contra eventual condenação. Não. A morte vem de forma violenta, repentina e inevitável.

Por tais razões, pergunta-se: pode-se então concluir que o brasileiro honesto e pagador de impostos, ciente de tais números, vê na “regulamentação” da pena de morte um benefício, uma forma de controle ao massacre ora instalado, e só por isso a defende? Ledo engano: o brasileiro não só quer a pena capital institucionalizada, como também não se opõe às execuções que já ocorrem criminosamente, havendo inclusive considerável parcela da população que inacreditavelmente as apoia.

Resta saber: é possível que a pena de morte seja formalmente instituída no Brasil?

Primeiro, do ponto de vista jurídico, a resposta é negativa. O atual ordenamento constitucional veda a imposição da pena capital em tempos de paz, apenas autorizando sua aplicação em casos de guerra declarada (artigo 5º, XLVII, da Constituição Federal), havendo a previsão da pena de morte para determinados delitos no Código Penal Militar. Em sendo uma garantia individual, expressamente consagrada no artigo 5º da Constituição, a vedação à pena de morte por delitos em tempos de paz jamais poderá ser derrubada, por se tratar de cláusula pétrea, protegida pelo artigo 60, §4º, IV, da própria Constituição, que dispõe que sequer será

objeto de deliberação proposta tendente a abolir direitos e garantias individuais. Como se não bastasse, o Estado brasileiro é signatário de tratados internacionais em que se compromete a não instituir pena de morte em tempos de paz. Logo, qualquer movimento legislativo no sentido de instituir a pena capital estaria fadado ao insucesso.

De um ponto de vista prático, ainda que uma violenta revolução derrubasse o atual regime democrático, outorgasse uma nova constituição, denunciasse os tratados dos quais o Brasil é signatário (sujeitando o país a inevitáveis sanções internacionais), e instituísse a pena de morte em tempos de paz, a sua eficácia na área da segurança pública também seria duvidosa.

Segundo a Anistia Internacional [7], não há em âmbito mundial qualquer prova de que a pena de morte tenha efeito de inibição da criminalidade, muito pelo contrário. Estudos realizados nos Estados Unidos em 2004 indicavam taxa média de homicídios nos estados que aplicavam a pena de morte no patamar de 5,71 por 100.000 habitantes, sendo que os estados que não a aplicavam apresentavam índices de 4,02 homicídios por 100.000 habitantes. Por seu turno, no Canadá, constatou-se em 2003, passados 27 anos da abolição da pena de morte naquele país, que a taxa de homicídio decresceu 44% em relação ao período em que a pena capital ainda era aplicada. No entendimento da Anistia, ao invés de tornar mais segura a sociedade, a pena de morte só serve para legitimar a violência estatal, perpetuando um ciclo de violência.

Assim, que a educação em direitos e o acesso a informações e estatísticas fidedignas possam ajudar o brasileiro a superar tão odioso fetiche.

NOTAS:

[1] <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/01/1948659-apoio-a-pena-de-morte-bate-recorde-entre-brasileiros-aponta-o-datafolha.shtml>

[2] <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/12/1564703-eua-tem-menor-numero-de-execucoes-de-pena-de-morte-em-20-anos.shtml>

[3] <http://www.dw.de/anistia-internacional-denuncia-aumento-de-execu%C3%A7%C3%B5es-de-pena-de-morte/a-17523262>

[4] <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/11/1545847-em-5-anos-policia-brasileira-matou-em-media-6-pessoas-por-dia-diz-estudo.shtml>

[5] <http://www.ibccrim.org.br/noticia/13905-Em-cinco-anos,-PM-de-Sao-Paulo-mata-mais-que-todas-as-policias-dos-EUA->

[6] <http://noticias.r7.com/sao-paulo/pm-bate-recorde-de-mortes-em-sp-e-nao-reduz-crimes-12012015>

[7] http://www.amnistia-internacional.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=77:mitos-e-factos-sobre-a-pena-de-morte-&catid=18:mitos-e-factos&Itemid=76

FREUD E A RELIGIÃO

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA:
Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da UNIFACS. Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela UNIFACS.

Em 1927, Sigmund Freud, já reconhecido como o médico que introduzira a psicanálise para tratar de algumas doenças de fundo psíquico, escreveu um pequeno livro intitulado “*O Futuro de uma Ilusão*”, trazendo reflexões sobre a questão religiosa, e submetendo-a a uma análise até então simplesmente inimaginável.^[1]

Talvez para deixar o texto com uma forma mais dinâmica, utilizou-se, muita vez, do que ele chamou de um “*oponente oculto que segue meus argumentos com desconfiança*”, cedendo-lhe “*a palavra de quando em quando*.” Note-se que ele já havia “inventado” essa “estratégia” de se valer de um interlocutor fictício quando antes escreveu, em 1926, um trabalho sobre “*A questão da Análise Leiga: Diálogo com um Interlocutor Imparcial*.”^[2]

Como o título do trabalho não deixa dúvidas, a religião é tratada como uma ilusão, algo que o homem busca para explicar o que a ciência ainda não pode nos oferecer como resposta. Esta, a ciência, longe de ser uma ilusão e muito ao contrário, seria a única fonte para decifrar os enigmas da humanidade.

Freud, agnóstico como se vê, estabelece quatro “bens” – digamos assim – de natureza psíquica que devem ser considerados na avaliação de uma civilização (ou cultura)^[3], sendo a primeira “*o nível moral dos seus participantes*.”^[4]

Depois, teríamos o “*seu patrimônio de ideais*”^[5] e as “*criações artísticas*” com “*as satisfações que podem ser obtidas de ambos*.” Após identificar estes três primeiros componentes, menciona, então, o autor aquele que “*talvez seja o mais importante elemento do inventário psíquico de uma cultura: suas ideias religiosas no mais amplo sentido*”, ou seja, “*suas ilusões*.” Daí ele pergunta bem objetivamente: “*Em que reside o valor especial das ideias religiosas?*”

Para começar a responder a sua própria indagação, Freud lembra que os desejos instintuais do homem, já sentidos a partir da infância - que vão desde o incesto até o desejo de matar -, são reprimidos ora por uma coação externa (a cultura ou a civilização), ora pelo próprio homem que a internaliza, fortalecendo o que ele chama de Super-eu.

Com efeito, o viver em uma civilização exige do homem (e da mulher, por óbvio!) que renuncie a uma gama enorme de desejos instintuais, razão pela qual, por exemplo, não pode ele (nem ela tampouco), *“escolher como objeto sexual toda mulher que lhe agradasse”* (ou todo homem), matar *“tranquilamente seu rival”* ou *“tomar qualquer dos bens do outro sem necessidade de permissão.”* Se o pudesse *“que beleza seria então a vida, que sequência de satisfações!”*

Evidentemente isso não é possível (seja pela coação externa, seja pela internalização da proibição), pois do contrário, tendo cada um os mesmos e todos os desejos, *“no fundo, portanto, apenas um indivíduo teria felicidade irrestrita, eliminando-se as restrições culturais.”* Em suma, venceria o mais forte, ao final e ao cabo.

Portanto, *“foi precisamente por causa desses perigos com que nos ameaça a natureza que nos juntamos e criamos a cultura,^[6] que se destina, entre outras coisas, a tornar possível nossa vida em comum”*, de uma tal maneira que ele chega a afirmar ser *“a principal tarefa da cultura, sua autêntica razão de ser, defender-nos contra a natureza.”*

Mas, nesta tarefa de dominação da natureza pela cultura, não é de se esperar que aquela seja *“dominada”* por esta. Pensar assim, além de um verdadeiro engano, seria mesmo uma *“audácia esperar que algum dia ela (a natureza) se sujeite inteiramente ao ser humano.”* Assim, os terremotos, tsunamis, tornados, furacões, maremotos, as inundações, avalanches, as doenças incuráveis e, por fim, a morte (esse *“doloroso enigma para o qual até agora não se achou e provavelmente não se achará remédio”*), levantam-se todos contra a humanidade, fazendo-nos recordar *“nossa fraqueza e desvalia, que pensávamos haver superado mediante o trabalho da civilização.”^[7]*

Ora, se para a humanidade em geral é difícil conviver com tais e inevitáveis vicissitudes, também o é, naturalmente, para o ser humano, considerado individualmente. Diz Freud neste contexto: *“também para o*

indivíduo é difícil suportar a existência”, sobretudo em razão “dos golpes que recebe da natureza indomada – por ele chamados ‘destino’.”

Indaga, então: *“como se defende ele dos poderes superiores da natureza, do destino, que o ameaçam como todos os demais?”*

Esse desamparo no qual se encontra o indivíduo possui um equivalente em sua infância: *“Quando pequeno, perante o pai e a mãe, que ele tinha razões para temer, sobretudo o pai, cuja proteção, porém, também estava seguro de ter, ante os perigos que então conhecia.”* A situação, portanto, longe de ser nova, *“tem um modelo infantil; é, na realidade, apenas a continuação daquela anterior.”* Assim, igualmente, o ser humano dá às forças naturais *“um caráter paterno, transforma-as em deuses, e nisso segue um modelo não apenas infantil, mas também filogenético.”* Portanto, o desamparo no qual se vê enredado o ser humano faz-lhe ansiar o pai (que ele, em uma incrível ambivalência de sentimentos, teme e admira) e os deuses.^[8]

Destarte, na falta do pai, restam para os homens o acolhimento pelos deuses, que desempenharam, por sua vez, três tarefas básicas, a saber: *“(1) afastar os terrores da natureza, (2) conciliar os homens com a crueldade do destino, tal como ela se evidencia na morte, sobretudo, e (3) compensá-los pelos sofrimentos e privações que lhe são impostos pela vida civilizada que partilham.”*

Ocorre que os deuses não dão conta das duas iniciais funções, primeiro porque *“os fenômenos naturais se desenvolvem por si, conforme necessidades internas; certamente são os deuses os senhores da natureza, eles a dispuseram assim, e agora podem abandoná-la a si mesma”* - salvo os *“milagres”*; segundo porque, *“no que concerne à distribuição dos destinos, persiste a desagradável suspeita de que a perplexidade e o desamparo humanos não podem ser remediados. É nisso, antes de tudo, que os deuses fracassam.”*

Assim, resta aos deuses, na tarefa de amparar os seus filhos, apenas a terceira função: *“compensá-los pelos sofrimentos e privações que lhe são impostos pela vida civilizada que partilham”,* criando-se, então, *“um acervo de concepções, nascido da necessidade de fazer suportável o desvalimento humano, e construído com o material das lembranças da infância do indivíduo e da raça humana.”*

Logo, conclui-se *“que cada um de nós é velado por uma Providência bondosa, só aparentemente severa, que não permite que nos tornemos joguete de forças naturais poderosas e implacáveis. A própria morte não é aniquilação, retorno à inorgânica ausência de vida, mas sim o começo de uma nova espécie de existência que se acha no caminho para um desenvolvimento superior.”*

Com o tempo – e após, *“naturalmente uma longa evolução”* -, os *“seres divinos”* concentraram-se em um *“ser divino único”*, pondo *“à mostra o pai que desde sempre se ocultara, como um núcleo, em cada figura divina. Isso foi, no fundo, um retorno aos começos históricos da ideia de Deus. Agora que Deus era único, as relações com ele podiam reaver a intimidade e intensidade dos laços infantis com o pai. Mas, se fez tanto pelo pai, esse povo também quis ser recompensado, quis ser o único filho amado, o Povo Eleito”*, protegido, agora e finalmente, *“do opressivo poder superior da natureza.”*

Então, eis o que se dá, resumindo: *“quando o indivíduo em crescimento percebe que está destinado a permanecer uma criança, que nunca pode prescindir da proteção contra superiores poderes desconhecidos, empresta a esses poderes os traços da figura paterna, cria os deuses que passa a temer, que procura cativar e aos quais, no entanto, confia sua proteção.”*

A questão agora é estabelecer, sob a ótica da *“psicologia profunda”*, (1) o que são exatamente tais concepções religiosas – no seu sentido mais amplo –, e (2) o seu respectivo valor. Dessa tarefa desincumbe-se bem, a meu ver, o autor, valendo-se ele, para evitar um *“monólogo”*, de um oponente fictício, um interlocutor imaginário que serve para contra argumentar o próprio Freud que, de quando em vez, *“cede-lhe”* a palavra.^[9]

Diz Freud, então, que a ideia religiosa trata-se de *“ensinamentos, enunciados sobre fatos e condições da realidade externa (ou interna) que dizem algo que a pessoa não descobriu por si e que exigem a crença.”* Eis, portanto, o que são; por outro lado, como estes sentimentos religiosos (a expressão é minha) informam-nos *“acerca do que é mais importante na vida, são altamente valorizadas.”* Aqui reside o seu valor.

Respondidas as duas perguntas, Freud volta a indagar: (1) *“Em que consiste a força interna das doutrinas (ou ideias religiosas) e (2) a que devem sua eficácia, que independem da aceitação racional?”*

A resposta para ambas as perguntas *“surge quando consideramos a gênese psíquica das ideias religiosas.”* Como tais doutrinas não são frutos de qualquer comprovação empírica, tampouco se originam da experiência concreta do ser humano, conclui-se, na verdade, que são pura ilusão!, *“realizações dos mais antigos, mais fortes e prementes desejos da humanidade; o segredo de sua força é a força desses desejos.”*

Serve a religião, portanto, para responder ao ser humano (desamparado como está, sem o pai) acerca dos *“enigmas da humana ânsia de saber, como o da origem do mundo ou da relação entre o físico e o psíquico.”* Todos os conflitos oriundos desde sempre (a partir do nascimento) e surgidos a partir *“do complexo paterno (e nunca inteiramente superados), são tirados e levados a uma solução aceita por todos”,* justamente a religião. Trata-se, portanto, ao menos do ponto de vista de sua natureza psicológica, de uma grande ilusão.

Neste momento do trabalho, Freud adverte que não se trata de um erro a admissão da religião, mas, repete, de uma ilusão. São coisas diversas, pois *“uma ilusão não é idêntica a um erro, tampouco é necessariamente um erro”,* exemplificando com o equívoco histórico de Aristóteles quando afirmou *“que os vermes nascem da sujeira – partilhado ainda hoje pelo povo ignorante.”* Já Colombo, ao contrário, não cometeu um erro ao *“achar que havia descoberto um novo caminho marítimo para a Índia.”* Iludiu-se!, pois, neste caso, havia um componente inexistente no erro: *“a participação de seu desejo.”* A ilusão, necessariamente, *“deriva de desejos humanos”,* razão pela qual *“nesse aspecto aproxima-se do delírio psiquiátrico.”* Deste, porém, distancia-se pelo fato de que, enquanto no delírio há sempre uma *“contradição com a realidade; a ilusão não tem de ser necessariamente falsa, isto é, irrealizável ou contrária à realidade.”*

Exemplificando: é uma ilusão uma menina, ainda adolescente, acreditar que um príncipe virá buscá-la, pois se trata de algo, em tese, ainda possível, realizável. Coisa completamente diferente, diz Freud, é crer *“que venha o Messias e dê início a uma nova Idade do Ouro.”*

Como outro exemplo de ilusão que poderia se tornar realidade cita Freud o caso dos alquimistas que tinham a ilusão, derivada do desejo de

possuir o metal mais nobre, de poder transformar qualquer metal em ouro. Hoje, como se sabe, e Freud já o sabia desde então, “*já não se vê como impossível a transformação dos metais em ouro.*”^[10] Destarte, há uma ideia ilusória “*quando em sua motivação prevalece a realização de desejo*”, dispensando, por conseguinte, qualquer comprovação.

Por outro lado, nada obstante uns “*poucos enigmas do mundo*”, a ciência, a pesquisa científica ainda “*é a única via para o conhecimento da realidade exterior.*” Vê-se que Freud era um psicanalista agnóstico. Para ele, ao contrário da religião, “*a ciência já nos provou, por meio de numerosos e importantes êxitos, que não é uma ilusão*”, razão pela qual “*tem muitos inimigos declarados (e inúmeros outros disfarçados) entre aqueles que não lhe perdoam haver debilitado a fé religiosa e ameaçar destroná-la.*”

Em um determinado momento do texto, aquele oponente oculto de que falei, contrapondo-se às ideias psicanalíticas de Freud, afirma que eram “*inumeráveis as pessoas que tinham nas doutrinas religiosas o seu único consolo, apenas com o auxílio delas podem suportar a vida.*”

Após admitir que, efetivamente, “*a religião prestou grande serviço à cultura humana, contribuiu muito para domar os instintos sociais, embora não o bastante*”, seria “*duvidoso que na época do domínio incontestado das doutrinas religiosas os seres humanos fossem, em geral, mais felizes do que hoje; mais morais eles certamente não eram. Sempre souberam como banalizar os preceitos religiosos, fazendo assim malograr seus propósitos. Os sacerdotes, que deviam zelar pela obediência à religião, eram complacentes com eles.*”

Era simples assim: “*as pessoas pecavam e depois faziam sacrifícios ou penitências, ficando livres para novamente pecar.*” Evidentemente que para sujeitarem o povo à religião os sacerdotes faziam “*essas grandes concessões à natureza instintual humana.*” Perdoavam os pecados em nome de Deus!

Freud replica ao seu interlocutor imaginário, indagando-lhe se não superestimavam “*a necessidade da religião para a humanidade e se agiam sabiamente ao nela basear nossas exigências culturais*”, pois “*em todas as épocas, a imoralidade não encontrou menos apoio na religião do que a moralidade.*”

Além de uma ilusão, Freud vai mais além, identificando a religião como uma *“neurose obsessiva universal da humanidade, originando-se, tal como a da criança, do complexo de Édipo, da relação com o pai”*, fazendo uma analogia (conforme suas palavras mesmas) com a fase da neurose infantil, *“ora mais, ora menos nítida, vindo do fato de a criança não poder suprimir com o trabalho intelectual racional muitas das suas exigências instintuais”*, precisando reprimi-las, pois, como já o dissera em outra oportunidade, o Eu da criança é fraco. Óbvio que *“a maioria dessas neuroses infantis é superada espontaneamente ao longo do crescimento”* ou, mais tarde, pela terapia psicanalítica.

Esta semelhança com a neurose da criança explicaria, segundo Freud, o porquê do fato *“de o crente religioso estar altamente protegido de certas enfermidades neuróticas; a adoção da neurose geral o dispensa da tarefa de desenvolver uma neurose pessoal.”* Conclui, por fim, que seria (ou é, digo eu) uma ilusão acreditar que se pode *“obter de outras fontes aquilo que a ciência não pode nos dar”*, ao menos por enquanto, óbvio...

Afinal de contas, como escreveu Heinrich Heine, *“o céu deixaremos para os anjos e os pardais.”*^[11]

NOTAS:

[1] O texto consta do Volume 17 das Obras Completas de Sigmund Freud – *“Inibição, Sintoma e Angústia, o Futuro de uma Ilusão e Outros Textos”*, publicadas no Brasil pela Editora Companhia das Letras, em 2010, e traduzidas por Paulo César Lima de Souza (desde a versão original escrita em alemão). O texto, na 1ª. reimpressão da coleção, consta às fls. 232 a 301.

[2] Idem, páginas 125 a 230.

[3] Freud usa a palavra “civilização” para designar *“a inteira soma das realizações e instituições que afastam a nossa vida daquela de nossos antepassados animais, e que servem para dois fins: a proteção do homem contra a natureza e a regulamentação dos vínculos dos homens entre si”*, conforme ele próprio viria a esclarecer, mais tarde, no clássico *“O Mal-Estar na Civilização”*, de 1930 (inserido no Volume 18 das Obras Completas). Segundo nota do tradutor, os termos “civilização” e “cultura” podem significar a mesma coisa, segundo o contexto em que são empregadas (nota de rodapé constante das fls. 233 do Volume 17).

[4] Em outras palavras: *“o grau de internalização dos preceitos culturais.”*

[5] *“Ou seja, as estimativas do que seriam as realizações mais elevadas e mais dignas de serem buscadas.”*

[6] Veja a nota anterior sobre o uso das palavras “civilização” e “cultura”.

[7] Idem.

[8] “*Quem é ateu e viu milagres como eu / Sabe que os deuses sem Deus / Não cessam de brotar, nem cansam de esperar.*” (Milagres do Povo, Caetano Veloso).

[9] Em texto anterior, de 1926, Freud já havia utilizado esta figura imaginária, em “*A Questão da Análise Leiga: Diálogo com um Interlocutor Imparcial.*”

[10] A propósito: <https://super.abril.com.br/ciencia/os-construtores-de-atomos/>, acessado em 15 de janeiro de 2018.

[11] “*Deutschland*”, Capítulo I (citado pelo próprio Freud).

A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL (WELFARE STATE): CONSIDERAÇÕES SOBRE A ABRANGÊNCIA DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NO TEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

SAMUEL DE JESUS VIEIRA: graduação em Direito pelo Centro Universitário de Goiás - Uni - ANHANGUERA (turma 2011-2015), possui especialização lato sensu em Direito Constitucional e Direito Administrativo na instituição de ensino Pontifícia Universidade Católica de Goiás (turma 2016-2017). Tem Experiência em Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Civil e Direito do Consumidor. Foi membro da Comissão de Direito Constitucional e Legislação (CDCL) da Ordem dos Advogados Do Brasil, Seção de Goiás, no ano de 2016, e Membro da Comissão de Processo Legislativo e Políticas Públicas (CPLPP) da Ordem dos Advogados Do Brasil, Seção de Goiás, no ano de 2016. Atualmente é Advogado Inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados Do Brasil, Seção de Goiás (45445 OAB/GO).

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo abordar a judicialização de políticas públicas no Brasil, sua abrangência e bases que tornam possível a atuação do Poder Judiciário na esfera de atribuições de outros órgãos. Também busca analisar o contexto histórico em que surgiram as primeiras ideias de Estado-Providência, ou do bem-estar social, demonstrando que a atuação judiciária na concretização de políticas públicas, têm nesses conceitos sua fundamentação e, na constituição sua legitimação.

PALAVRAS – CHAVE: Judicialização. Welfare State. Políticas públicas. Direitos sociais. Constituição federal.

ABSTRACT: The present work has the objective to approach the judicialization of public policies in Brazil, its scope and bases that make it possible for the judiciary to act in the sphere of action of other organs. It

also seeks to analyze the historical context in which the first ideas of welfare state, or social welfare, arose, demonstrating that the judicial action in the concretization of public policies, have in these concepts its foundation, and in the constitution its legitimation.

KEYWORDS: Judiciary. Welfare State. Public policy. Social rights. Federal Constitution.

1. CONCEITOS E ASPECTOS INICIAIS: DIREITOS SOCIAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS E JUDICIALIZAÇÃO

A concretização de direitos fundamentais é sempre assunto importante quando se trata da prestação de serviços públicos, mais especificamente no que tange a análise de sua adequação quanto as previsões constitucionais relativas ao serviço público prestado.

Os direitos e garantias fundamentais, ao longo do tempo, sofreram importantes mudanças no que se refere à sua interpretação. Foram inúmeras as mutações até se alcançar, apesar de bastante evidente na atualidade, a ideia de direitos fundamentais da pessoa humana, ditos direitos da sociedade ou sociais.

Na lição de Alexandre de Moraes, os direitos sociais foram conceituados da seguinte forma:

São direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.^[1]

A Constituição Federal^[2] tratou de alçar os direitos sociais a condição de direitos indisponíveis além de autoaplicáveis, tudo com o objetivo de garantir máxima eficácia no momento de sua aplicação.

Interessante ainda notar que, em muitas situações os direitos sociais são entregues a sociedade através das chamadas políticas públicas, estas podem ser conceituadas nas palavras do ilustre José dos Santos Carvalho Filho, como sendo:

Políticas públicas, por conseguinte, são diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios das coletividades. Nesse conceito tem-se que diretrizes são os pontos básicos dos quais se originara a atuação dos órgãos; estratégias correspondem ao *modus facendi*, isto é, aos meios mais convenientes e adequados para a consecução das metas obtidas mediante processo de opção ou escolha, cuja execução antecederá à exigida para outros objetivos; e ações constituem a efetiva atuação dos órgãos públicos para alcançar seus fins; As metas constituem os objetivos a serem alcançados: decorrem na verdade, das propostas que nortearam a fixação das diretrizes.^[3]

Em muitas situações, o poder público se abstém de realizar determinadas ações que se constituem em verdadeiras obrigações sociais do Estado para com a sociedade, essa situação de abstenção estatal acaba gerando um conflito de interesses, de um lado o poder público com a alegação de falta de receitas públicas suficientes para concretizar ações governamentais de caráter obrigatório, e, do outro os particulares lesados em seus direitos buscando, quase sempre judicialmente, a prestação estatal que lhes é direito.

Com o aumento dos casos de inércia da Administração pública e a constante busca da sociedade por uma prestação social, através de uma decisão judicial positiva, surge na doutrina e jurisprudência a discussão acerca desse fenômeno, o qual ficou batizado de judicialização das políticas públicas, que se constituem na busca ao Poder Judiciário como última alternativa para a obtenção da prestação de um serviço público, que constitui verdadeiro dever estatal, instrumentalizado em uma prestação de determinada atividade de cunho social, normalmente entendida como política pública.

As posições a respeito da judicialização das políticas públicas são variáveis, passando desde juristas que acreditam tratar-se de verdadeira usurpação de poderes do Executivo à juristas que consagram tratar-se de verdadeiro dever do Judiciário diante da inércia em serem promovidos os deveres constitucionais de prestação de serviços públicos pela Administração Pública. Importante considerar algumas definições doutrinárias sobre o tema, assim, segundo Barroso “A Judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”.^[4]

O fenômeno da judicialização ocorre quando na existência de uma norma constitucional presume-se uma pretensão objetiva e/ou subjetiva que é pleiteada, e neste sentido cabe ao juiz decidir. Em seguidos casos é verificado que a matéria é discutida em situações que envolvam o direito à saúde, educação, ações afirmativas e questões que envolvam direitos ligados às minorias ou populações vulneráveis/carentes.

É importante deixar claro que a Judicialização é por vezes, associado ao ativismo social, este considerado como uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Logo, partindo desta distinção é importante considerar que a Judicialização consiste em uma espécie de transferência do poder político (na aplicação de políticas públicas, por exemplo) para o poder judiciário que tem como uma possível causa: o processo de redemocratização brasileira que ampliou o acesso à justiça, em especial com a CF/88, a qual distribui em seu texto um elenco

significativo de garantias sociais^[5]. Enquanto, o ativismo social consiste na ação do poder judiciário que direciona suas forças para suprir a omissão dos outros poderes, e nesta circunstância aplica princípios a ocasiões não previstas em lei.

O Poder Judiciário, embora não realize diretamente o planejamento ou a execução de políticas públicas, é um dos principais atores e condutores nesse cenário institucional. Isto porque tem concedido tutela jurisdicional a direitos consagrados no ordenamento pátrio, principalmente aos referentes a direitos sociais como a saúde, educação e previdência social. A toda essa estrutura, a judicialização de políticas públicas edifica-se e torna-se sustentável na medida em que se modifica e adequa-se as necessidades sociais por prestações estatais. Isto quer dizer que certas questões de cunho político e social, de grande repercussão, geralmente decididas pelo Poder Executivo e pelo Legislativo, agora, ganham destaque na arena judicial.^[6]

Ilustrando o que foi falado, extrai-se de julgados recentes a atuação do Supremo Tribunal Federal na efetivação de direitos relacionados à educação pública, demonstrando que a não concretização dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal desperta o interesse de uma atuação judicial visando sua implementação, conforme se depreende do trecho da ementa do julgado ARE 639337 AgR, de relatoria do Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal:

DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em

adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. (ARE 639337 AgR, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC. 15-09-2011 EMENT. VOL-02587-01 PP-00125).[\[7\]](#)

Nessa mesma dimensão, e ainda mais recente, o Min. Ricardo Lewandowski se manifestou da seguinte forma no STF-RE 592581/RS, como pode ser observado adiante:

REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA

DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. – I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II -Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau (STF-RE 592581/RS, DJ em 13/08/15).[\[8\]](#)

É evidente que, com tudo que foi exposto, o poder judiciário passou, nas últimas décadas, a desempenhar um papel inverso ao que vinha sendo realizado. Pautado em outros tribunais ao redor do mundo, o judiciário brasileiro assume um papel ativo na arena social. Nesse novo espaço, os instrumentos políticos de ações governamentais cedem, cada vez mais, espaço aos instrumentos judiciais de controle de políticas públicas. É cada vez mais nítido que a sociedade busca menos seus representantes políticos, com o objetivo de desenvolver medidas sociais, e mais o Poder Judiciário que impõe medidas coercitivas para fazer valer preceitos constitucionais que são cotidianamente negligenciados pela Administração Pública.

2. O WELFARE STATE E A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

É assente que a doutrina do Welfare state é baseado na ideia de que o indivíduo possui direitos indissociáveis a sua existência enquanto cidadão, tratam-se de direitos sociais. De acordo com esse pensamento, todo indivíduo tem o direito, desde o nascimento, a um conjunto de bens e serviços que devem ser oferecidos e garantidos de forma direta através do Estado, ou indiretamente (Ex. Parcerias Público-Privada, Concessões, Permissões e etc.), desde que o Estado exerça sua função de regular a prestação do serviço dentro de padrões eficientes e socialmente aceitáveis^[9].

A ideia central do termo Welfare state (Estado do bem-estar social ou Estado-Providência) surge no século XIX através de pensadores como o economista e sociólogo sueco Karl Gunnar Myrdal e o jurista alemão Lorenz Von Stein como uma medida que se contrapunha ao liberalismo econômico clássico ou Laissez-faire, em que era proposta uma versão mais pura de capitalismo sem a intervenção estatal, acreditando que a sociedade só funcionaria se fosse livre em seus tratos de natureza econômica e social, sem interferência do Estado acreditava-se que a sociedade se desenvolveria em toda sua plenitude. A doutrina do Laissez-faire foi bastante difundida nos EUA no início do século XX.

A total abstenção do Estado na sociedade logo trouxe suas primeiras consequências. Com a Crise de 1929 e a segunda guerra mundial, as ideias de intervenção positiva do Estado na sociedade começaram a ganhar concretude através das lições de John Maynard Keynes que expunha que eram necessárias intervenções estatais para remediar crises e garantir direitos sociais aos cidadãos.

As ideias de Keynes ficaram conhecidas como “políticas keynesianas”^[10] e incentivaram a criação do New Deal nos EUA para remediar a crise econômica de 1929, demonstrou-se que o mercado não é auto regulável e que as medidas sociais necessitam de tutela estatal para alcançarem toda a sociedade, a ideia de abstenção do

Estado era superada pela ideia de Estado promovente de políticas sociais, Estado ativo e que interfere positivamente nas atividades particulares, seja para garantir sua continuidade através de incentivos econômicos, seja para sancionar as atividades que causem significativo dano à sociedade.

Keynes propunha medidas, entre as quais as mais conhecidas são: regulação do Estado no mercado econômico, medida necessária para suprimir o instinto de lucro dos empresários, que não conhecia limites; intervenção econômica para garantia de empregos; criação de salário mínimo; criação do auxílio desemprego; redução da jornada de trabalho; assistência médica gratuita; e educação gratuita em todos os seus níveis.

Dentro dessa perspectiva, Dilmanoel de Araujo Soares faz uma importante análise que merece transcrição:

É necessário ter em vista que o Estado social cogita a ideia de um intervencionismo desgarrado de escolhas motivadas por um querer genético da sociedade, de interesses de grupos dominadores, de extratos sociais no poder. E tal situação bem retrata a evolução do Estado brasileiro, que historicamente foi dominado por seguimentos sociais, por elites econômicas, tais como os barões do café, os senhores do engenho, os extrativistas que se serviram e ainda se servem da situação econômica para ascender no poder, para servir aos seus próprios negócios e interesses, produzindo um crescimento econômico excludente e concentrador.

Outro aspecto que merece ser repisado é sobre o verdadeiro papel da constituição, que ao adotar um Estado Social e Democrático de Direito procura não apenas explicitar o contrato social, mas, mais do que isso, com a sua força normativa, se esforça para que o Estado assuma um papel mais ativo, em favor de

causas sociais, econômicas e culturais, do bem-estar de todos, da felicidade geral, e que o contrato social possa assumir um viés hermenêutico intersubjetivo, uma relação sujeito-sujeito, firmada num caráter discursivo, enquanto produto de um processo constituinte. Em outras palavras, significa entender o texto constitucional em um sentido de linguagem, de ação, de descrição da situação social, com a finalidade de uma orientação futura, com um intercâmbio de mensagens mais imperativas do que meramente informativas para o ordenamento do convívio futuro dos membros do grupo social.^[11]

O Estado do bem-estar social ou Estado-Providência sobrevive até a atualidade e sua atuação é ainda mais proeminente do que antes, existe a incumbência do Poder Público em regular a atividade privada, e, promover políticas públicas em todos os níveis e áreas da sociedade. Acontece que, desde o princípio, a premissa era que essas atividades de atuação positiva eram essencialmente desenvolvidas pelo Poder Executivo, ente responsável pelas variadas atividades do Estado, gestor principal das atividades de promoção de políticas públicas, ações sociais e atividades positivas entre Estado e sociedade^[12]. Com o desenvolvimento social surgido na segunda metade do século XX, o crescimento demográfico e o êxodo rural cada vez mais acentuado, além da crescente migração do pós guerra, o Estado passa a demonstrar deficiência na maneira de atingir e promover políticas sociais à toda a sociedade, que diga-se de passagem começou a exigir do poder público atuações novas que atendessem os anseios, cada vez mais mutáveis, que passavam a surgir com todo o emaranhado de fenômenos sociais que estavam acontecendo ao mesmo tempo.

A Constituição Federal ou as leis do nosso país não apresentam, de forma expressa, um conceito de serviço público e tão pouco de políticas públicas, espécie da qual àquele é gênero.

A doutrina enfatiza ser muito difícil apresentar um conceito único de políticas públicas. Conforme bem destaca Eros Grau:

A expressão política pública designa a atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem demarcada separação entre Estado e Sociedade [...]. A expressão 'políticas públicas' designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social.^[13]

Com isso, as políticas públicas constituem os mecanismos de que dispõe o Estado para a concretização de direitos fundamentais, mediante a satisfação espontânea dos bens da vida por eles protegidos.

O Estado pode entender que determinada atividade, por sua importância para a coletividade, não deve ficar na dependência da iniciativa privada e, mediante lei, a transforma em um serviço público^[14] de natureza prestacional positiva (Ex. uma política pública educacional); em outro momento, determinada atividade hoje considerada pela lei como serviço público pode passar a ser exercida como atividade econômica, aberta à livre iniciativa. Enfim, é uma questão de escolha política. Fica clara que as necessidades sociais são mutáveis e podem ou não sofrer a interferência do Estado, de acordo com as modificações sociais.

Acontece que, a Administração Pública, com as modificações sociais que surgem à todo o tempo, possui relativa dificuldade em promover prestações sociais de qualidade para a população, o Poder Executivo já não consegue atender a filosofia de Estado-Providência da forma como antes, a atuação dos outros poderes, com a medida do tempo, tornou-se necessidade cada vez mais pulsante.

Com o estabelecimento de um Estado Democrático e Social de Direito e a positivação de normas constitucionais programáticas determinando planos de governo voltados especialmente para os direitos de segunda geração, o Judiciário passa a intervir mais ativamente no espaço público, nesse contexto Ana Luiza Gomes de Araújo em tese desenvolvida na UFMG afirma:

Contudo, pode-se afirmar que, se o princípio da separação dos poderes foi inicialmente idealizado

com a finalidade de conter o arbítrio estatal, atualmente, a remissão a ele de modo a justificar a impossibilidade do controle jurisdicional sobre as políticas públicas visa garantir a manutenção do status quo, dando um caráter de pretensa “juridicidade” à omissão do Estado quanto aos seus deveres de realizar os direitos fundamentais, por meio das políticas públicas. Nesse sentido, entende-se competir ao Poder Judiciário, à luz do princípio da separação dos poderes, a tarefa de tutelar a Constituição, de modo que os preceitos nela contemplados tenham efetividade, não podendo, portanto, encontrar guarida na doutrina da separação dos poderes, a omissão estatal desarrazoada no cumprimento desse dever. [15]

Com isso, tem-se que o Poder Judiciário passa a desenvolver um papel primário nas atividades da administração pública. O sistema de separação de poderes passa a ser entendido como a necessidade de atuação de um poder no outro quando não há o efetivo desenvolvimento das suas funções, diferentemente da inercia que outrora se experimentava pela ideia de não intervenção total entre os poderes. O Judiciário atrai para suas funções a necessidade de promoção de direitos sociais que são negligenciados pelos outros poderes.

Ao prolatar uma sentença na qual vincula o agente público à satisfação do bem da vida tutelado pelo direito fundamental, o Poder Judiciário não está interferindo arbitrariamente na escolha dos caminhos hábeis à consecução material do direito fundamental, pelo contrário, presta única e exclusivamente atividade jurisdicional, residual e integradora, dando completude ao ordenamento jurídico-constitucional.

E assim o faz em plena harmonia, o que existe é tão somente o redirecionamento das políticas públicas, no limite do necessário para a consecução do princípio da igualdade substancial, buscando atender de imediato as necessidades mais urgentes e postas a sua apreciação.

A noção de Estado Democrático e Social de Direito estatuída pela Constituição Federal de 1988 é incompatível com uma visão de separação de poderes que inviabilize o amplo controle de constitucionalidade visando à efetivação dos direitos fundamentais, o Estado tem o dever de se auto regular através de seus poderes, é com isso que se garante a máxima efetividade dos preceitos estatuídos na Carta Constituinte.

O Estado do bem-estar social toma contornos mais inclusivos do que antes, a Constituição Federal garante maior atuação dos poderes na administração pública, deixando de lado a ideia de um Poder Executivo soberano na aplicação dos recursos públicos. Nessa ideia a discricionariedade administrativa acaba sendo mitigada, a Administração Pública, na escolha das áreas onde irá concentrar os recursos financeiros do Estado, acaba sofrendo interferência do judiciário no momento de sua aplicação, buscando atender necessidades mais urgentes da sociedade, decorrentes do seu papel de buscar a satisfação dos anseios da sociedade ligados a prestações positivas que não são abarcadas pela atuação do gestor público.

Não parece legítimo, por exemplo, a alegação de insuficiência de recursos para realização de investimentos na área da saúde quando existem, no mesmo orçamento, a previsão de gastos na área e ainda mesma previsão para gastos supérfluos de governo, como propagandas governamentais. Se faz necessário uma ponderação de interesses para se buscar quais são os gastos realmente necessários para o bem-estar social.^[16]

Nesse contexto, o Welfare State, modernamente, adquiriu novos contornos. Com o advento da Carta Constituinte de 1988, o Estado social que se buscou criar garantiu que todos os poderes da república, de certa forma, têm acentuado dever em garantir que os direitos sociais previstos naquele texto sejam efetivamente cumpridos.

A judicialização de políticas públicas nada mais é do que a necessidade de autorregulação realizada pelo judiciário nos demais poderes, em especial o poder executivo, demonstrando que é possível uma realocação dos recursos públicos para despesas mais urgentes no

meio social. Não se tratar de ferir a discricionariedade administrativa, posto que é dever dos poderes constituídos realizar prestações à sociedade que tornem concretos os preceitos da Carta mãe.

3. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO NO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL E A IMPORTÂNCIA DA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO CONTEXTO DA CARTA POLÍTICA DE 1988

A proibição do retrocesso social, no Brasil, emergiu da preocupação com o resgate das promessas da modernidade tardia, sustentado na tese do constitucionalismo compromissário-programático, em contraposição ao paradigma liberal individualista, que se apegava na ideia de garantia de liberdade do indivíduo, na segurança da propriedade privada e na livre concorrência no mercado, sem muito se preocupar com os direitos sociais.^[17]

Decorre da significação jurídico-constitucional do princípio da democracia econômica e social^[18], no sentido de vincular o legislador, não apenas para limitar a sua atuação, como também para, positivamente, concretizar as normas constitucionais, sociais e econômicas; também no sentido de determinar ao administrador a adoção das medidas necessárias para a efetiva realização progressiva dos preceitos constitucionais, no sentido de dar materialização, conformação, transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais

A teoria do não retrocesso encontra-se também ligada a um quadro de insegurança social, típico da pós-modernidade, gerado, sobretudo, pelo advento da globalização, fenômeno que se caracteriza por privilegiar a integração econômica mundial, com a expansão do mercado em escala global e onde os grandes conglomerados transnacionais passam a ter influência direta, pelo domínio da *lex mercatoria*, sobre os ordenamentos estatais, comprometendo a soberania dos Estados-Nações e, assim afetando as políticas sociais, econômicas e culturais.^[19]

Manifesta-se na problemática da eficácia dos direitos fundamentais, numa faceta subjetiva, no sentido de o seu titular poder fazer valer esse direito, mediante uma ação outorgada pelas próprias normas consagradas de direitos fundamentais, no sentido de impor ao Estado, por efeito de alta significação social, o reconhecimento de tais direitos, com a obrigação do Estado em criar condições normativas e materiais que possibilitem, de maneira concreta, o efetivo exercício, pelas pessoas, a tais direitos, sob pena de configurar uma inaceitável omissão estatal.^[20]

Nesse contexto de necessidades sociais, surge o papel do judiciário como agente promovente de direitos sociais, pautado na necessidade de se materializar os preceitos constitucionais, de modo a se fazer uma verdadeira constituição normativa, principalmente na parte que toca aos direitos sociais. Nesse sentido Andréas J. Krel:

Em princípio, o poder Judiciário não deve intervir na esfera reservada a outro poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma de Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos do Estado Social, visto que os poderes legislativo e executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.^[21]

Com isso, o Poder Judiciário, ao acolher direitos fundamentais sociais consagrados na constituição, suprime a omissão material do executivo e a falta de atuação do Poder Legislativo, sem que com isso haja usurpação de poderes, demonstrando verdadeira operacionalidade nos poderes que lhe foram investidos pela carta constituinte.

A judicialização é a própria necessidade de redemocratização do Estado constitucional de direito, elaborado com a Carta Política de 1988, sendo executada em sua inteireza. Com a nova constituição federa o “Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes”^[22] o ambiente democrático que se instalou reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos aos vários seguimentos sociais, que passaram a buscar a proteção de seus interesses junto aos órgãos judicias.

Outro aspecto da constituição que torna a judicialização como centro de um novo modo de se ver a implementação de políticas sociais é o extenso rol de direitos e a abrangência dos mesmos, que foram garantidas pelo legislador constituinte. Esses direitos sociais expostos são verdadeiras políticas afirmativas, que, com o intuito de se verem concretizadas foram alçadas à mandamentos constitucionais. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

Outro aspecto que torna a judicialização verdadeiro centro de afirmação de direitos sociais, pode ser verificado no controle de constitucionalidade das leis. Nossa constituição adota um sistema híbrido, o que permite que determinadas matérias sejam levadas imediatamente ao Supremo Tribunal federal para apreciação. Nesse sentido temos a ADPF 347/DF^[23] que versa inteiramente sobre direitos sociais previstos na Constituição Federal.

Com isso, judicialização de políticas sociais nada mais é do que o Judiciário, guardião da Constituição, atuando em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contra majoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia.

4. ÚLTIMAS CONSIDERAÇÕES

Com tudo o que foi discutido, não há dúvidas que pairam sobre a legitimidade da atuação judiciária no controle de políticas públicas. A carta constitucional foi a responsável por garantir que o Judiciário pudesse agir sobre a falta de atuação do Executivo em áreas sociais de extrema necessidade.

A efetivação do Estado do bem-estar social, através de prestações sociais a toda a sociedade, é indispensável para a garantia do próprio direito à vida, bem como para a concretização do próprio princípio basilar da dignidade da pessoa humana e para a construção de uma sociedade justa e igualitária.

O Poder Judiciário Brasileiro, de maneira tardia, iniciou o controle de políticas públicas. Esse controle já era uma realidade em países como os EUA, que utilizam de controle judicial desde meados da segunda metade do século XX. Atualmente o judiciário brasileiro, com os poderes da nova constituição, demonstrou que tem “levado a sério” a concretização dos direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais, ao passo que a via jurisdicional se transformou efetivamente em um dos principais instrumentos de efetivação desses direitos.

Destaca-se ainda que, em se tratando a constituição federal de uma verdadeira carta política de interesses, nada mais óbvio do que aceitar que seus órgãos de cúpula possuem atribuições políticas. Na medida em que a regulação de poderes pressupõe que exista uma fiscalização entre os órgãos constitucionais, que convergem para um bem comum, o judiciário, exercendo seu papel político-constitucional, possui legitimidade para interferir na esfera dos outros poderes para concretizar necessidades sociais mais urgentes, sem que com isso haja usurpação de poderes. Trata-se de exercício constitucional das atribuições do judiciário, garantidor de direitos sociais de primeira necessidade.

O a judicialização de políticas públicas, no contexto apresentado, é a demonstração pelo judiciário que o governo está violando a constituição, através de uma omissão inconstitucional passível de provocar graves prejuízos sociais. Se existe inconstitucionalidade no controle judicial de políticas públicas, ela está justamente na inexistência desse controle, não em sua promoção.

Ao se defender a possibilidade do Judiciário intervir em políticas públicas, não se quer colocar o primeiro como salvador da pátria ou como protagonista de um processo de transformação e de redução de desigualdades em nossa sociedade, e sim que ele atue junto com os outros poderes e possa, por meio da efetivação dos direitos fundamentais sociais, melhorar o processo democrático existente. [24]

Nosso país, ainda com uma constituição jovem na idade e envelhecida pelas sucessivas reformas ao bel prazer dos governos, vem também passando por sua fase de incremento da Justiça nos assuntos que, na teoria original, seriam de outros poderes. Atravessamos fases de ajustes, o país não conseguiu consolidar-se ainda em vários aspectos sociais, econômicos e políticos, e em alguns momentos o Judiciário vem agindo com maior ingerência, mas sempre tentando funcionar em prol da sociedade. Se excessos eventualmente parecem ocorrer, o caminho virá natural e serenamente, com decisões motivadas e providas da imprescindível razoabilidade, eis que o interesse público deve sempre prevalecer, por ser o norte natural dos que atuam nos vários setores da administração pública.

BIBLIOGRAFIA

ARAUJO, Ana Luiza Gomes de. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Belo Horizonte. UFMG, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Editora Malheiros, 8º Ed. 2008.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**. Rev. direito GV, vol.8 no.1 São Paulo Jan./June 2012. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322012000100003 >. Acesso em 10 de outubro de 2017. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 8º Ed. 2006. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo social e legitimidade democrática**. <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 30 de setembro de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Revista Consultor Jurídico, 22 de dezembro

de 2008. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica >. Acesso em 30 de setembro de 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Políticas Públicas e pretensões judiciais determinativas**. Texto em: FORTINI, Cristina; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas Públicas: Possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006. Consulta ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em 30 de setembro de 2017. (7)

Consulta ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf> >. Acesso em 30 de setembro de 2017. (8)

Consulta realizada no sítio eletrônico em: < https://www.google.com.br/search?q=welfare+state&rlz=1C1GCEA_e_nBR753BR753&oq=walferags=chrome.4.69i57j0l5.5877j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8# >. Acesso em 05 de outubro de 2017. (9)

Consulta realizada no sítio eletrônico. Disponível em: < http://www.economiabr.net/teoria_escolas/teoria_keynesiana.html >. Acesso em 05 de outubro de 2017. (10)

DANIELLI, Ronei. **A judicialização da saúde no Brasil: Do viés individualista ao patamar do bem coletivo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

DE ARAGÃO, Alexandre Santos. **Direito dos serviços públicos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 4º Ed. 2017.

DO VALLE, Vanice Regina Lírio. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2º Ed. 2016.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2016. KREL, Andréas J. **Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002. LEAL, Roger Stiefelmann. **Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais**. Disponível em: < <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm> >. Acesso em 12 de outubro de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Direitos fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade**. Revista diálogo Jurídico. Salvador, ano I, n.4, p. 2-4, jul. 2001.

SOARES, Dilmanoel de Araújo. **Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

NOTAS:

[1] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 202.

[2] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

[3] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Políticas Públicas e pretensões judiciais determinativas**. Texto em: FORTINI, Cristina; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas Públicas: Possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p.34.

[4] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo social e legitimidade democrática**. <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 30 de setembro de 2017.

[5] SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Direitos fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

[6] BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Revista Consultor Jurídico, 22 de dezembro

de 2008. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica >. Acesso em 30 de setembro de 2017.

[7] Consulta ao sítio eletrônico do Supremo tribunal federal. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428> >. Acesso em 30 de setembro de 2017.

[8] Consulta ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf> >. Acesso em 30 de setembro de 2017.

[9] Consulta realizada no sítio eletrônico em: < https://www.google.com.br/search?q=welfare+state&rlz=1C1GCEA_e_nBR753BR753&oq=walferags=chrome.4.69i57j0l5.5877j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8# >. Acesso em 05 de outubro de 2017.

[10] Consulta realizada no sítio eletrônico. Disponível em: < http://www.economiabr.net/teoria_escolas/teoria_keynesiana.html >. Acesso em 05 de outubro de 2017.

[11] SOARES, Dilmanoel de Araújo. **Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011, p. 172-173.

[12] DO VALLE, Vanice Regina Lírio. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2º Ed. 2016, p.60.

[13] GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 21.

[14] DE ARAGÃO, Alexandre Santos. **Direito dos serviços públicos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 4º Ed. 2017, p. 21.

[15] ARAUJO, Ana Luiza Gomes de. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Belo Horizonte. UFMG, 2006, p.118.

[16] DANIELLI, Ronei. **A judicialização da saúde no Brasil: Do viés individualista ao patamar do bem coletivo**. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2017, p. 50.

[17] SARLET, Ingo Wolfgang. **O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade**. Revista diálogo Jurídico. Salvador, ano I, n.4, p. 2-4, jul. 2001.

[18] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Editora Malheiros, 8º Ed. 2008, p. 50-53.

[19] BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 8º Ed. 2006, p. 158.

[20] LEAL, Roger Stiefelmann. **Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais**. Disponível em: < <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>>. Acesso em 12 de outubro de 2017.

[21] KREL, Andréas J. **Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002, p.22.

[22] BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. *Revista Consultor Jurídico*, 22 de dezembro de 2008. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 30 de setembro de 2017.

[23] Trata da aceitação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no direito brasileiro.

[24] BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**. *Rev. direito GV* vol.8 no.1 São Paulo Jan./June 2012. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-2432201200010003>. Acesso em 10 de outubro de 2017.

LEGALIDADE DA INCLUSÃO DA TARIFA DE TUSD E TUST NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS INCIDENTE SOBRE O CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA

HELOISA PESSOA TELES DE OLIVEIRA:
Servidora Pública formado pela Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Pós-graduado em Direito Civil e Empresarial pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça em relação a legalidade da cobrança da tarifa de TUST e TUSD, na base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica, bem como as discussões no âmbito doutrinárias.

Palavras-chave: TUST e TUSD. Legalidade. ICMS. Consumo de Energia Elétrica. Jurisprudência do STJ.

Sumário: Resumo. 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 3. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Trata-se o presente artigo de um estudo acerca da legalidade ou não da cobrança da tarifa de TUST e TUSD, na base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica. Como restará demonstrado, na atualidade o STJ entende que não é possível fazer a divisão de etapas do fornecimento de energia para fins de incidência do ICMS, devendo, portanto, ser aplicada a tarifa de TUST e TUSD tanto para os consumidores cativos, quanto para os consumidores livres. Neste sentido, as questões que se colocam são: O que é TUST e TUSD? É legal a sua incidência sobre o consumo de energia elétrica dos consumidores livres? São essas o objeto de estudo deste artigo. Ao final, buscaremos construir uma conclusão sobre o recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a temática.

2. DESENVOLVIMENTO

O ICMS é um imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior, sob administração dos Estados e do Distrito Federal, previsto no art. 155, II, da CF e regulamentado pela Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir).

De acordo com a referida lei, o principal fato gerador para a incidência do ICMS é a circulação de mercadorias, mesmo que se tenha iniciado no exterior. Além disso, o ICMS incide sobre prestações onerosas de serviços de comunicação, prestações de serviços de transporte intermunicipal e interestadual, e desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importados do exterior. Vejamos o art. 2º da Lei Complementar nº 87/1996, o qual prevê:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

IV - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

V - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de

competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

§ 1º O imposto incide também:

I – sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade; (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

II - sobre o serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

§ 2º A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua.

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do *caput* deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.

Do fragmento legal exposto e com alicerce no permissivo elencado no §3º, do art. 155 da Carta Maior, os Estados-Membros efetuam a cobrança do imposto sobre a energia elétrica consumida. Isso porque, para fins jurídico-tributários, a energia elétrica sempre foi considerada como mercadoria, sujeita, portanto, à incidência do ICMS. Na dicção da

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a energia deve ser assim considerada porque *“é objeto de comércio; é mercadoria, bem apropriável pelo homem, bem no mercado, inclusive para fins tributários (art. 155, § 2o, “b”, da CB/88 e art. 34, § 9o, do ADCT)*^[1]”.

No mesmo sentido, a jurisprudência firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça define como critério material da hipótese de incidência a realização de operações que envolvam a circulação de energia elétrica. Para a Corte Superior, o fato gerador concretiza-se com a efetiva saída do bem do estabelecimento do fornecedor (fornecimento da energia) e se aperfeiçoa com o ingresso no estabelecimento do adquirente, vale dizer, quando há consumo desse bem (critério temporal), só havendo incidência de ICMS sobre o quanto efetivamente utilizado de potência, elemento indissociável ao consumo da própria energia, porque apenas com o consumo há circulação jurídica de mercadoria.

Ademais, o art. 12, inciso I, da Lei Complementar nº 87/1996 também prevê que o fato gerador ocorre no momento da saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte.

O fato jurídico-tributário ocorre quando há a transferência de titularidade do bem, quando existe efetivo negócio jurídico e, no caso da energia elétrica, só há circulação e negócio jurídico quando há consumo. Isso porque a energia elétrica é bem intangível e, portanto, não passível de ser contido e estocado.

No entanto, em que pese às Cortes Superiores entenderem que a energia elétrica deve ser considerada mercadoria para fins de incidência do ICMS, os mesmos entendiam que a sua **transmissão e distribuição** não poderiam ser consideradas como base de cálculo do referido imposto, não apenas pela ausência de previsão legal para tal incidência no sistema tributário brasileiro, mas também, face ao óbice da súmula 166 do STJ, a qual proíbe a aplicação do ICMS na ocorrência de simples deslocamento de mercadoria para o mesmo proprietário.

Frise-se que, por muito tempo, esse foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em todos os casos de distribuição e transmissão de

energia elétrica (vide AgRg no REsp 1.075.223/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, julgado em 07/02/2013). Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. ICMS. INCIDÊNCIA DA TUST E DA TUSD. DESCABIMENTO.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. O STJ possui jurisprudência no sentido de que a Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST e a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica – TUSD não fazem parte da base de cálculo do ICMS 3. Agravo Interno não provido.

(AgInt no REsp 1607266/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 30/11/2016)

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. INDEFERIMENTO. ICMS. INCIDÊNCIA DA TUST E TUSD. DESCABIMENTO. JURISPRUDÊNCIA FIRMADA NO STJ. AGRAVO QUE NÃO INFIRMA A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO ATACADA.

NEGADO PROVIMENTO.

I - A decisão agravada, ao indeferir o pedido suspensivo, fundou-se no fato de não ter ficado devidamente comprovada a alegada lesão à economia pública estadual, bem como em razão de a jurisprudência desta eg. Corte de Justiça já ter firmado entendimento de que a Taxa de Uso do

Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST e a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD não fazem parte da base de cálculo do ICMS (AgRg no REsp n.

1.408.485/SC, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 12/5/2015, DJe de 19/5/2015; AgRg nos EDcl no REsp n.

1.267.162/MG, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/8/2012, DJe de 24/8/2012).

II - A alegação do agravante de que a jurisprudência ainda não está pacificada não vem devidamente fundamentada, não tendo ele apresentado sequer uma decisão a favor de sua tese.

III – Fundamentação da decisão agravada não infirmada.

Agravo regimental improvido.

(AgRg na SLS 2.103/PI, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/05/2016, DJe 20/05/2016)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. LEGITIMIDADE ATIVA. ICMS SOBRE "TUSD" E "TUST". NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há a alegada violação do art. 535 do CPC, ante a efetiva abordagem das questões suscitadas no processo, quais sejam, ilegitimidade passiva e ativa ad causam, bem como a matéria de mérito atinente à incidência de ICMS.

2. Entendimento contrário ao interesse da parte e omissão no julgado são conceitos que não se confundem.

3. O STJ reconhece ao consumidor, contribuinte de fato, legitimidade para propor ação fundada na inexigibilidade de tributo que entenda indevido.

4. "(...) o STJ possui entendimento no sentido de que a Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica – TUST e a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD não fazem

parte da base de cálculo do ICMS" (AgRg nos EDcl no REsp 1.267.162/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 24/08/2012.).

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 845.353/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016)

Ocorre que, em meados da década de 90, em razão da crise do setor público e da emergência do processo de privatizações no Brasil, o setor energético sofreu profunda modificação no sentido de desverticalizar as empresas, segmentando os processos de produção, transmissão e distribuição de energia, foi aí então que surgiu a possibilidade de comercialização da energia elétrica entre os prestadores de serviço público e os consumidores, mediante contratação. Isto é, os consumidores passaram a poder comprar a mercadoria diretamente das geradoras ou agentes de comercialização desses bens.

Nesse contexto, passou-se a denominar consumidores cativos os que permaneceram vinculados à concessionária de distribuição local e consumidores livres aqueles formados por grandes consumidores que podem escolher livremente o seu fornecedor de energia elétrica. Destaca-

se que esse processo de reforma e modificação do setor energético acabou por repercutir diretamente no sistema tributário, permitindo haver distinção interpretativa dos tribunais estaduais quanto ao regramento jurídico adotado pelo STJ para consumidores cativos e livres, já que estes podem escolher seus fornecedores livremente, enquanto aqueles não.

O consumidor livre pode adquirir energia elétrica de qualquer agente produtor e firmar contratos diferentes com as concessionárias dos serviços de transmissão e distribuição, já que as distribuidoras e transmissoras atuam apenas como agentes “transportadores” da energia elétrica adquirida.

Já para o chamado consumidor cativo, as concessionárias dos serviços de transmissão e distribuição não atuam como meros agentes “transportadores” da energia elétrica, mas como integrantes necessários do processo conjunto que possibilitará o consumo da energia elétrica. Não se fala em fornecimento e, por consequência, em consumo de energia elétrica por esta espécie de consumidor, com a mera geração da energia elétrica pela produtora, porque ele não compra o bem diretamente. Trata-se do consumidor que não tem a opção de dividir a contratação da energia elétrica de acordo com as etapas de geração, transmissão e distribuição, ele somente pode firmar um único contrato, que necessariamente vai englobar todas as etapas mencionadas.

Em outras palavras, para os consumidores livres, o uso das linhas de transmissão ou distribuição para o deslocamento da mercadoria – energia elétrica – seria propriamente para o consumo, já que contratadas por “fora” como meio de operacionalizar a energia elétrica, enquanto que para os “consumidores” cativos o fornecimento de energia elétrica é compreendida em sua forma global, sendo as fases de transmissão e distribuição indissociáveis de sua geração, fazendo parte de um todo.

Em face dessa diferenciação, os Tribunais Estaduais passaram a adotar entendimento diverso do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de aplicar o ICMS sobre o TUST e TUSD sob a energia elétrica cobrada dos consumidores cativos, tendo em vista que estes adquirem a energia

exclusivamente da concessionária à qual estão vinculadas, sendo as fases de geração, transmissão e distribuição indissociáveis entre si.

Frisa-se que tal entendimento vem sendo adotado de forma sumária por diversos Tribunais Estaduais do Brasil, forçando a Corte Superior a revisar seu posicionamento até então adotado.

Mais recentemente, chegou ao Superior Tribunal de Justiça, um questionamento do Estado do Rio Grande do Sul, em sede de REsp nº 1163020 / RS (2009/0205525-4), autuado em 23/10/2009, discutindo a possibilidade de incidência do ICMS na TUST e TUSD da energia elétrica adquirida, dessa vez, pelos consumidores livres.

O Estado pretendia estender o mesmo posicionamento adotado por parte dos Tribunais Estaduais – acima exposto – sobre a sistemática tributária dos consumidores cativos, aos livres, entendendo que devem ser consideradas para estes, todas as fases do fornecimento de energia (transmissão, distribuição e geração) de forma associada para o preço final do consumo e, conseqüentemente, para fins de incidência do ICMS sobre a circulação da energia elétrica.

Isto é, da mesma forma que os Tribunais Estaduais de forma majoritária passaram a entender que devem ser consideradas indissociáveis as fases de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica para os consumidores cativos, o Estado do Rio Grande do Sul, no recurso excepcional em debate, entende que tais fases também devem ser consideradas indissociáveis para os consumidores livres.

Ademais, para o Estado Recorrente, a súmula 166 do STJ, não deve ser mais aplicada aos casos envolvendo consumidores livres de energia elétrica, já que, com o processo de desverticalização e privatizações do setor público, os consumidores livres agora podem contratar livremente com outras empresas geradoras e transmissoras de energia, havendo distinção entre as empresas contratadas para gerar a energia e as contratadas para transmitir e distribuir a referida mercadoria (contribuintes distintos).

De mais a mais, afirma que a referida súmula faz referência ao fato gerador do ICMS e não a sua base de cálculo, não devendo, desta forma, ser aplicada ao caso de incidência do ICMS sobre o TUSD e TUST no consumo de energia elétrica.

Em defesa, a Empresa Recorrida, RANDON S/A IMPLEMENTOS E PARTICIPAÇÕES – consumidora livre – afirma ser ilegal a incidência do ICMS sobre a TUST e TUSD da energia elétrica e, para tanto, utiliza-se dos seguintes fundamentos:

1) a mudança do marco regulatório do setor elétrico brasileiro, que implicou a "desverticalização" do sistema, impedindo que as distribuidoras também operem como geradoras ou transmissoras (Lei n. 10.848/2004), não alterou a definição da base de cálculo do ICMS incidente sobre a comercialização de energia elétrica, a ser suportado, *inclusive*, pelo chamados "consumidores livres";

2) a comercialização de energia elétrica compreende três etapas: geração, transmissão e distribuição, as quais ocorrem simultaneamente e, por isso, não descaracterizam a sua natureza física unitária, não havendo falar que as fases de transmissão e distribuição correspondem a mero transporte de energia, pois o que se tem "é um grande e complexo 'todo' onde diversos geradores aportam sua produção de energia elétrica através de linhas de transmissão interligados e onde os consumidores consomem sua parcela, diretamente das linhas de transmissão (grandes consumidores) quer através das redes de distribuição (consumidores cativos), tudo gerenciado para que o sistema mantenha-se em equilíbrio";

3) as fases de transmissão e de distribuição, portanto, não são complementares ou paralelas, mas sim essenciais e indissociáveis ao fornecimento de energia elétrica, integrando os custos da mercadoria comercializada;

4) diferentemente dos consumidores cativos, que somente podem comprar a energia elétrica de sua *distribuidora* local, os "consumidores livres" podem contratar diretamente com outras empresas geradoras ou comercializadoras no denominado "mercado livre de energia", que estimula a concorrência do segmento;

5) enquanto o consumidor cativo paga o ICMS sobre o preço total do serviço à sua distribuidora, cabendo a ela remunerar as demais empresas encarregadas pela geração e pela transmissão, o consumidor livre celebra contrato diretamente com a geradora ou comercializadora de sua escolha e, para receber a energia elétrica contratada, se obriga ao pagamento das taxas referentes à transmissão (TUST) e à *distribuição* (TUSD) da rede em que está interligado, cujos valores são fixados pela Aneel;

6) a especificação dos preços praticados em cada etapa não altera a natureza física da operação realizada e, por isso, não modifica a base de cálculo do imposto, que deve incidir sobre o seu custo total, devendo ser afastada da idéia de que "os custos de transmissão – e eventualmente o de distribuição – não integram a base de cálculo do ICMS incidente sobre a comercialização de energia elétrica, ao argumento de que a conexão, transmissão e

distribuição não integram o conceito de mercadoria para os fins de ICMS, ou que a 'circulação jurídica' ocorreu quando da 'aquisição' da energia elétrica junto ao gerador ou comercializador livre";

7) não é possível admitir que a *segmentação* do serviço de fornecimento de energia elétrica influencie na sua tributação, para o fim de retirar alguma de suas etapas da base de cálculo do imposto;

8) o art. 13, § 1º, II, "a" e "b", da Lei Complementar 87/1996, preconiza que integram a base de cálculo o valor correspondente a: "seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição" (alínea "a"), assim como o "frete, caso o transporte seja efetuado pelo *próprio* remetente ou por sua conta e ordem seja cobrado em separado" (alínea "b") [2]

Em face dessa guinada da jurisprudência Estadual, das inúmeras ações divergentes entre si questionando a incidência do ICMS sobre as TUST e TUSD, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgando o REsp nº 1163020 / RS – acórdão publicado dia 27/03/17, modificou o entendimento adotado até então ("overruling"), para determinar a incidência do ICMS sobre as TUST e TUSD, tanto dos consumidores cativos, quanto dos livres. Vejamos:

TRIBUTÁRIO. ICMS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). INCLUSÃO. 1. O ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de

geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas – entre elas a referente à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) – compõe o preço final da operação e, conseqüentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996. 2. A peculiar realidade física do fornecimento de energia elétrica revela que a geração, a transmissão e a distribuição formam o conjunto dos elementos essenciais que compõem o aspecto material do fato gerador, integrando o preço total da operação mercantil, não podendo qualquer um deles ser decotado da sua base de cálculo, sendo certo que a etapa de transmissão/distribuição não cuida de atividade meio, mas sim de atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica, sendo dele indissociável. 3. A abertura do mercado de energia elétrica, disciplinada pela Lei n. 9.074/1995 (que veio a segmentar o setor), não infirma a regra matriz de incidência do tributo, nem tampouco repercute na sua base de cálculo, pois o referido diploma legal, de cunho eminentemente administrativo e concorrencial, apenas permite a atuação de mais de um agente econômico numa determinada fase do processo de circulação da energia elétrica (geração). A partir dessa norma, o que se tem, na realidade, é uma mera divisão de tarefas – de geração, transmissão e distribuição – entre os agentes econômicos responsáveis por cada uma dessas etapas, para a concretização do negócio jurídico

tributável pelo ICMS, qual seja, o fornecimento de energia elétrica ao consumidor final. 4. Por outro lado, o mercado livre de energia elétrica está disponibilizado apenas para os grandes consumidores, o que evidencia que a exclusão do custo referente à transmissão/distribuição da base de cálculo do ICMS representa uma vantagem econômica desarrazoada em relação às empresas menores (consumidores cativos), que arcam com o tributo sobre o "preço cheio" constante de sua conta de energia, subvertendo-se, assim, os postulados da livre concorrência e da capacidade contributiva. 5. Recurso especial desprovido. (STJ – 1ª Turma – REsp 1163020/RS – Rel. Min. Gurgel de Faria, j. em 21/03/2017, DJE em 27/03/2017) grifo acrescido Nesse emblemático acórdão, o ministro relator do caso, Dr. Gurgel de Faria, explicou que não é possível fazer a divisão de etapas do fornecimento de energia para fins de incidência do ICMS. No voto, acompanhado pela maioria dos ministros da turma, o magistrado explicou que a base de cálculo do ICMS em relação à energia elétrica inclui os custos de geração, transmissão e distribuição para ambos os segmentos de consumidores (cativos e livres).

Dr. Gurgel de Faria ressaltou o caráter uno do sistema de fornecimento de energia elétrica, que envolve a geração, a distribuição e a transmissão e consumo da energia, se posicionando conforme a jurisprudência majoritária dos tribunais estaduais. Para ele, não há como separar a atividade de transmissão ou distribuição de energia das demais,

já que ela é gerada, transmitida, distribuída e consumida simultaneamente. Vejamos:

(...) a geração, a transmissão e a distribuição formam o conjunto dos elementos essenciais que compõem o aspecto material do fato gerador, integrando o preço total da operação mercantil, não podendo qualquer um deles ser decotado da sua base de cálculo.

Não trata a etapa de transmissão/distribuição de mera atividade meio, mas sim de atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica, sendo dele indissociável. (...)

Como podemos ver, o relator do processo rechaçou a tese de que o ICMS não seria devido sobre a TUSD e TUST, porque essas tarifas teriam a função de remunerar apenas uma atividade meio, incapaz de ser fato gerador para a incidência do imposto.

Prosseguindo, o ministro lembrou que a incidência do ICMS sobre todo o processo de fornecimento de energia deve ser regra para qualquer consumidor cativo, citando o art. 39, §9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que deixa claro que todas as etapas do processo de fornecimento da energia elétrica devem ser consideradas na composição do preço final da mercadoria a ser suportada pelo usuário.

Por outro lado, no mesmo julgamento, o relator também defendeu a incidência do ICMS para os consumidores livres, reforçando o entendimento de que a Lei 9.074/95, em que pese possibilitar a compra direta por parte destes consumidores, não cria exceção à regra exposta no artigo 39, §9º, do ADCT, não sendo possível, da mesma forma, excluir as etapas do sistema de geração de energia para fins tributários. Nesse ponto, afirma:

“A circunstância de o ‘consumidor livre’ ter de celebrar um contrato com empresa de geração, em relação à ‘tarifa de energia’, e outro com

empresa de transmissão/distribuição, em relação à ‘tarifa de fio’, tão somente exterioriza a decomposição do preço global do fornecimento, não desnaturando o fato gerador da operação”, argumentou Gurgel de Faria.

E, conclui afirmando:

Ponderados esses elementos, tenho que o ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas – entre elas a referente à Taxa de Uso do Sistema de Distribuição (TSUD) – compõe o preço final da operação e, conseqüentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996.

Por outro lado, a exclusão dessa tarifa da base de cálculo do tributo, além de implicar flagrante violação ao princípio da igualdade, prejudica a concorrência, o que é expressamente vedado pelo art. 173, § 4º, da Carta Política.

3. CONCLUSÃO

Com tal posicionamento, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça concluiu que o ICMS deve incidir sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas – entre elas, à Taxa de Uso do Sistema de Distribuição (TSUD) e a Tarifa de Uso de Transmissão (TUST) – devem compor o preço final da operação e, conseqüentemente, a base de cálculo do imposto para os consumidores cativos e livres, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996.

Por todo o exposto, entende-se pela legalidade da cobrança do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) na Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e na Tarifa de Uso de Transmissão (TUST), cobrada nas contas, tanto dos consumidores cativos, quanto dos livres, conforme posição atual do Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1163020 / RS.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acesso em: www.stj.com.br. Acesso em 08.Jul.2017.

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquematizado. 9 ed. São Paulo: Método, 2015.

BRASIL. Código Civil, Processo Civil, Penal e Processo Penal. In Vade Mecum compacto. 3. ed. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei Nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm. Acesso em 08.Jul.2017.

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

Lei Complementar nº 87, de 13 de Setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm. Acesso em: 08.Jul.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 391: O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente á demanda de potência efetivamente utilizada. In Súmulas. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Jurisprud%C3%Aancia/S%C3%BAmulas. Acesso em 08.Jul.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 166 – STJ: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de

um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.”In
Súmulas.Disponível em:
http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Jurisprud%C3%A4ncia/S%C3%BAmulas. Acesso em 08.Jul.2017.

Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 1.163.020 RS (2009/0205525-4). Rel. Min. GURGEL DE FARIA. DJ 27/03/17.

NOTAS:

[1](*Ação Rescisória nº 1.607/MS, Plenário do STF, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30.03.2006*).

[2]AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.163.020 - RS (2009/0205525-4), RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA.

O POSTULADO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF, INEFICÁCIA CONTAGIOSA E EMBATE PRINCIPIOLÓGICO NO PROCESSO PENAL

LEONARDO DE TAJARIBE R.H. DA SILVA JUNIOR: Acadêmico do curso de direito da Universidade Cândido Mendes - Campus JPA.

Abstract: The purpose of this brief is to analyze the occurrence of nullities in the course of criminal proceedings, as well as the acts referring to the pre-procedural phase through criminal prosecution carried out by the judicial police, outlining the evidence of loss for the nullity act and the nullity of chain of dependent acts, covered by the legal order of the country.

Keywords: nullities; criminal; Principles; criminal proceedings; loss.

Palavras-chave: Nulidades; Criminal; Princípios; Processo Criminal; Prejuízo.

Sumário: Introdução. 1. Das nulidades no Código de Processo Penal. 2. Da Causalidade ou Sequencialidade. 3. Da comprovação de prejuízo e o princípio pas de nullité sans grief. Conclusão.

Introdução

O presente escrito tem por objetivo analisar a ocorrência de nulidades no curso do processo penal, bem como dos atos referentes a fase pré-processual através da persecução criminal levada a cabo da polícia judiciária, delineando acerca da comprovação de prejuízo necessária para a decretação de nulidade do ato e a nulidade em cadeia dos atos dependentes, abarcada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Das nulidades no Código de Processo Penal

O código adotado em nosso sistema para nortear a técnica processual penal trás em seu livro III a tratativa legal quanto as nulidades, trazendo no art.564 um rol não-taxativo de nulidades, eis que em seu inciso IV exterioriza a previsão de nulidade para o ato que faltar com a

forma essencial para sua realização, homenageando o princípio da tipicidade das formas, pelo qual determinados atos preveem uma forma específica para a sua execução, de forma a compelir os sujeitos processuais a padronização legal, ressaltando-se o princípio da instrumentalidade das formas, imperativo do artigo 566, pelo qual o ato não será eivado de vício se, ainda que faltoso quanto as formalidade exigidas, atingir os fins propostos.

Nos ensinamentos de Tourinho Filho:

“Assim, quando o legislador permite a sanabilidade, na hipótese de “omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato”, há de se entender, insofismavelmente, não se tratar de formalidade que desfigure o ato essencial. Se o for, a nulidade é insanável. Por outro lado, e isto é importante, se a preterição da formalidade, inobstante sua essencialidade, não desfigurar o ato, ficará sanada, nos termos do art. 572: a) se não for arguida oportuno tempore, de acordo com o art. 571; b) se o ato produziu seus jurídicos efeitos, atingindo o fim colimado; c) se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos” – **TOURINHO, 1979, pag. 126.** (grifo nosso)

Em nosso ordenamento, as nulidades podem ser absolutas ou relativas. Quanto as primeiras, podem ser reconhecidas a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado, eis que estas violam normas constitucionais e/ou infraconstitucionais garantidoras do interesse e ordem pública, considerada grave violação ao ordenamento jurídico, possuindo, a contrario sensu, presunção de prejuízo. No trato das nulidades relativas, estas devem ser arguidas em momento oportuno, sob pena de preclusão, devendo ser demonstrado o inequívoco prejuízo, situação que será tratada em tópico próprio.

Neste sentido, Luiz Flávio Gomes:

“mas recorde-se que o prejuízo no caso de uma nulidade absoluta é presumido, enquanto na relativa deve ser comprovado. Na nulidade absoluta, como se vê, basta comprovar o vício do ato (a mácula). Na nulidade relativa a parte interessada tem que comprovar o vício e o prejuízo gerado. De outro lado, a nulidade absoluta pode ser arguida em qualquer tempo, enquanto a relativa tem prazo certo, sob pena de preclusão e convalidação.” - **GOMES, Luiz Flávio. Princípio do prejuízo e nulidades absolutas.** (grifo nosso)

Vale apontar o princípio do interesse, recepcionado pelo art.565/CPP, pelo qual não será admitida a arguição de nulidade pela parte que tenha dado causa ou para a qual tenha concorrido ou ainda cuja formalidade só interesse a parte contrária. Isto é, a parte que tenha concorrido ou dado causa à nulidade, não será por essa situação favorecida. Entretanto, o apontado princípio encontra-se afastado ante à função institucional do Ministério Público de defensor da ordem pública, podendo, em razão disto, arguir nulidade em favor do acusado. Por óbvio, o princípio em comento se refere as nulidades relativas, eis que as absolutas, conforme demonstrado preteritamente, podem ser levantadas por qualquer parte, a qualquer tempo.

Da causalidade ou sequencialidade

Denominado por Tourinho de ineficácia contagiosa, princípio da causalidade ou sequencialidade determina que a nulidade de um ato acarreta a nulidade dos atos dele dependentes, ante a lógica-causal inerente a sequência dos atos processuais, objetivando uma sentença de mérito. Previsto no artigo 573, §1º, in verbis:

“§ 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.”

Desta forma, a anulação de um ato causa a dos atos que dele decorram, preservando os atos posteriores que hajam sido maculados pelo

vício. Logo, o juiz deverá determinar a extinção dos atos anulados, conforme versa o §2º do dispositivo em comento.

Para ilustrar o entendimento do ponto gravoso inerente a ineficácia contagiosa, apontamos aqui a nulidade da citação, no artigo 564, III, e, in verbis:

“Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa;”

Neste diapasão, o STJ entende pela conseqüente nulidade dos atos subsequentes, conforme jurisprudência da colenda corte:

“A princípio, a declaração da nulidade do processo a partir da citação editalícia, acarreta a nulidade, por derivação, de todos os atos processuais subsequentes” (**HC 28.830/SP, STJ**) (grifo nosso)

De outra forma não poderia ser, eis que afrontaria preceitos constitucionais de ampla defesa e contraditório permitir-se que um processo ocorra sem que o acusado seja chamado a se defender ou, o sendo, faça-o sem as devidas formalidades legais. Ensinamentos de Amaury Silva sublinham o tema:

“Figura como um pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo penal, sem o qual a relação processual a ser instaurada será precária e desconstituída de eficácia. Anota o art. 564, III, “e”, CPP, que sua omissão acarreta nulidade insanável, já que seria desarrazoado supor-se que a pessoa pudesse ser processada, sem que tenha condições de alcançar o conhecimento quanto ao libelo existente em seu desfavor” – **SILVA, 2010, pag.317.** (grifo nosso)

Mister se faz comentar quanto as nulidades referentes ao inquérito policial e seus efeitos no processo consequente. Sendo o inquérito peça meramente informativa, não estando o parquet algemado à peça informativa para oferecer denúncia, não há que se falar de nulidade, tendo-se por óbvio sua imprescindibilidade para a instauração do processo. Desta forma, jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça entende que quaisquer nulidades observadas no curso de investigações preliminares não possuem o condão de afetar a ação penal posterior. *Ipsis litteris*:

“3. Outrossim, em fundamentação autônoma, dado que o inquérito policial é dispensável ao oferecimento da denúncia, podendo o dominus litis valer-se de elementos informativos de outros instrumentos de investigação preliminar, inclusive da própria delatio criminis simples e a inqualificada ou, eventualmente, da delatio criminis postulatória, quaisquer nulidades observadas no curso das investigações preliminares não possuem o condão de macular a ação penal dele decorrente.” **(RHC nº 57487-RS)** (grifo nosso)

Todavia, quando um ato no inquérito policial for nulo e este por indispensável para a persecução penal processual, deverá ser decretada a nulidade, conforme cátedra de Fernando da Costa Tourinho Filho:

“Contudo, quando determinado ato houver sido realizado durante o inquérito policial, com manifesta preterição de formalidade, de molde a desnaturá-lo, ou, então, se houver omissão do próprio ato, o que o juiz pode fazer, ante a projeção da relevância do ato sobre o processo, é determinar sua realização ou renovação, se possível. Não o sendo, aquele vício poderá contagiar todo o processo. Veja-se, como exemplo, a omissão de exame de corpo de delito, direto ou indireto, nos crimes que deixam vertígios. Se estes ainda subsistirem, far-se-á o exame. Muitas vezes, o exame foi feito, mas, por um só louvado. Tal omissão de formalidade acarreta a imprestabilidade do laudo.

Trata-se de formalidade ad
solemnitatem.” **TOURINHO, 1979, pag. 163.** (grifo
nosso)

Compreendida a gravidade de se pender pela nulidade de determinados atos processuais e passados os apontamentos necessários, adiante ao ponto do presente trabalho.

Da comprovação de prejuízo e o princípio pas de nullité sans grief

No ordenamento processual penal brasileiro, para que seja reconhecida a nulidade de um ato, se faz necessário a comprovação do inequívoco prejuízo à parte. Desta forma, a título de exemplo, para que a defesa veja satisfeita a sua arguição de nulidade da citação do réu ante a falta de formalidade necessária para o ato, imprescindível se faz atestar o prejuízo à defesa de seu interesse, comprovando onexo causal entre o prejuízo e a ausência de requisito essencial àquele ato. A premissa de comprovação do prejuízo trás o brocardo “pas de nullité sans grief”, oriundo do direito francês que, numa tradução livre, significa “não há nulidade sem prejuízo”. O código de processo penal brasileiro declara o presente postulado inserido no artigo 563, in verbis:

“Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.”

Parte da doutrina entendia que a exigência de prejuízo se aplicava somente às nulidades relativas, como aquelas que atentam à normas de interesse predominante da parte, e devem ser levantadas em momento oportuno, sob pena de preclusão do direito, conforme tratado em tópico pretérito. Assim sendo, as nulidades absolutas, por afrontarem todo o ordenamento jurídico, ante o ataque à normas constitucionais de ordem pública, possuíam presunção de prejuízo, não se exigindo esforço dos sujeitos processuais para sua comprovação, entendendo-se que o prejuízo é sempre presente, eis que ainda que não houvesse embaraço as partes, haverio-o à alma de nosso sistema normativo. Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover, in memoriam:

“As nulidades absolutas não exigem demonstração do prejuízo, porque nelas o mesmo é evidente. Alguns preferem afirmar que nesses casos haveria uma presunção de prejuízo estabelecida pelo legislador, mas isso não parece estar correto, pois as presunções levam normalmente à inversão do ônus daprova, o que não ocorre nessas situações, em que a ocorrência do dano não oferece dúvida.” – **GRINOVER, 1992, pg.28.** (grifo nosso)

Com o louvor com que se pautam os argumentos pretéritos, a presunção apontada encontrou entrave na doutrina, pela qual o corpo científico-jurídico pátrio manifestou-se contrariamente, ante o argumento de que o apego ao formalismo no deslinde processual acarretaria danos ainda maiores. O Desembargador Paulo Rangel, com admirável clareza, discorda do postulado, em sua magna obra “Direito Processual Penal”, a seguir:

“A Exposição de Motivos do Código salienta que ninguém pode invocar direito à irreduzível subsistência da nulidade (Exposição de Motivos, item XVII). Ou seja, a regra é a perfeição, o respeito às prescrições legais; a exceção é o defeito do ato, com a conseqüente sanção de invalidade. Assim, não pode a parte alegar que o ato defeituoso que não lhe trouxe prejuízo nenhum deva ser desconstituído em um apego excessivo ao formalismo. A formalidade na prática do ato objetiva um determinado fim e, se este é alcançado, sem prejuízo para as partes, não há que se falar em nulidade.

As parte não buscam o processo como um fim, mas, sim, como meio para se tutelar o direito material.”

- **RANGEL, 2006,pag. 66g** (grifo nosso)

Assim, ante os argumentos apontados pelos autores aqui mencionados, e outros louváveis catedráticos, o excelso pretório, em

julgados recentes, entendeu pela presença do axioma pas de nullité sans grief igualmente no que tange as nulidades absolutas, adiante:

“Para reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do prejuízo”

(HC 82.899/SP, rel. Min. Cezar Peluso). (grifo nosso)

“Contudo, o entendimento desta Corte também é no sentido de que, para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do efetivo prejuízo, o que não ocorre na espécie.”

(HC 116.132/PE, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI)(grifo nosso)

“4. Tratando-se de ‘habeas corpus’, teria sido preciso que o Impetrante/Paciente apontasse, especificamente, o suposto prejuízo experimentado no curso da ação penal, o que não empreendeu. Apesar de existir entendimento deste Supremo Tribunal no sentido de que o prejuízo de determinadas nulidades seria de ‘prova impossível’, o princípio do ‘pas de nullité sans grief’ exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção. Precedentes. “ **(HC 110.160/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA)** (grifo nosso)

Todavia, definir o enredo necessário para se desencadear o reconhecimento de nulidades nos ritos processuais penais é tarefa de difícil engendramento haja vista que, além de ser ramo das ciências jurídicas que defronta com os direitos mais sensíveis e indisponíveis, o

afastamento ou permanência da premissa pas de nullité sans grief afrontaria diversos princípios normativos frente o cenário de se ferir o postulado do devido processo legal na medida em que exige a probatória de prejuízo para que se reconheça a nulidade do ato, ainda que de forma absoluta, permitindo que permaneça no ordenamento e produza seus efeitos, mesmo que defeituoso, fora das formalidades legais essenciais.

Noutro giro, os valores da celeridade e economia processual mostram-se afetados com o afastamento da premissa em comento, eis que a decretação de nulidade acarretaria a necessidade de repeti-lo validamente podendo, inclusive, extremada a situação, afetar a duração razoável do processo.

Neste diapasão, mister se faz colocar em pauta a ponderação dos princípios constitucionais, considerando a potencial contradição das normas constitucionais citada por Marmelstein, colidindo no momento de sua aplicação, de acordo com brilhante manifestação do autor. Por esta razão, não tendo as normas constitucionais natureza absoluta, ausente a hierarquia entre estas, preserva-se como melhor alternativa à colisão apontada a circunspeção no momento de empenho dos dispositivos processuais estudados, ponderando sua aplicação, operacionalizada pelo princípio da proporcionalidade.

Conclusão

No presente trabalho discutiu-se a aplicação do princípio oriundo do direito francês pas de nullité sans grief, aurora da exigência de comprovação de prejuízo para reconhecimento de nulidade dos atos processuais penais.

Analisou-se brevemente a capitulação das nulidades em no código processual pátrio, mencionando entendimento de renomados autores e catedráticos, passando à apresentação do princípio da causalidade ou ineficácia contagiosa, conforme denominação de Tourinho Filho. A discussão acerca do princípio fez-se necessária para que se entenda a “gravidade” do reconhecimento de uma nulidade processual, eis que esta nulidade poderá gerar a invalidação de outros atos em cadeia, desde que

do primeiro decorram, podendo levar, inclusive, a invalidação do processo inteiro.

Adiante, discute-se a aplicação do princípio do prejuízo no ordenamento processual penal, insculpido em seu artigo 563, com aplicação originariamente apenas as nulidades relativas, passando a debate doutrinário sobre sua aplicação também as nulidades absolutas, entendimento posteriormente firmado pela suprema corte.

Por fim, entendemos pela ponderação de princípios como melhor deserção ao conflito principiológico oriundo da incidência da exigência de prejuízo ou seu distanciamento, ante a notável potencialidade de conflito de normas constitucionais, observando-se que a ponderação apresentada somente seria axiologicamente viável na medida em que respeitar o princípio da proporcionalidade, pautando-se neste para a sua perpetuação.

Referência:

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Processo Penal - 3º Volume. Editora Jalovi, 1979.

FERNANDES, Antonio Scarance. GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. Nulidades no Processo Penal, 6ª ed. Editora RT.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio do prejuízo e nulidades absolutas.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal, 11ª Edição. Editora Lumen Iuris. 2006.

SILVA, Amaury. Interrogatório: panorama segundo a lei 10.792/2003. Editora Mizuno, 2010.